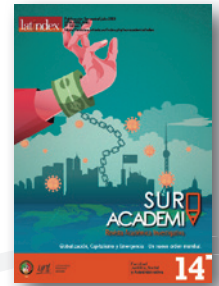


Manuel Eugenio Salinas Ordóñez. Docente Universidad Nacional de Loja  
manuel.salinas@unl.edu.ec  
<https://orcid.org/0000-0002-6281-6596>



## La fiscalización de la Supremacía Constitucional como función del juez constitucional.

### The supervision of the Constitutional Supremacy as a function of the constitutional judge.

#### RESUMEN

La justicia constitucional en el Ecuador tiene varias aristas, entre ellas la falta de uniformidad en los fallos que resuelven las garantías jurisdiccionales que en múltiples ocasiones son contradictorios y atienden a circunstancias personales y coyunturales del juzgador y de las partes procesales. Muchas veces el criterio errado o no de un juzgador afecta a la comprensión de los justiciables sobre su decisión. Se ha logrado evidenciar que cuando el juzgador constitucional desea aceptar una demanda de garantía jurisdiccional resuelve amparando su decisión en los principios y derechos establecidos en la Constitución de la República, no obstante, si su pretensión es negar tal demanda, basa su decisión en las reglas establecidas en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Por ello, haré referencia a la función fiscalizadora del juez constitucional y la supremacía de la norma constitucional. Mi pretensión no es determinar como varios autores lo hacen, el rol del juez constitucional, sino evidenciar la supremacía constitucional y la función fiscalizadora del administrador de justicia constitucional dentro del Estado constitucional de derechos y justicia.

#### ABSTRACT

The constitutional justice in Ecuador has several edges, among them the lack of uniformity in the rulings that resolve the jurisdictional guarantees that on multiple occasions are contradictory and attend to personal and conjunctural circumstances of the judge and the procedural parties. Many times the wrong judgment or not of a judge affects the understanding of the defendants about their decision. It has been demonstrated that when the constitutional judge wishes to accept a demand for a jurisdictional guarantee, he resolves by protecting his decision in the principles and rights established in the Constitution of the Republic, however, if his claim is to deny such demand, he bases his decision on the rules established in the Organic Law of Jurisdictional Guarantees and Constitutional Control. For this reason, I will refer to the supervisory function of the Constitutional Judge and the supremacy of the constitutional norm. My intention is not to determine how the various authors do it, the role of the constitutional judge, but rather to demonstrate the constitutional supremacy and the supervisory function of the administrator of constitutional justice within the constitutional State of rights and justice.

#### INTRODUCCIÓN

La justicia constitucional debe considerarse como el mecanismo más idóneo para que el Estado resguarde su existencia y ordenamiento frente a los peligros que puedan presentarse en su interior, no solamente se trata de

un mecanismo de defensa o de la actividad protectora de los derechos de las personas e inclusive de la naturaleza, es mucho más que eso, es también un proceso jurisdiccional que tiene como objeto precautelar la propia vigencia de la Constitución.

Siendo el control constitucional parte de la justicia constitucional el rol del juez constitucional no debe ser únicamente de atención a la vulneración individual de derechos sino a la vigencia de supremacía constitucional y cada juez debe observar la supremacía y aplicación directa de la norma constitucional.

Por otro lado, se puede considerar al neoconstitucionalismo como Teoría del Derecho, como Ideología del Derecho y como método de análisis del Derecho, de tal modo que la aplicación de una diferente perspectiva y enfoque que el juzgador tenga de la justicia constitucional, garantizará la vigencia de una norma jerárquica. Hay quienes erradamente consideran que el neoconstitucionalismo es nuevo, nada más alejado de la realidad. Si frente a alguna teoría del Derecho, constituyó una nueva reflexión o construcción, en la actualidad la nova teoría no se atribuye a la temporalidad de su vigencia sino a una nueva concepción de la estructura normativa que rige el Estado, así, comprenderemos la consagración de derechos fundamentales y la organización del Estado como resultado de esta teoría.

