

**Análisis de las definiciones de la jurisprudencia
de la Corte Constitucional de Ecuador sobre
el procedimiento de consulta de norma y sus
consecuencias: ¿interpretación o creación de reglas?**

*Analysis of the definitions of the jurisprudence of
the Constitutional Court of Ecuador on the norm
consultation procedure and its consequences:
interpretation or creation of rules?*

Miguel Ángel SALTOS ORRALA

 <https://orcid.org/0000-0002-6498-5414>

Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, Ecuador
Correo electrónico: miguel.saltos@cu.ucsg.edu.ec

Andrés Marcelo DE GAETANO

 <https://orcid.org/0000-0001-9967-7430>

Universidad Blas Pascal, Argentina
Correo electrónico: a_degaetano@yahoo.com.ar

Federico ACHERITEGUY

 <https://orcid.org/0000-0002-3110-6508>

Universidad Blas Pascal, Argentina
Correo electrónico: facheriteguy@hotmail.com

Roxana GÓMEZ VILLAVICENCIO

 <https://orcid.org/0000-0002-8866-4156>

Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, Ecuador
Correo electrónico: roxana.gomez@cu.ucsg.edu.ec

RECIBIDO: 14 de septiembre de 2023

ACEPTADO: 6 de diciembre de 2023

DOI: <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2023.167.18554>

RESUMEN: El artículo tiene como finalidad indagar y analizar el alcance y desarrollo del control constitucional en Ecuador, vigente desde la Constitución del año 2008, en el entendi-

miento de que ha sido la propia Corte Constitucional quien a través de su jurisprudencia ha redimensionado los caracteres y reglas de ejercicio del sistema de control de constitucionalidad, frente a un marco reglamentario impreciso que ofrece interpretaciones divergentes. Como parte de esta indagación se demostrará que el presupuesto de *estabilidad*, carácter constitutivo del modelo kelseniano, se encuentra en crisis. Ello, al constatarse que los Tribunales Constitucionales pertenecientes a los sistemas derivados del modelo de control de constitucionalidad concentrado, en ciertas hipótesis, modifican jurisprudencialmente las reglas del sistema de control, actuando de manera similar a las cortes supremas del modelo de la *judicial review*.

Palabras clave: control, estabilidad, modelo kelseniano, reglas.

ABSTRACT: The article aims to investigate and analyze the scope and development of constitutional control in Ecuador, effective since the 2008 Constitution. It understands that the Constitutional Court itself, through its jurisprudence, has reshaped the characteristics and rules of exercising the constitutional control system, against a vague regulatory framework that offers divergent interpretations. As part of this inquiry, it will be demonstrated that the assumption of stability, a constitutive characteristic of the Kelsenian model, is in crisis. This is evident upon observing that the Constitutional Tribunals belonging to the systems derived from the concentrated constitutional control model, in certain hypotheses, jurisprudentially modify the rules of the control system, acting in a manner similar to the Supreme Courts of the judicial review model.

Keywords: control, stability, kelsenian model, rules.

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *La definición sobre la “naturaleza” del sistema de control de constitucionalidad vigente en Ecuador.* III. *Las consecuencias de la opción interpretativa por la subsistencia o por la eliminación de la potestad de “inaplicación” de los jueces ordinarios. El modelo kelseniano luego de la Segunda Posguerra.* IV. *La decisión de la magistratura constitucional que resolvió por el sistema de control concentrado (sistema del modelo de base kelseniana).* V. *La nueva jurisprudencia de la Corte Constitucional y la nueva incertidumbre sobre la “naturaleza” del sistema.* VI. *Conclusión.* VII. *Referencias.*

I. INTRODUCCIÓN

Si bien los modelos de control de constitucionalidad estadounidense y kelseniano —también coloquialmente conocido como modelo austriaco o europeo continental— han sido objeto de un temprano abordaje teórico desde el pionero estudio de Piero Calamandrei (1996) y su clásica consideración como “binomios contrapuestos” (Fernández Segado, 2005), lo cierto es que, como señala Pedro De Vega García (1979), la justicia constitucional sólo puede ser cabalmente entendida en el contexto social y político en el que emerge.

A partir del relevamiento de los contextos sociales y políticos en que los modelos de control y justicia constitucional son elaborados, resulta posible afirmar que el modelo diseñado por el profesor de la Universidad de Viena surge bajo condiciones muy diferentes a aquellas en que se desarrolló el modelo de la *judicial review* norteamericana cien años antes. Ello, no sólo por una diferencia cronológica sino también considerando los propósitos para el cual fue formulado.

Mientras que el derecho constitucional europeo continental de entreguerras ha surgido de la tradición legalista europea, forjada —primero— en el ideario de la Revolución Francesa y —más tarde— en los postulados del positivismo jurídico (Prieto Sanchís, 2006), el modelo estadounidense fue continuador del modelo inglés, fundado en presupuestos y tradiciones jurídicas muy diferentes.

Considerar la *estabilidad* como un presupuesto político y jurídico, característico del modelo de control de constitucionalidad austriaco, requiere relevar e identificar los antecedentes que condicionaron el desarrollo de la función judicial y los jueces en ese modelo, y una comprensión de los propósitos de sus fundadores.

En el ideario de la Revolución Francesa, la centralidad que adquirió la ley se reflejó en el paradigma del “reino de la ley” o *legicentrismo*, que redimensionó no sólo la función de las autoridades, sino el valor de la soberanía popular del Poder Legislativo y el límite incondicional de que todo poder público no podría ejercer más poder que el que la ley le ha concedido. Este principio se traslada luego a la siguiente etapa de la tradición continental, esto es, la evolución hacia el positivismo jurídico; y, en este último tránsito, sería transformado por las nuevas corrientes nacidas del paradigma de la dominación legal.¹

¹ Sin perjuicio de la coincidencia en la corriente iusnaturalista racionalista del pensamiento político y constitucional que comparten el proceso revolucionario francés y norteamericano, es preciso diferenciar la mayor influencia de J. J. Rousseau en el primero y de J. Locke en el segundo. La concepción rousseauiana consideraba innecesario indagar sobre el contenido de la ley natural, por lo que, a diferencia de lo que sucedió en Norteamérica, desaparece el intento de descubrir cuáles son los derechos del hombre. En su lugar, la indagación por la justicia natural tomaría un rumbo procedimental. En este sentido, la tesis de Rousseau sobre la ley suponía que ésta debía ser general y abstracta, es decir, nunca debía estatuir sobre una situación particular, y la fórmula de su elaboración debía consistir en que *todo el pueblo* estatuyera sobre *todo el pueblo*. Siendo así, sería impensable que alguien pudiera ser injusto consigo mismo, con lo cual se comprende ahora por qué para los revolucionarios franceses la ley era

Mientras ello ocurría, Europa continental transitaba por un proceso de racionalización formal del derecho que proponía el ideal de un sistema de normas generales y abstractas, y que supondría el abandono de cualquier *criterio material* para la decisión de los problemas jurídicos (Munné, 2006; Weber, 2002).

La herencia de la ideología revolucionaria, atravesada por el proceso de racionalización del derecho daría paso, luego de la primera posguerra, a la tendencia a la racionalización del poder, proceso que Mirkin-Guetzévitch ha definido como “la tendencia de someter al Derecho todo el conjunto de la vida colectiva”, en el cual, “la política es reemplazada por el derecho” (2011, pp. 19 y 56).