La jurisdicción constitucional supone requisitos previos y debe comprenderse dentro de las esferas que incluso tienen que ver con el tipo de Estado, así democrático, soberano, independiente, etc. Se ha dicho con toda propiedad que si se tiene en cuenta el doble significado que tiene la justicia constitucional, desde la óptica objetiva se hará referencia a las funciones jurisdiccionales realizadas por la garantía y defensa de la Constitución, mientras que desde la óptica subjetiva analiza los diversos órganos que ejercen dichas funciones.

Este tema no puede ser reducido a un artículo, el presente solo constituye una invitación a su continuo y constante análisis para que se logre en el Ecuador en algún momento que el juez constitucional realice una verdadera fiscalización de la supremacía constitucional.

## **DESARROLLO**

Haré referencia al Estado constitucional de Derecho y con Luigi Ferrajoli sostengo que existen algunos cambios de paradigma del Derecho:

Se produjo con el nacimiento del Estado moderno y con la afirmación del principio de legalidad como norma de reconocimiento del Derecho positivo existente, un segundo cambio, no menos radical, es el producido en este último medio siglo con la subordinación de la legalidad misma - garantizada por una específica jurisdicción de legitimidad - a Constituciones rígidas, jerárquicamente supraordenadas a las leyes como normas de reconocimiento de su validez.. (FERRAJOLI, 2003)

En el Ecuador, a partir del año dos mil ocho, fecha de vigencia de la actual Constitución, se estipula que somos un Estado constitucional de derechos y justicia social. Característica que no se equivale al Estado constitucional de Derecho al que se refiere el autor Ferrajoli, sino que se hace referencia a éste tipo de Estado pero al agregar “de derechos” se pretende incluir a los ordenamientos que rigen a los pueblos indígenas que tienen su propio sistema de normas jurídicas e inclusive un propio sistema procesal conocido como Justicia Indígena, en la que no se respetan los principales derechos fundamentales de las personas, pero son aceptados por tal comunidad y se someten a la decisión de una autoridad que les sanciona con duras sanciones físicas que en el ordenamiento jurídico no indígena serían atentatorias al derecho a la integridad personal e inclusive al derecho a la vida.

Siguiendo al mismo autor diré que ante todo cambian las condiciones de validez de las leyes, dependientes ya no sólo de la forma de su producción sino también de la coherencia de los contenidos con los principios constitucionales. La existencia (o vigencia) de las normas, que en el paradigma paleo – iuspositivista se había disociado de la justicia, se disocia ahora también la validez, siendo posible que una norma formalmente válida, y por consiguiente vigente, sea sustancialmente inválida por el contraste de su significado con normas constitucionales, como por ejemplo el principio de igualdad o los derechos fundamentales.

Es evidente que la Constitución ecuatoriana mantiene estas contradicciones; recientemente, la Corte Constitucional interpretó una norma constitucional que prohíbe en forma expresa el matrimonio entre personas del mismo sexo, y la validó disponiendo que las autoridades del Registro Civil, institución en la que se contraen los matrimonios acojan la Sentencia y permitan dichos matrimonios, sin reformar el Código Civil ni tampoco la Constitución en la norma que estipula que el matrimonio es - la unión entre hombre y mujer -, he ahí la validez formal de la norma pero inválida ante la norma constitucional. Agrega el autor citado, que:

El estatuto epistemológico de la ciencia jurídica, a la que la posible divergencia entre Constitución y legislación confiere un papel ya no sólo exclusivamente explicativo, sino crítico y proyectivo en relación con su propio objeto. En efecto, en el Estado constitucional de Derecho la Constitución no sólo disciplina las formas de producción legislativa sino que impone también a ésta prohibiciones y obligaciones de contenido, correlativas unas a los derechos de libertad y las otras a los derechos sociales, cuya violación genera antinomias o lagunas que la ciencia jurídica tiene el deber de constatar para que sean eliminadas o corregidas. (FERRAJOLI, 2003)

Refiriéndome a la incidencia de la jerarquía constitucional inclusive sobre la producción legislativa, hace no mucho tiempo, la Corte Constitucional al resolver sobre la privación de libertad de deuda alimenticia, reformó el Código de la Niñez y Adolescencia, inclusive dispuso que obligatoriamente los Jueces de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia deben aplicar la resolución de la Corte Constitucional en todos los asuntos de familia en los que se resuelvan situaciones inherentes a los alimentos y la facilidad para el pago de las pensiones alimenticias.