La justicia constitucional europea seguirá esta tendencia racional formalista (Mirkin-Guetzévitch, 2011), mientras que en el derecho constitucional estadounidense, la *judicial review* gozaba de amplia legitimación y a partir de finales del siglo XIX, ya había sido receptada por todas las constituciones latinoamericanas que progresivamente abandonaron el modelo de control político francés.²

Pero a diferencia de la construcción europea continental, el modelo norteamericano se enmarcó en una tradición jurídica, si bien racional, de tipología *material*.³ Esto fue advertido por Alexis de Tocqueville, en una instancia

la mejor garantía de la justicia natural y de los derechos (Prieto Sanchís, 2006). Básicamente, concebida de este modo, no podría existir ley opresiva, sino que todas las leyes serían leyes de libertad (García de Enterría y Martínez-Carande, 1994). Esta “articulación mágica” de la ley con la libertad —al decir de García de Enterría y Martínez-Carande (1994)—, sería ya dejada de lado por el positivismo decimonónico, que lisa y llanamente renunciaría a cualquier tipo de indagación acerca de la justicia de la ley (Prieto Sanchís, 2006). De acuerdo con la tipología weberiana, estaríamos en el marco de la dominación legal, la cual se caracteriza por el hecho de que la anterior creencia racional, con arreglo a valores, se sustituía por una fe o creencia en la legalidad como criterio de legitimidad. Esta creencia en la legalidad trasunta la obediencia a disposiciones jurídicas positivas sancionadas de conformidad al procedimiento formalmente correcto (Munné, 2006).

² Para un mayor análisis del constitucionalismo latinoamericano véase Brewer-Carías (1996) y García Belaunde y Fernández Segado (1997).

³ Un derecho es material cuando la decisión de un problema jurídico es influida por... ciertas normas cuya dignidad cualitativa es diversa de la que corresponde a las generalizaciones lógicas que se basan en una interpretación abstracta: imperativos éticos, reglas utilitarias y de conveniencia, o postulados políticos que rompen tanto con el formalismo de las características externas como con el de la abstracción lógica (Weber, 2002, p. 511). Munné enuncia esta diferenciación de modo más sencillo, cuando señala que, de acuerdo a la tipología weberiana-

temprana de su desarrollo, al decir que “los americanos han reconocido a los jueces el derecho de fundamentar sus decisiones en la Constitución más que en las leyes. En otros términos, se les permite la no aplicación de las leyes que les parezcan inconstitucionales” (2017), contrastando con el principio de soberanía popular y la voluntad general del modelo francés.

Sin embargo, la diferencia del modelo estadounidense de control de constitucionalidad con el modelo kelseniano no sólo radica en el hecho —muchas veces reiterado— de que ha sido la propia *Supreme Court* la que, aprovechando el silencio del texto constitucional, auto atribuyó al Poder Judicial el ejercicio del control de constitucionalidad. Justamente, existe otra diferencia que no ha sido abordada acabadamente por los constitucionalistas clásicos, y se trata del hecho de que las propias reglas de ejercicio de la función del control de constitucionalidad serán también definidas por la Corte Suprema al decidir los casos sometidos a su conocimiento.⁴ Esas decisiones del Supremo Tribunal estuvieron orientadas a hacer efectivos *valores* constitucionales; fundamentalmente, el principio de la división de poderes. Al menos en la forma que este se asumió en el derecho constitucional estadounidense (*checks and balances*).⁵

Por el contrario, el establecimiento de las reglas de funcionamiento (caracteres) del modelo austriaco no derivó de las soluciones que la justicia constitucional definió en los casos en los que resolvió, ni con base en algún principio derivado de la Constitución, sino que tales reglas estuvieron expresamente preestablecidas en la Constitución o en las leyes orgánicas. Es que,

na, el derecho formal es aquel en el que los “instrumentos jurídicos [...] se definen independientemente de consideraciones exteriores de carácter ético, político, religioso o económico”, mientras que el derecho material es “aquel en el que prevalecen exigencias éticas, políticas o de conveniencia” (2006, p. 105).

⁴ Con respecto al modelo estadounidense, Cruz Villalón (1982) señalaría que el principio de supremacía de la Constitución sería “ilimitado”, no sólo por la discutible inferencia pretendidamente lógica a través de la cual la *Supreme Court* derivó la facultad de los jueces de invalidar leyes, sino por el hecho de que aquel tribunal construirá también otras tantas inferencias de las cuales se harán derivar las reglas (caracteres) del sistema.

⁵ Es necesario recordar que la *judicial review* nace del silencio de la Constitución norteamericana, como una construcción política, persiguiendo fines políticos; surgida, asimismo, en el contexto de una delicada disputa política (que llevaría al célebre caso *Marbury vs. Madison* en 1803). De ahí que las propias reglas de funcionamiento, descritas como los caracteres del modelo, fueron producto consideraciones políticas en el marco de una contienda resuelta judicialmente; esto es, decisiones políticas que la Corte Suprema fue adoptando en las causas que decidía resolver.

por una parte, mientras la *judicial review* se ejerce a través de la aplicación de *criterios materiales* para la decisión de un problema jurídico, el modelo austriaco se acerca al formalismo y la abstracción.

Para lograr esto, la racionalización del poder no podía sino imponer que la totalidad de las reglas del sistema, y con ello su coherencia, quedaran reservadas a los objetivos del legislador (constitucional u ordinario) y no al Poder Judicial como en el sistema norteamericano.

A partir de allí, puede entenderse, tal como afirma Cruz Villalón (1982, p. 32) que el modelo kelseniano de control de constitucionalidad se diferenciaría del modelo de la *judicial review* por “haber hecho del control una función regulada, positivizada, racionalizada, y en definitiva, limitada”. Precisamente, esta función regulada, racionalizada y limitada permite definir la noción de estabilidad que se presenta como uno de los presupuestos del modelo kelseniano de control de constitucionalidad. Esta noción tiene dos implicancias. Por una parte, la “tendencia a la racionalización del poder”, vinculada al principio de que las normas de ejercicio de la competencia del Poder Judicial para ejercer el control de constitucionalidad tenían que formar parte de un sistema preestablecido de reglas. Por otra parte, también implica que la posibilidad de flexibilizar tales reglas —esto es, ampliar o modificarlas tal como la Corte Suprema estadounidense lo hacía conforme criterios materiales— sería inaceptable por atentar contra la generalidad y abstracción propias de la racionalización del derecho.

Es desde esta concepción de estabilidad, como uno de los presupuestos *caracterizantes* del modelo de control de constitucionalidad europeo continental, que el fenómeno de la “hibridación”⁶ provoca un redimensionamiento de la justicia constitucional y el progresivo abandono de la pertenencia módelica originaria de cada sistema.

Sin embargo, es necesario diferenciar entre el alejamiento de los sistemas de control de constitucionalidad —es decir, de una determinada normatividad— de los postulados del modelo de base, como construcción teórica, y la flexibilización (*rectius*: apartamiento) que, sobre las reglas del propio sistema, opera la justicia constitucional a través de su jurisprudencia, cuestión que aquí se aborda de manera central.

⁶ La convergencia e hibridación son entendidos como rasgos característicos de la mundialización de la justicia constitucional y, con ello, la desaparición de los aspectos contradictorios o irreconciliables entre los modelos de control de constitucionalidad tradicionales o clásicos. Véase Mezzetti (2009) y Fernández Segado (2013).

II. LA DEFINICIÓN SOBRE LA “NATURALEZA” DEL SISTEMA DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD VIGENTE EN ECUADOR

La Constitución de Ecuador de 2008 contiene disposiciones expresas sobre el ejercicio del control de constitucionalidad. No obstante, es coincidente en la doctrina constitucional ecuatoriana, tal como afirma Pamela Aguirre Castro, que “el tipo de control constitucional vigente en Ecuador [...] es uno de los temas más polémicos y debatidos en el país” (2013, p. 293).

Desde hace ya largo tiempo, el debate sobre la pertenencia del sistema de control de constitucionalidad ecuatoriano a alguno de los modelos conocidos, esto es, el austriaco (o kelseniano) y el mixto⁷ ha surgido por la “aparente contradicción constitucional entre los principios de supremacía constitucional y aplicación directa”, por un lado, y la incorporación de “la consulta de norma”, por el otro (Aguirre Castro, 2013, p. 293).

El punto central del debate tuvo, y tiene que ver, con la subsistencia o no del control de tipo difuso en Ecuador, el cual se encontraba expresamente autorizado por la anterior Constitución de 1998 (Aguirre Castro, 2013) frente a la redacción de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC) que reglamenta el instituto de la consulta de norma, sumando dificultades interpretativas adicionales (Storini *et al.*, 2022).⁸

1. La tesis que propicia la definición del sistema ecuatoriano de control de constitucionalidad como un sistema mixto

La premisa central de esta tesis⁹ reside en la opinión de quienes entendieron que los artículos 425 y 426 de la Constitución permiten dudar acerca

⁷ Podría pensarse que existe una tercera postura al respecto. En cuanto alguna doctrina, en lugar de pronunciarse en favor del encuadre del sistema en el modelo kelseniano o en el modelo mixto, ha puesto de relieve que la Constitución prevé dos sistemas (tipos) de control de constitucionalidad autónomos y contradictorios. Uno mixto y el otro concentrado. No obstante, esta doctrina termina inclinándose por la postura de que el ecuatoriano es un sistema mixto, aunque con ciertas peculiaridades, ya que, en este esquema, no todos los jueces tendrían autorizada la facultad de inaplicación sino sólo los jueces de garantías (Storini *et al.*, 2022).

⁸ En el mismo sentido, otros doctrinarios también sostienen que los problemas de definición abordados en esta exposición se deben a “las deficiencias en técnica legislativa tanto de la Constitución como de la ley”(Grijalva Jiménez, 2011, p. 194).

⁹ La redacción del art. 425 de la Constitución, al prever que, “[E]n caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, [...] las juezas y jueces [...] lo resolverán mediante la aplicación

de la eliminación de la facultad de inaplicación que tienen los jueces ordinarios (Ávila Santamaría *et al.*, 2008). Si se consideraba que aquella atribución de inaplicar una ley contraria a la Constitución seguía estando a cargo de la justicia ordinaria, no cabía más que concluir que, en el sistema de la nueva Constitución, conviven el control concentrado y el control difuso, y que el sistema ecuatoriano debería ser clasificados dentro de los “sistemas mixtos de control de constitucionalidad”, tal como afirma Gutiérrez Godoy (2009).

Se ha dicho que los modelos tradicionales, como el americano (estadounidense o de la *judicial review*) y el europeo (o kelseniano o austriaco o europeo continental) pueden considerarse modelos originarios, porque nacen de manera autónoma y como propuestas alternativas entre sí. No obstante, con el transcurrir del tiempo y tras varios sucesos políticos, los sistemas pertenecientes a ambos modelos fueron abandonando la pureza originaria y fueron adoptando elementos pertenecientes a su opuesto, dando lugar a una nueva clasificación. Se trata, precisamente, de los modelos derivados, que reciben esta denominación por resultar de una mixtura de los modelos primarios de control de constitucionalidad (García Belaunde, 1991).

Precisamente, dentro de este nuevo género, denominado modelos derivados, encontramos dos especies, el de tipo mixto y el dual o paralelo. El primero de ellos “es aquel que nace como una mixtura o fusión de otros sistemas, creando uno nuevo, distinto al originario” (García Belaunde, 1991, p. 164). Mientras que el segundo, si bien comprende dentro de sí las formas y propiedades de los dos modelos originarios, se caracteriza por el hecho de que ambos “coexisten sin interferencias” (García Belaunde, 1991, p. 164).¹⁰

Con respecto a este segundo caso, la fórmula de la convivencia está dada por la coexistencia de un tribunal constitucional que tiene a su cargo el control abstracto de constitucionalidad que cuenta con efectos generales, y tribunales ordinarios que pueden ejercer el denominado control difuso —es decir, el control concreto de constitucionalidad— con efectos de inaplicación (Sagüés, 2016).

de la norma jerárquica superior...”, ha llevado a parte de la doctrina a sostener que el juez ordinario no sólo tiene el deber de identificar una posible contradicción entre la Constitución y una norma infraconstitucional, sino que, además, estaría obligado a resolver el caso aplicando la norma superior, lo cual equivaldría al deber de realizar control de constitucionalidad difuso (Storini *et al.*, 2022).

¹⁰ Para una lectura más profunda sobre los modelos clasificatorios, véanse Fernández Segado (1997, 2005); Mezzetti (2009); y Pegoraro (2002).

En el caso del sistema de control de constitucionalidad de Ecuador, luego de 2008, coexisten una declaración de inconstitucionalidad de “actos normativos de carácter general”, con efecto de “invalidez del acto normativo impugnado”, a cargo de la Corte Constitucional (numeral 2o. del art. 436 de la Constitución). Esto, junto con la posibilidad de que los jueces ordinarios declaren la inconstitucionalidad de estos actos en los casos que tengan que resolver, con efectos de *inaplicabilidad*. El sistema así descrito no sería un sistema mixto —al menos no se trataría de un sistema mixto propiamente dicho—, como mencionan los comentaristas de la nueva Constitución ecuatoriana citados, sino que debería calificarse como perteneciente a uno de los modelos derivados, encuadrable en el modelo dual o paralelo.

Hasta aquí, el esquema estaba caracterizado por el deber de aplicación directa e inmediata de las normas constitucionales, y de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, por parte de las juezas y jueces, establecido en los artículos 11, numeral 3 y 426. Asimismo, en caso de conflictos entre normas de distinta jerarquía, por el deber de resolver mediante la aplicación de la norma jerárquicamente superior, previsto en el art. 425 de la Constitución. Estos dispositivos consagraban, para los seguidores de esta tesis, la posibilidad que tienen los jueces, no sólo de aplicar la Constitución en los litigios ordinarios, sino de inaplicar las normas que se le opusieran.

De todos modos, esta posibilidad de control difuso coexistía con el instituto de la consulta de norma del art. 428 de la propia Constitución. Este último, ante la hipótesis de que un juez llegare a considerar que una norma jurídica fuera contraria a alguna disposición constitucional, le ordena la suspensión del pleito y la remisión de la consulta a la Corte Constitucional. En caso de que la norma aplicable esté en conflicto con la propia Constitución, la solución prevista es la suspensión de la norma y la elevación de la cuestión constitucional al Tribunal Constitucional.

Concluido que los jueces ordinarios podían inaplicar las leyes inconstitucionales en el caso a resolver, surgía el problema de armonizar esta atribución con el instituto de la consulta, que, ante el mismo supuesto, desplaza la decisión de la cuestión constitucional del juez a la Corte Constitucional.

Ante el dilema, doctrinarios como Ramiro Ávila Santamaría *et al.* (2008) consideraron que, en este sistema mixto, la futura promulgación de la “Ley Orgánica de Control Constitucional” (p. 268) debía “clarificar en qué casos los jueces pueden o deben optar por la suspensión o la inaplicabilidad” (p. 269).

En el año 2009 la LOGJCC reglamentó el art. 428 de la Constitución, estableciendo (en su artículo 142) que los jueces deben suspender el trámite de la causa litigio y remitir la consulta a la Corte, sólo si tuvieran una duda razonable y fundada sobre la inconstitucionalidad o inconveniencia de una norma jurídica.

A partir de esta disposición, quienes sostenían la tesis del sistema ecuatoriano como sistema mixto, interpretaron que se reforzaba la idea de que los jueces ordinarios conservaban la potestad de inaplicación de normas contrarias a la ley fundamental, y que de esta forma se permitía su armonización con el deber de elevar la consulta.

De esta forma se consideró que “la suspensión y ulterior consulta a la Corte operaría únicamente en caso de duda por parte del juez”, mientras que, en aquellas hipótesis en las que los jueces no tuvieran dudas sobre la inconstitucionalidad de una norma, tendrán la facultad de inaplicar (Grijalva Jiménez, 2011). Dicho en otros términos, si aquellos tuvieran “certeza acerca de la inconstitucionalidad de la norma podrían inaplicarla para el caso concreto” (Aguirre Castro 2013, p. 303), sin verse compelidos a elevar la consulta.

2. La tesis que propicia la definición del sistema ecuatoriano de control de constitucionalidad como un “sistema concentrado”

Otro sector de la doctrina sostuvo, en cambio, que una de las modificaciones más relevantes que trajo la Constitución de 2008, con respecto a la de 1998, fue, justamente, “el cambio de un sistema de control difuso a un sistema de control concentrado de la constitucionalidad” (Martínez Dalmau, 2008, p. 284).