Esta Resolución se convierte en un referente del Estado constitucional de derechos, puesto que en forma muy consecuente con el derecho constitucional a la libertad, se ha resuelto que lo que disponen las leyes secundarias sobre la limitación del goce del derecho a la libertad cuando se adeudan alimentos, es necesario indicar que se garantiza más el derecho previsto en la Constitución que otras normas jurídicas vigentes.

Es evidente que el juez debe aplicar la ley, pues esa es la naturaleza de su actividad jurisdiccional, pero en materia constitucional no se puede aplicar una ley que sea contraria a la Constitución, debiendo el juez, censurarla como inválida y no solo dejar de aplicarla sino denunciarla como inconstitucional. He aquí una falencia de la justicia constitucional del Ecuador, el juez constitucional se limita en ciertos casos a aceptar una acción de garantía jurisdiccional y su rol no va mas allá, pero si realmente una norma legal la encuentra inconstitucional debería denunciarla como tal para que la Corte Constitucional así la declare y en forma definitiva esa norma no pueda aplicarse en el Estado en general y no solamente para un caso determinado, puesto que en un caso de la misma naturaleza podría haber otro juzgador constitucional que considera que la misma norma legal si es válida ante la norma constitucional. De ese modo se podría generar una cultura jurídica constitucional, de respeto a la norma constitucional y no de requerir la participación del juez en torno a normas que pareciendo claras en su aplicación generan diferentes criterios entre juzgadores constitucionales.

Al mismo tiempo el constitucionalismo rígido produce el efecto de completar tanto el Estado de Derecho como el mismo positivismo jurídico, que alcanzan con él su forma última y más desarro-

llada. Por la sujeción a la ley incluso del poder legislativo, antes absoluto, y por la positivización no sólo ya del ser del Derecho, es decir, de sus condiciones de existencia, sino también de su deber ser, o sea, de las opciones que presiden su producción y, por tanto, de sus condiciones de validez (FERRAJOLI, 2003).

Con esta transformación que inclusive podría afectar a la democracia de un Estado se consolida la rigidez de un estado constitucional. El juez constitucional en el Ecuador tiene la potestad de dictaminar la constitucionalidad de las reformas legales que se pretendan realizar en el Estado, por tanto, si la función legislativa pretendiese expedir una Ley que ponga en riesgo o no, la democratización del Estado, sería la Corte Constitucional el organismo que declare la inconstitucionalidad de tal normativa.

Ahora bien, el neoconstitucionalismo como Teoría del Derecho, constituye el eje jurídico del Estado se encuentra en la Constitución y toda ley secundaria deberá guardar armonía con el precepto jerárquico constitucional, además del respeto a las reglas y principios que se contiene en ella, y existe absoluta preponderancia del juez constitucional sobre la voluntad del legislador, por ello, la pluralidad de valores se hace presente, puesto que los derechos fundamentales de las personas evidencia una inmensa gama de valores que se refieren al deber ser del individuo y su actuación en la sociedad a la cual se pertenece.

Empero, ¿de qué se tratan las reglas y principios? como bien afirmó el maestro Torricelli al tratar de reglas debe considerarse como subsunción y cuando se trata de principios se tratará de una ponderación. Por ello, se analizarán en virtud de la argumentación, la idoneidad, necesidad y proporcionalidad.

Según Alexy, “los conflictos de reglas y las colisiones de principios tienen en común que, en ambos casos, la aplicación de las normas en conflicto produce resultados incompatibles” (ALEXY, 1983). Frente a esta gran definición, José Juan Moreso afirma que “Son supuestos de antinomia normativa (como cuando, por poner un ejemplo simple, se prohíbe detenerse en una determinada avenida y, a la vez, se obliga a respetar la luz roja de los semáforos: nadie, por razones lógicas, puede cumplir ambas normas a la vez). Se diferencian en la forma de resolver el conflicto” (MORESO, 2003).

Claramente se distingue que cuando existe un conflicto entre principios la aplicación de éstos produce un resultado diferente, por ello, se ha enseñado por parte de varios tratadistas que las colisiones entre principios han de ser resueltas de modo distinto. Cuando dos principios entran en colisión, es decir, cuando el primero se presenta una conducta que está prohibida y el segundo está permitida, una de estos principios ha de ceder al otro. Pero aquello no significa que uno de los principios sea inválido, ni que en el principio desplazado haya que introducir alguna excepción. Lo que sucede es que, en determinadas circunstancias, un principio precede al otro. Es por esta razón por lo que se afirma que, en los casos concretos, los principios tienen diferente peso y no según la dimensión de validez. Supongamos que en un caso concreto la libertad de información, reconocida constitucionalmente, entra en conflicto con el derecho al honor, también reconocido constitucionalmente. En este caso, ponderando, deberá reconocerse las circunstancias para la aplicación del principio. Actualmente que se está frente a la pandemia mundial del covid 19, los periodistas tienen derecho a presentar la información que sea válida para educar a las personas respecto de su prevención, pero también se indican los nombres de las personas que se contagian y que posteriormente fallecen, los familiares podrían considerar que dicha información atentaría al derecho al honor, buen nombre y reputación, entonces se deberá considerar que si la información es correcta y absolutamente verificable, se tendrá como válida y legítima esa información y por tanto, no podrá atacar al buen nombre de dichos familiares, menos aún del difunto. Pero si hay algún dato no verificable y lo que se informa es referencia de personas no autorizadas y no son datos oficiales respecto al estado de salud y fallecimiento de esa persona, dicha información no será válida y se garantizará entonces el derecho al honor, buen nombre y reputación de las personas.



El neoconstitucionalismo como ideología según Luis Prieto Sanchís se hace referencia a la filosofía política que justifica la fórmula del Estado constitucional de derecho los términos que serán descritos de inmediato.

El neoconstitucionalismo no representa un pacto en torno a unos pocos principios comunes y coherentes entre sí, sino más bien un pacto logrado mediante la incorporación de postulados distintos y tendencialmente contradictorios. Así y como ya hemos avanzado las Constituciones suelen estimular las medidas de igualdad sustancial, aunque garantiza también la igualdad jurídica o formal, y es absolutamente evidente que toda política orientada a favor de la primera ha de tropezar con el obstáculo que supone la segunda” (PRIETO, 2009).

Si se advierte incorrectamente la corriente del neoconstitucionalismo podría pensarse que se propende a tener constituciones que promuevan la contradicción de principios, enfrentamiento de derechos y antinomias de todo tipo que generarán lagunas que solo los jueces constitucionales puedan resolver. Sin embargo, si se reflexiona que esta rigidez constitucional advierte que una de las características del neoconstitucionalismo es que el principio predomina sobre la regla, que a mi juicio es la característica principal que permite demostrar la vigencia o existencia plena de esta corriente que ha sido considerada por el constituyente ecuatoriano en el año dos mil ocho y que al igual que en otros países sudamericanos rige a la sociedad que aún no se acostumbra a la ejecución y aplicación directa de la norma constitucional.

Quienes han tenido inconvenientes por la aplicación de reglas, han visto en la vigencia del precepto constitucional una alternativa válida para la conservación de su derecho, por tanto, se considera que el Estado constitucional es una organización del Estado más justa que otro tipo de Estado.