Los defensores de esta tesis ponen énfasis en “el cambio sustancial” (Martínez Dalmau, 2008, p. 284) que el art. 428 de la Constitución introdujo, considerando que la inaplicabilidad habría sido eliminada, y que, en su lugar, se habría dado la facultad de suspender el trámite para hacer la consulta (Salgado Pesantes, 2013).

Es importante destacar que no se desconoce que el principio de aplicación directa se encuentra establecido por los artículos 11.3, 425 y 426 de la Constitución ecuatoriana, sino que, aún ordenándose la sujeción de todas las autoridades a la Constitución —entre las cuales se encuentran, obviamente, los jueces—, nada se dice, específicamente, sobre la posibilidad de la

inaplicación de oficio. Esto es, lo que queda expresamente determinado es su deber de suspender el trámite y elevar la consulta, para que sea la Corte Constitucional quien decida la cuestión constitucional (Masapanta, 2012).

III. LAS CONSECUENCIAS DE LA OPCIÓN INTERPRETATIVA POR LA SUBSISTENCIA O POR LA ELIMINACIÓN DE LA POTESTAD DE “INAPLICACIÓN” DE LOS JUECES ORDINARIOS. EL MODELO KELSENIANO LUEGO DE LA SEGUNDA POSGUERRA

Quienes consideran que la actual Constitución ha eliminado el *control difuso* o desconcentrado¹¹ sostienen que “el artículo 428 de la Constitución de la República del Ecuador recoge el sistema de control concentrado de constitucionalidad de modelo europeo, básicamente el español” (Aguirre Castro, 2013),¹² ya que aquel dispositivo establece que los tribunales ordinarios, en caso de considerar que una disposición normativa resulta inconstitucional, deben elevar la consulta a la Corte Constitucional, para que sea esta última quien se pronuncie al respecto con carácter definitivo.

Dentro de esta tesis, es interesante destacar que la autora citada explica que “al igual que el caso español, el artículo 428 de la Constitución de la República debe ser leído de manera integral con los principios y demás reglas contenidas en la Constitución” (Aguirre Castro, 2013). Esto significa que la *aparente contradicción* que Aguirre Castro plantea entre los principios de supremacía constitucional y aplicación directa de la Constitución y la obligatoriedad de elevar las consultas de norma, en realidad no es tal, sino que halló su fórmula de armonización en el del control de constitucionalidad surgido en la Europa continental de la postguerra.¹³

¹¹ Nos referimos a la facultad de cualquier juez ordinario de declarar la inconstitucionalidad de una norma en una causa e inaplicarla.

¹² La propia Corte Constitucional se encargó de destacar la especial similitud entre el esquema de control concreto del sistema español y el del sistema ecuatoriano de 2008 (Sent. 008-13-SCN-CC; Casos 0033-09-CN y acumulados).

¹³ Es interesante hacer notar un principio de interpretación sistemática, entendiendo a las normas constitucionales no como disposiciones aisladas y carentes de relación entre sí, sino, como dice Francisco Díaz Revorio (1997), atribuyéndose un significado normativo teniendo en cuenta otros preceptos o normas que integran el contexto constitucional. Una Constitución configura un sistema que abarca principios relacionados entre sí en función de una idea política dominante, tal como afirma Badeni (2012); esta perspectiva de interpretación sistemática es

De esta forma, cabe preguntarse sobre el derrotero histórico que marcó los cambios en aquellos sistemas. En el origen del modelo kelseniano, la Constitución era concebida como una norma dirigida al legislador, y nunca como una norma invocable por el ciudadano ante los jueces, ya que el paradigma era que los derechos de estos nacían de la ley, y sólo por la ley estaban obligados los jueces. Este presupuesto conducía a la separación entre la justicia constitucional y la justicia ordinaria, según la cual la primera tenía “en exclusiva la competencia para resolver sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la ley” (Rubio Llorente, 1988). Mientras, que la competencia para determinar “cuál haya de ser la interpretación correcta de ésta” era exclusiva de la segunda (Rubio Llorente, 1988)

Este esquema se modifica luego con los cambios producidos por el constitucionalismo europeo post Segunda Guerra Mundial (García de Enterría y Martínez Carande, 1995), y la separación entre justicia constitucional y justicia ordinaria se diluye. Significando que la primera ya no tiene la potestad exclusiva de toda posible “aplicación e interpretación de la Constitución como norma” (Rubio Llorente, 1988), así como la segunda ya no se limita a aplicar única y exclusivamente la ley.¹⁴

la que permitiría superar la aparente contradicción irreconciliable que Pamela Aguirre Castro entiende. La interpretación sistemática ha sido muy utilizada por el tribunal constitucional español. Al respecto, véanse Alonso García (1984) y Díaz Revorio (1997).

¹⁴ Es interesante hacer notar comparativamente como esta tesis es abordada pacíficamente en el sistema constitucional español. Tal como la Constitución española de 1978, Eduardo García de Enterría y Martínez Carande (1995) destaca que ahora, en vista del “valor normativo directo y general de la Constitución”, esta pasa a ser una norma jurídica alegable ante los jueces ordinarios. No obstante, estas nuevas ideas exigen un esfuerzo de armonización con el incidente de inconstitucionalidad, llamado en España cuestión de inconstitucionalidad, y receptado en el artículo 163 de su Constitución, el cual, según la más destacada doctrina, contiene “el principio de interdicción a los jueces de inaplicar” las leyes.

En definitiva, se llegó a la conclusión que el monopolio que conserva el Tribunal Constitucional es sólo de rechazo, es decir, este tiene únicamente el “monopolio de la declaración de inconstitucionalidad de las Leyes”, mas ello no impide, por la propia fuerza normativa de la Constitución, que esta sea aplicada por los jueces. Incluso, se señala que estos últimos deben enjuiciar previamente la constitucionalidad de las leyes, antes de aplicarlas a los casos que tengan ante sus estrados (García de Enterría y Martínez-Carande, 1994). Conforme a la doctrina española, el instituto de la cuestión de inconstitucionalidad previsto en el artículo 163 de la Constitución española, no impide concluir que los jueces ordinarios “*deben aplicar e interpretar la Constitución*” (García de Enterría y Martínez-Carande, 2006) y, lo que es más, solo deberán suspender y elevar la cuestión al Tribunal Constitucional cuando consideren que la ley es inconstitucional, mas, cuando el juicio constitucional de la ley llevado a cabo por el juez

Precisamente, quienes sostienen esta tesis entienden de modo similar al sistema ecuatoriano de fiscalización constitucional instaurado por la Constitución de Montecristi. En este sentido, cabe señalar que la doctrina ecuatoriana en general —invocando el numeral 5o. del artículo 11, los artículos 426, 429 y el numeral 1o. del 436 de la Constitución de Ecuador— considera que la Corte Constitucional, aun cuando haya sido consagrada como el máximo intérprete constitucional, no es la única intérprete de la Constitución. A esto se suma el hecho de que los jueces también deben aplicar la Constitución, sobre todo, los derechos que ella consagra (Ávila Santamaría et al., 2008). Es decir, en el Ecuador post Constitución de 2008, los jueces también deben ser garantes de la Constitución, sobre todo de los derechos constitucionales, y deben “interpretar y aplicar la ley en el sentido que resulte conforme con la Constitución” (Ávila Santamaría et al., 2008).

Sin perjuicio de ello, la doctrina que defiende la tesis de este apartado también encuentra el fundamento para armonizar la idea de la exclusividad de la magistratura constitucional del juicio de inconstitucionalidad definitivo, que, según entienden sus sostenedores, deriva del artículo 428 de la Constitución de Montecristi. En este sentido, aquí tampoco se observa contradicción entre aquella potestad y “los principios de supremacía constitucional y aplicación directa de la Constitución”, ya que se entiende que “la constitucionalización del ordenamiento jurídico no es una cualidad de todo o nada [...], sino que admite grados o intensidades”. Con esto se advierte que debe poder ser armonizada con otros principios igualmente importantes, también de rango constitucional.¹⁵

De todos modos, esta doctrina, a cargo de la Corte Constitucional, que reconoce el denominado *monopolio de rechazo*, admite que: “la regla contenida en el artículo 428 de la Constitución, no exime a los juzgadores de su obligación de confrontar siempre la validez (materialidad) de las disposiciones

resulte positivo, no requiere confirmación alguna por la magistratura constitucional. Por otra parte, la legislación española también les impone a los jueces el deber de interpretación conforme de las leyes (García de Enterría y Martínez-Carande, 1994), con lo cual, una cuestión de inconstitucionalidad sólo podría elevarse cuando los esfuerzos del juez en tal sentido hayan sido infructuosos.

¹⁵ El principio *pro legislatore*, y los derechos a la igualdad y a la seguridad jurídica, se opondrían a la posibilidad de que una disposición normativa sea “inaplicada en un caso por un juez y aplicada por otro juez”, y justificarían, por lo mismo, la inteligencia que conduce a concluir que sólo a la Corte Constitucional “le corresponde expulsar la norma con efectos erga omnes” (Aguirre Castro, 2013).

normativas con la Constitución, toda vez que sus decisiones necesariamente siempre están condicionadas por la Constitución (Aguirre Castro, 2013).

IV. LA DECISIÓN DE LA MAGISTRATURA CONSTITUCIONAL QUE RESOLVIÓ POR EL SISTEMA DE CONTROL CONCENTRADO (SISTEMA DEL MODELO DE BASE KELSENIANA)¹⁶

Como bien apunta Aguirre Castro (2013), aquel “problema hermenéutico harto polémico”, consistente en determinar la subsistencia o no de la posibilidad del control difuso en Ecuador y su calificación como un sistema dual o paralelo —*sub specie* del modelo mixto— o como un sistema perteneciente al esquema kelseniano, fue zanjado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional para el período de transición.

Así es que la Corte Constitucional para el Periodo de Transición, y luego la Primera Corte Constitucional, dejaron establecido el alcance de la consulta de norma previsto en el art. 428 de la Constitución y desarrollado en el Título IV de la LOGJCC. Asimismo, la Primera Corte Constitucional vinculó ese entendimiento con la caracterización que cabía darle al sistema de control de constitucionalidad establecido por la Constitución de 2008.

La Corte Constitucional para el Periodo de Transición, por intermedio de la Sentencia núm. 055-10-SEP-CC (2010), marcaría una doctrina judicial que ya no variaría. En esta instancia la Corte debía resolver una acción extraordinaria de protección interpuesta por una persona jurídica de derecho público, dirigida en contra de una sentencia dictada por una sala especializada de una Corte Provincial, que se había avocado, en vía de apelación, al conocimiento de una acción de protección iniciada por una persona jurídica privada que, en sede administrativa, había sido sancionada por la primera.

La Corte Constitucional consideró necesario abordar el problema relativo a la posibilidad de que, en el marco de una acción de protección, el juez

¹⁶ Para esta consideración sólo se trata el análisis de sentencias de la Corte Constitucional para la transición, y luego de la Primera Corte Constitucional, que abordan la tensión interpretativa expuesta en relación con las características y al alcance del sistema de control de constitucionalidad. Ello, sin perjuicio de la existencia de otras sentencias y decisiones previas que reflejan otra perspectiva sobre el sistema de control de constitucionalidad en Ecuador pero que no se corresponden al periodo de estudio que, metodológicamente, corresponde al proyecto de investigación del cual se desprende esta publicación.

podiera declarar “la inaplicabilidad de un acto administrativo con efectos particulares” y/o “la inaplicabilidad de un acto normativo con efectos generales” (Sentencia núm. 055-10-SEP-CC, 2010, p. 11). Las directrices que orientaron la respuesta se encontraron, según la propia Corte, en el “principio de interpretación sistemática de la Constitución”¹⁷ y en “el derecho a la seguridad jurídica en la activación y sustanciación de las garantías jurisdiccionales y normativas que reconoce la Constitución de la República vigente” (Sentencia núm. 055-10-SEP-CC, 2010, p. 11).

Al momento de analizar la pretensión del demandante de la acción de protección, la Corte sostuvo la total improcedencia de “la solicitud de inaplicabilidad a través de una acción de protección”, advirtiendo “el efecto de la concesión de una acción de protección”. De acuerdo con la regulación vigente, tanto constitucional como legal, sólo puede ser la declaratoria de vulneración del derecho en cuestión y la pertinente reparación, mas “no es la inaplicabilidad de un acto, en este caso, de un acto administrativo con efectos particulares y directos” (Sentencia núm. 055-10-SEP-CC, 2010, p. 16).

Más adelante, incluso, se reitera que “la inaplicabilidad de un acto administrativo con efectos individuales y directos [...] no es propia de esta garantía jurisdiccional de derechos constitucionales” (Sentencia núm. 055-10-SEP-CC, 2010, p. 17). Es decir, de la acción de protección, por cuanto el propio “término inaplicable [...] responde a un efecto que traía el control constitucional difuso bajo el régimen de la Constitución Política de 1998 (art. 274), y que no existe en la Constitución de la República vigente” (Sentencia núm. 055-10-SEP-CC, 2010, p. 17).

La Corte Constitucional, por intermedio de la sentencia que estamos analizando en este acápite, marca y divide el terreno del debate doctrinario. Como primer criterio esencial deja claro que la invalidación que sea consecuencia de una declaración de inconstitucionalidad se tiene que entender como la anulación de la eficacia jurídica del acto normativo que sea materia de alguna acción constitucional. Provocando así “la expulsión del acto normativo con efecto general —o acto administrativo con efecto general— del ordenamiento jurídico ecuatoriano” (Sentencia núm. 055-10-SEP-CC, 2010, p. 17), lo cual la acción de protección como herramienta procesal no podría servir.

¹⁷ Sobre la interpretación sistemática véase la nota al pie núm.13

Conforme a lo determinado en la LOGJCC, la acción de protección no procede “cuando en la demanda exclusivamente se impugne la constitucionalidad o legalidad del acto u omisión, que no conlleve la vulneración de derechos constitucionales” (LOGJCC, 2023/12/01, art. 42, numeral 3). Con el establecimiento de esta norma se instaura una diferencia conceptual entre el control abstracto de constitucionalidad y la acción de protección.

Cuando un acto administrativo o normativo de alcance general infringe normas constitucionales, y se busca su eliminación o anulación del marco legal vigente en el país, el mecanismo apropiado es el control abstracto de constitucionalidad. Esta función es de competencia exclusiva de la Corte Constitucional, según lo establecido en los numerales 2, 3 y 4 del artículo 436 de la Constitución de la República. Por otro lado, en situaciones donde una acción o inacción de cualquier entidad de la administración pública, una política pública o un comportamiento de un particular, infrinja derechos constitucionales, y se aspira a obtener un reconocimiento de esta vulnerabilidad y la correspondiente reparación, la acción de protección se presenta como la herramienta constitucional idónea para salvar y reparar los derechos afectados, de acuerdo con lo previsto en el artículo 88 de la Constitución de la República (Sentencia núm. 055-10-SEP-CC, 2010, p. 18).

De conformidad con esto, la Corte concluyó que la referida Sala de la Corte Provincial de Pichincha, al determinar “que el acto objeto de la acción, acto administrativo con efectos individuales y directos, carece de eficacia jurídica”, no solamente había “desnaturalizado a la acción de protección”, sino que había “efectuado un control de constitucionalidad inexistente en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, control difuso y directo de un acto administrativo con efecto directo e individual” (Sentencia núm. 055-10-SEP-CC, 2010, p. 21).

En suma, la Corte insistió “con la utilización de un criterio sistemático de la Constitución”, y dejó sentado que la referenciada *disposición derogatoria* de la Constitución, que establece la derogación *ipso iure* de los instrumentos normativos que se opusieron a la nueva Constitución, debía “ser leído en armonía con el artículo 428 de la Carta Fundamental”. Mas, de todos modos, lo relevante es que la Corte Constitucional advirtió que esta última “regla constitucional es clara”, con lo cual se sostuvo que, al haber constatado la referida Sala de la Corte Provincial de Pichincha “una eventual contradicción de la norma respecto a la Constitución, debieron suspender la tramitación

de la causa y remitir en consulta el expediente a la Corte Constitucional” (Sentencia núm. 055-10-SEP-CC, 2010, p. 22).

La Corte advirtió, asimismo, que esta regla de proceder incluía también a aquellas hipótesis que cayeran en el ámbito de aplicación de la mencionada *disposición derogatoria* de la Constitución, ya que, en estos casos, igualmente, “para que una norma del ordenamiento jurídico sea contraria a la Constitución, deberá ser declarada como tal por parte de la Corte Constitucional”.

Sin embargo, el pasaje más trascendente de esta sentencia,¹⁸ en el que se encuentra establecida la *doctrina judicial del precedente*, expresa que

esta Corte deja en claro que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 428 de la Constitución de la República vigente, y a diferencia del control constitucional difuso previsto en la Constitución Política de 1998, los jueces están vedados para inaplicar normas jurídicas y continuar con la sustanciación de la causa, circunstancia que se ha generado en el caso *sub iudice*. Finalmente, a partir de la disposición constitucional citada, es evidente también que no existe la posibilidad de que un juez efectúe en la sustanciación de una causa, un control constitucional respecto a actos administrativos con efectos particulares e individuales por no encontrar sustento constitucional. (Sentencia No. 055-10-SEP-CC, 2010, p. 22)

Esta línea jurisprudencial será continuada en los restantes pronunciamientos de la Corte Constitucional de la cual ya no se apartará de la senda adoptada por la Corte Constitucional para el Período de Transición.

La Primera Corte Constitucional puso de manifiesto la forma de armonizar el principio de aplicación directa de la Constitución¹⁹ y el denominado *monopolio de rechazo* de la magistratura constitucional, del mismo modo que el nuevo sistema español lo había hecho, según las explicaciones de García de Enterría y Martínez-Carande.

¹⁸ Es importante mencionar que la parte resolutive de la sentencia hizo lugar a la acción extraordinaria de protección interpuesta por el Superintendente de Telecomunicaciones y, en tal virtud, como consecuencia de haberse omitido la aplicación del art. 428, se resolvió “[D]eclarar la vulneración de los derechos a la seguridad jurídica, debido proceso y tutela judicial efectiva” y “[D]ejar sin efecto la sentencia [...] motivo de la presente acción extraordinaria de protección” (Sentencia núm. 055-10-SEP-CC; Caso núm. 0213-10-EP).

¹⁹ Principio que, como se recuerda, apareció en los sistemas de control de constitucionalidad de aquellos países europeos continentales que habían adherido al modelo kelseniano original, con las modulaciones introducidas por el constitucionalismo de la segunda posguerra.

Así, en la Corte Constitucional ecuatoriana en la sentencia del Caso núm. 0535-12-CN, señaló que, como principio general, los tribunales ordinarios debían aplicar “las normas constitucionales de modo directo y sin necesidad de que se encuentren desarrolladas” (Sentencia núm. 001-13-SCN-CC, 2013, p. 4). Advirtiendo que la interrupción de una causa para que será remitida como consulta a la Corte Constitucional es de forma excepcional.

Precisamente, y sobre la consulta de norma impone a los jueces ordinarios la obligación de elevar a la Corte Constitucional la consulta de cualquier disposición normativa que pueda ser aplicable a un caso que deban resolver y que consideren inconstitucional, para que sea el órgano de la magistratura constitucional quien resuelva sobre la inconstitucionalidad o no de tal disposición. El principio que inspira esta solución es el que establece que, en el sistema de control de constitucionalidad ecuatoriano que diseña la Constitución de Montecristi, “existe únicamente el control concentrado de constitucionalidad, por lo que le corresponde sólo a la Corte Constitucional la declaratoria de inconstitucionalidad de una norma y su consecuente invalidez” (Sentencia núm. 001-13-SCN-CC, 2013, p. 4).

En esta instancia del análisis no debe pasarse por alto el hecho de que, a través de sus precedentes sobre el punto, la Corte Constitucional vino a solventar una posible antinomia entre el texto de la Constitución y el de la LOGJCC. Si bien los principios de supremacía constitucional, de la Constitución como norma vinculante para los jueces y de aplicación directa de la misma, todos ellos reconocidos en la nueva Constitución de 2008, pudieron haber generado alguna duda acerca del alcance de las facultades de la justicia ordinaria en cuanto a la cuestión constitucional, lo cierto es que el nodo del problema, en este sentido, fue la incorporación, en la LOGJCC, del término “duda” (artículo 142).

Ello dio pie para que una parte importante de la doctrina sostuviera que sólo aquella obligaba al juez a elevar la consulta, mientras que la certeza de la inconstitucionalidad de la norma aplicable, le permitiría a aquel declararla como tal por sí mismo e inaplicarla (Ávila Santamaría *et al.*, 2008).

Así fue, entonces, que este problema adicional que trae la redacción de la ley reglamentaria es advertido por la propia Corte Constitucional. El órgano constitucional luego de destacar que el artículo 428 de la Constitución prevé “expresamente que los jueces, cuando consideren que una norma es contraria a la Constitución, deben remitir en consulta el expediente a la Corte Constitucional”, pone de relieve que la LOGJCC, al incorporar en su artículo

142 el requisito de duda razonable y motivada, introduce una expresión que podría llevar a diversas interpretaciones, en el sentido que con la sola certeza del juez de instancia sobre alguna norma considerara que fuera inconstitucional podría inaplicarla para el caso concreto.

Así las cosas, la Corte reconoce que entre ambos dispositivos, el de la Constitución y el de la ley, podría observarse una “aparente contradicción”, y afirma, a su vez, que, ante semejante “problema jurídico”, fue su propia jurisprudencia la que estableció la solución (Sentencia núm. 036-13-SCN-CC, 2013).

Precisamente, abocándose a la solución de este aparente dilema, la Corte, luego de citar y transcribir uno de los pasajes más importantes de aquella sentencia que constituyó el punto de partida sobre el asunto, dictada por la Corte Constitucional para el Periodo de Transición (Sentencia núm. 055-10-SEP-CC, 2010), advirtió que la misma habría *ratificado* “la regla establecida en el artículo 428 de la Constitución”, al tiempo que se estableció que tal regla implicaría que “los jueces siempre, en caso de considerar que una norma es contraria a la Constitución, deberán remitir en consulta el expediente a la Corte Constitucional” (Sentencia núm. 036-13-SCN-CC, 2013).

En síntesis, en el precedente citado, la Corte Constitucional resolvió la polémica al determinar que

la Constitución de la República, Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional o Código Orgánico de la Función Judicial, no autorizan a las juezas y jueces a inaplicar una disposición normativa al tener “certeza” de su inconstitucionalidad, pues el único órgano con competencia para juzgar si una disposición normativa es contraria a la Constitución es la Corte Constitucional. (Sentencia núm. 036-13-SCN-CC, 2013, p. 9)

Sintetizadas las líneas fundamentales sentadas por la Corte Constitucional acerca del control de constitucionalidad es posible comprender la razón de la solución que la magistratura constitucional ecuatoriana adoptó respecto de la segunda de las cuestiones que se han planteado. Es que todas estas decisiones respecto del alcance que correspondía darle al artículo 142 de la LOGJCC, reglamentario del proceso constitucional de consulta de norma previsto en el artículo 428 de la Constitución, y sobre la cuestión relativa al modo de armonizar tal instituto con los principios de supremacía constitucional y de aplicación directa de la misma (artículos 9, 11, numeral 3,

425 y 426),²⁰ terminaron por decantar en otro tipo de decisión de la Corte Constitucional, esta vez sobre el tema tan polémico de la definición del sistema de control de constitucional ecuatoriano instaurado con la Constitución de 2008.

Así es que, en la Sentencia núm. 036-13-SCN-CC, se dijo que “el artículo 428 de la Constitución de la República del Ecuador recoge el sistema de control concentrado de constitucionalidad del modelo europeo” (2013, p. 6). Es decir, la propia Corte se inclina por una de las posturas doctrinales acerca del debate sobre la clasificación del sistema ecuatoriano de control de constitucionalidad: o constituye una de las subespecies del modelo mixto, o corresponde a un modelo de base kelseniano, con mixturas que respondían a ideas propias del derecho constitucional estadounidense.

El órgano de la magistratura constitucional ecuatoriana decidió que es este último esquema el que comprende al sistema ecuatoriano, tal como lo sostiene una parte de la doctrina, al decir que “se observa que el artículo 428 de la Constitución de la República del Ecuador recoge el sistema de control concentrado de constitucionalidad de modelo europeo, básicamente el español” (Aguirre Castro, 2013).

V. LA NUEVA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL Y LA NUEVA INCERTIDUMBRE SOBRE LA “NATURALEZA” DEL SISTEMA

La tesis anterior parece haber sido dejada de lado por una nueva jurisprudencia de la Corte Constitucional, surgida a partir del año 2019. Como señalan Storini *et al.* (2022), en aquel año la Corte dictó dos sentencias a propósito del matrimonio igualitario, de las que surge un panorama confuso, ya que, al tiempo que en una de ellas se reafirmaba la tesis de que el sistema ecuatoriano era un sistema concentrado,²¹ en la otra se daba a entender, aunque no de manera explícita, que en el sistema de la Constitución de Montecristi, el juez ordinario estaba autorizado a realizar el denominado control difuso,

²⁰ Que llevaron a sostener la exclusividad de la facultad de emitir juicios negativos *definitivos* sobre la constitucionalidad de las diversas disposiciones normativas en cabeza de la magistratura constitucional —o monopolio de rechazo—.

²¹ Sentencia 010-18-CN/19.

esto es, aplicar la Constitución incluso frente a normativa infraconstitucional que se le opusiera.²²

Como cierre, en el año 2020, la Corte Constitucional dicta una sentencia en la que parece reafirmar, esta vez, la tesis de que, en el Ecuador, los jueces son titulares de la atribución de inaplicar normativa infraconstitucional que se encuentre en pugna con la Constitución y que sea aplicable al caso.²³

De todos modos, en su voto concurrente, el juez Hernán Salgado Pesantes disiente de la tesis del voto de la mayoría en cuanto al punto, y sostiene que en el sistema de control de constitucionalidad instaurado por la Constitución de 2008 sólo es posible el control concentrado en cabeza de la Corte Constitucional.

En vista de este panorama, la incertidumbre de la que se habla en el título de este apartado deriva del hecho de que, según advirtiera la doctrina, los precedentes que habían consolidado la jurisprudencia que establecía la interdicción del control difuso y la exclusividad de la Corte Constitucional en la atribución de la declaración de inconstitucionalidad (control concentrado) no fueron dejados de lado expresamente, sino que conviven con la reciente jurisprudencia que autoriza tal control difuso, dando lugar, de tal modo, a dos líneas jurisprudenciales claramente contradictorias (Storini *et al.*, 2022).

VI. CONCLUSIÓN

Habíamos señalado que uno de los presupuestos del que partía el modelo kelseniano, y que denominamos *estabilidad*, suponía que las reglas de funcionamiento de los sistemas de control de constitucionalidad que lo siguieran estarían preestablecidas por la ley —constitucional u ordinaria— y fuera del alcance del poder creador de la jurisprudencia. Este presupuesto se enmarcaba en la pretensión de racionalización de toda la vida política que gobernaba los procesos constituyentes de la época, es decir, aquel periodo de entreguerras signado por el positivismo como ideología.

No obstante, al igual que sucedía en algunos países de la Europa continental en los que los *aggiornamenti* de los caracteres de sus sistemas de control de constitucionalidad, de matriz kelseniana, se habían logrado, en parte

²² Sentencia 011-18-CN/19.

²³ Sentencia 1116-13-EP/20.

por las nuevas regulaciones constitucionales, pero también por la acción de la jurisprudencia constitucional, en el sistema ecuatoriano de la Constitución de Montecristi, la Corte Constitucional tendría, también, un papel sumamente relevante en el bosquejo de los detalles de dicho esquema.

Se ha adoptado como ejemplo la polémica suscitada en torno a la subsistencia o no, luego de la sanción de la Constitución de 2008, del denominado control difuso, y su derivación necesaria, el dilema sobre la clasificación del sistema de control de constitucionalidad diseñado por aquella.

Los principios de fuerza normativa vinculante y de aplicación directa de la Constitución, por una parte, y el principio implícito en el incidente o cuestión de inconstitucionalidad, por otro, fueron balanceados. En los sistemas del *viejo continente*, a través de la elucubración teórica de un derivado del modelo originario (el austriaco), en el que la separación fundamental entre magistratura constitucional y magistratura ordinaria se flexibiliza, y en donde, por *mor* de esto, los jueces ordinarios pueden y deben aplicar e interpretar la Constitución, en los litigios que debieran resolver, pero hasta el límite de tener que emitir una declaración de inconstitucionalidad de las leyes aplicables al caso. Es decir que, aun a pesar de lo anterior, esta última potestad sigue siendo exclusiva del Tribunal Constitucional, al menos si de dictar un pronunciamiento definitivo se trata.

En esta línea, cabe advertir que, aun cuando los principios fueron receptados de un modo semejante por la Constitución de Montecristi, la doctrina ecuatoriana no abrazó la teoría europea, al menos no en forma unánime. Vimos que hubo un sector de esta que propuso un entendimiento diferente, en el que coexistirían el control abstracto, con todas sus peculiaridades, en cabeza de la magistratura constitucional, y el control concreto en cabeza de todos los jueces.

Se ha expuesto también que el debate original se profundiza cuando se sanciona la LOGJCC, cuya disciplina del instituto de la *consulta de norma* está caracterizada por una redacción confusa.

Así las cosas, la importancia de la jurisprudencia de la Corte Constitucional que se ha relevado viene dada por el hecho de que, ante las posturas encontradas que surgieron en la doctrina al momento de responder a los mencionados interrogantes, aquella terminó dirimiendo la controversia, con el significado especial que ello tiene en el esquema teórico del modelo. En cierto modo, termina por “crear” el sistema, de una manera similar a una *Supreme Court* o, al menos, “crear” en algún sentido relevante.

En tal sentido, y más allá de que existan fundadas razones para creer que la decisión adoptada sobre la polémica es la más adecuada, eso no quita que se haya tratado del establecimiento de una serie de reglas de funcionamiento por parte de la jurisprudencia de la magistratura constitucional, es decir, crear el propio sistema.

Es que el hecho de que, entre la comunidad de intérpretes relevantes, las disposiciones constitucionales que receptaban los principios mencionados dieron lugar a interpretaciones diversas, significa que de tales disposiciones normativas se extrajeron normas diversas, con lo cual, a partir de los mismos textos legales se construyeron diversos sistemas normativos.

La Corte Constitucional, al decidir las cuestiones aludidas como lo hizo, optó por reconducir el sistema de control de constitucionalidad de Ecuador hacia uno de los sistemas normativos propuestos, y ello, claro está, no puede ser entendido como el seguimiento de reglas preestablecidas por el legislador, sino que implica el propio establecimiento de las reglas.

Esto último queda de manifiesto, en la Sentencia núm. 001-13-SCN-CC (2013), en donde la Corte da a entender, que dejará sentada una regla general para los casos subsiguientes, la cual, incluso, se incluye en la parte resolutive de la misma.

En efecto, en la resolución mencionada, luego de reconocer la problemática originada en cuanto a los distintos casos de presentación de consultas de normas dentro del control concreto de constitucionalidad, encontró como un ensayo de solución la fijación de algunos criterios que los jueces deberán seguir para estos fines.

El establecimiento de estos criterios fortalece la importancia del control concreto de constitucionalidad en el mantenimiento de un sistema jurídico coherente y concordante con los cánones constitucionales. Así mismo, se ratifica el papel que tienen los jueces ordinarios que actúan como jueces constitucionales en el deber que tienen de identificar posibles inconstitucionalidades durante sus procedimientos, enfatizando la necesidad de una argumentación detallada y fundamentada para dicha caracterización.

La Corte, al emitir estos criterios, ha dotado de claridad y estandarización al proceso, respondiendo a problemas recurrentes en la presentación de consultas, lo que sugiere un esfuerzo por mejorar la eficiencia y efectividad del control constitucional.

Esto nos lleva a reflexionar si las definiciones de la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Ecuador sobre el procedimiento de consulta de norma constituyen una interpretación o una creación de reglas.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- Aguirre Castro, P. (2013). Consulta de norma: Garantía de la tutela judicial efectiva. En J. Benavides Ordóñez y J. Escudero Solis (Eds.), *Manual de justicia constitucional ecuatoriana* (pp. 294-318). Corte Constitucional del Ecuador, CEDEC. https://repositorio.consejodecomunicacion.gob.ec/bitstream/CONSEJO_REP/3784/1/Manual_de_justicia_constitucional%20CCE.pdf
- Alonso García, E. (1984). *La interpretación de la constitución*. Centro de Estudios Constitucionales.
- Ávila Santamaría, R., Grijalva Jimenez, A., y Martínez Dalmau, R. (2008). *Desafíos constitucionales: La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=397863>
- Badeni, G. (2012). *Tratado de derecho constitucional* (7a. ed.). La Ley.
- Brewer-Carías, A. R. (1996). La justicia constitucional en América Latina. En *Derecho público, filosofía y sociología jurídicas: perspectivas para el próximo milenio* (pp. 466-516). Universidad Externado de Colombia.
- Calamandrei, P. (1996). *Instituciones de Derecho procesal civil* (1-3). Librería El Foro.
- Cruz Villalón, P. (1982). Dos modos de regulación del control de constitucionalidad: Checoslovaquia (1920-1938) y España (1931-1936). *Revista española de derecho constitucional*, 2(5), 115-146. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/revista?codigo=1219>
- De Vega, P. (1979). *Jurisdicción constitucional y crisis de la Constitución*. En P. De Vega García, *Estudios político-constitucionales* (pp. 283-309). Universidad Nacional Autónoma de México; Universidad Complutense de Madrid.
- Díaz Revorio, F. J. (1997). *Valores superiores e interpretación constitucional*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Fernández Segado, F. (2013). *La evolución de la justicia constitucional*. Dykinson.
- Fernández Segado, F. (1997). Evolución histórica y modelos de control de constitucionalidad. *Pensamiento Constitucional*, 4(4), 167-216.

- Fernández Segado, F. (2005). La justicia constitucional ante el siglo XXI: La progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano (extracto del libro: *La Constitución Española en el contexto constitucional europeo*. Editor: Francisco Fernández Segado). *Pensamiento Constitucional*, 11(11), 19-75. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/7678>
- García Belaunde, D. (1991). La acción de inconstitucionalidad en el derecho comparado. *Lecturas Constitucionales Andinas, Urna: CAJ*, (1), 161-173. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2187/13.pdf>
- García Belaunde, D. y Fernández Segado, F. (Coords.) (1997). *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*. Dykinson; Ediciones Jurídicas Lima; Editorial Jurídica E. Esteva; Editorial Jurídica Venezolana.
- García de Enterría y Martínez Carande, E. (1995). *La lengua de los derechos: La formación del derecho público europeo tras la Revolución Francesa*. Alianza Editorial.
- Grijalva Jiménez, A. (2011). *Constitucionalismo en el Ecuador*. Corte Constitucional para el Período de Transición. [http://biviced.corteconstitucional.gob.ec/bases/biblio/texto/Constitucionalismo/Constitucionalismo en Ecuador.pdf](http://biviced.corteconstitucional.gob.ec/bases/biblio/texto/Constitucionalismo/Constitucionalismo%20en%20Ecuador.pdf)
- Gutiérrez Godoy, Á. (2009). El control constitucional en Ecuador y Colombia: Un análisis comparado. *Iuris Dictio*, 8(12), artículo 12. <https://doi.org/10.18272/iu.v8i12.687>
- Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, Pub. L. No. Ley s/n (Segundo Suplemento del Registro Oficial 52, 22-X-2009) (2009).
- Martínez Dalmau, R. (2008). Supremacía de la Constitución, control de la constitucionalidad y reforma constitucional. En R. Ávila Santamaría, A. Grijalva, & R. Martínez Dalmau (Eds.), *Desafíos constitucionales: La constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva* (pp. 279-290). Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. https://agustingrijalva.com/wp-content/uploads/2016/06/2_Desafios_Constitucionales.pdf
- Masapanta, C. (2012). *Jueces y control difuso de constitucionalidad: Análisis de la realidad ecuatoriana*. Corporación Editora Nacional. <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/3329/1/SM114-Masapanta-Jueces.pdf>
- Mezzetti, L. (2009). Sistemas y modelos de justicia constitucional a los albores del siglo XXI. *Estudios Constitucionales*, 7(2), 281-300. <https://doi.org/10.4067/S0718-52002009000200011>

- Mirkine-Guetzévitch, B. (2011). *Modernas tendencias del derecho constitucional*. (S. Álvarez-Gendin, Trad.). Editorial Reus. <https://www.iberlibro.com/9788429016796/Modernas-tendencias-derecho-constitucional-Mirkine-Guetz%C3%A9vitch-8429016791/plp>
- Munné, G. (2006). Racionalidades del Derecho según Max Weber y el problema del formalismo jurídico. *Isonomía*, (25), 69-100. http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S1405-02182006000200005&lng=es&nrm=iso&tlng=es
- Pegoraro, L. (2002). La circulación, la recepción y la hibridación de los modelos de justicia constitucional. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, (6), 393-416. <http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=8&IDN=398&IDA=1432>.
- Prieto Sanchís, L. (2006). Insnaturalismo, positivismo y control de ley. Los presupuestos históricos, ideológicos y doctrinales de jurisdicción constitutiva. En J. L. Requejo Pagés, *Fundamentos: Cuadernos monográficos de teoría del estado, derecho público e historia constitucional* (pp. 27-107). Junta General del Principado de Asturias. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2060245>
- Rubio Llorente, F. (1988). La jurisdicción constitucional como forma de creación de Derecho. *Revista española de derecho constitucional*, 8(22), 9-52. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=79367>
- Sagüés, N. (2016). *La Constitución bajo tensión* (Primera edición). Instituto de Estudios Constitucionales de Estado de Querétaro.
- Salgado Pesantes, H. (2013). ¿Guardianes o sepultureros de la Constitución 2008? Primer balance de la «Corte Constitucional en transición». *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, (17), 311-324. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4522000>
- Sentencia núm. 001-13-SCN-CC, Caso núm. 0535-12-CN (6 de febrero de 2013). <https://buscador.corteconstitucional.gob.ec/buscador-externo/principal/fichaSentencia?numero=001-13-SCN-CC>
- Sentencia núm. 036-13-SCN-CC, Caso núm. 0047-11-CN (7 de junio de 2013). <https://buscador.corteconstitucional.gob.ec/buscador-externo/principal/fichaSentencia?numero=036-13-SCN-CC>
- Sentencia núm. 055-10-SEP-CC, Caso núm. 0213-10-EP (18 de noviembre de 2010). <https://buscador.corteconstitucional.gob.ec/buscador-externo/principal/fichaSentencia?numero=055-10-SEP-CC>

- Storini, C., Gallegos, C. R. M., y Coronel, M. A. G. (2022). Control de constitucionalidad en Ecuador: Muchas alforjas para tan corto viaje. *Foro: Revista de Derecho*, (38), 7-27. <https://doi.org/10.32719/26312484.2022.38.1>
- Tocqueville, A. de. (2017). *La democracia en América*, 1. El Cid Editor.
- Weber, M. (2002). *Economía y Sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*. (J. Joachim Winckelmann, Ed.; J. Medina Echavarría, J. Roura Farella, E. Ímaz, E. García Maynez, & J. Ferrater Mora, Trads.). Fondo de Cultura Económica de España. <https://www.agapea.com/libros/Economia-y-sociedad-Esbozo-de-sociologia-comprensiva--9788437503745-i.htm>