Imaginémonos algo práctico y que sucede a diario, pues en la Constitución se reconoce la libertad de expresión, pero también el derecho al honor, pero es obvio que pueden entrar en conflicto, de este modo casi podría afirmarse que no hay norma sustantiva constitucional que no encuentre frente a sí otras normas capaces de suministrar eventualmente razones para una solución contraria, por ello, que los jueces constitucionales deben ser muy valorativos en torno al efecto de la norma constitucional y a la pretensión individualista y a veces patrimonial del requirente de protección constitucional.

En el Ecuador se regula la actividad laboral del servicio público mediante la Ley Orgánica de Servicio Público, que tiene también su Reglamento, en estas normas de carácter administrativo, se estipula que las personas pueden tener un régimen laboral especial, es decir, que trabajan por un contrato ocasional y no tienen un nombramiento, puesto que para tener el nombramiento en el sector público se requiere participar y ganar un concurso de méritos y oposición. Esta regla, no puede ser general porque no se convocan a concursos para ingresar al sector público en forma permanente según la necesidad, sino que se lo hace en forma esporádica, por ello, la mayoría de instituciones públicas tienen empleados contratados ocasionalmente. Los funcionarios de libre remoción y nombramiento, que son nombrados en diferentes momentos gubernamentales y que obedecen a puesto públicos de naturaleza transitoria, vulneran el derecho constitucional al trabajo de estos empleados ocasionales, sin importar que vengán siendo contratados bajo esa modalidad durante muchos años. Es por ello, que miles de estos empleados han demandado en todo el país que se respete su estabilidad laboral y su derecho al trabajo y varios jueces constitucionales han considerado que debe ponderarse entre la regla (Ley Orgánica de Servicio Público) y el principio (Constitución de la República) y aunque han existido fallos de jueces constitucionales que han ponderado entre la regla y el principio y han considerado que la disposición contenida en una Ley y un Reglamento de inferior jerarquía a la Constitución de la República, la mayoría de jueces y la Corte Constitucional que es el máximo organismo han resuelto bajo los postulados del neoconstitucionalismo como ideología, es decir que han ponderado entre la regla y el principio y han optado por éste último como predominante.

Del mismo modo en el mismo ejemplo se puede establecer que se ha considerado al neoconstitucionalismo como metodología, puesto que se han aplicado las reglas y métodos que se establecen también en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

Principalmente como enseñó el maestro Torricelli, “el neoconstitucionalismo como metodología no termina en la descripción, se ocupa de la valoración” (TORICELLI, 2020). Suele decirse que la ponderación es el método alternativo a la subsunción: las reglas serían el objeto de subsunción, donde comprobado el encaje del supuesto fáctico, la solución normativa viene impuesta por la regla; los principios, en cambio serían objeto de ponderación, donde esa solución es construida a partir de razones en pugna. Ello es cierto, pero no creo que la ponderación constituya una alternativa a la subsunción, diciendo algo así como que el juez ha de optar entre un camino u otro. A mi juicio, operan en fases distintas de la aplicación del derecho; es verdad que si no existe un problema de principios, el juez se limita a subsumir el caso en el supuesto o condición de aplicación descrito por la Ley, sin que se requiera ponderación alguna.

Pero cuando existe un problema de principios y es preciso ponderar, eso no significa que se haga caso omiso a la subsunción, todo lo contrario, lo primero que se debe hacer en toda ponderación es constatar que realmente exista relevancia e importancia entre dos principios que supuestamente se contradicen o se oponen. Porque subsumir es pues, que un caso se encuentre dentro de una conducta reglada, por ejemplo en materia penal, es necesario que el acusado esté inmerso dentro de una conducta tipificada como infracción y también pueda ser beneficiado de un principio constitucional que no se haya previsto, además que luego de la ponderación nuevamente se tendría que subsumir, puesto que si el juez constitucionalmente ponderó un asunto, posteriormente todas las personas deberán considerar ese principio ponderado modificó la regla, en este caso, bastará la subsunción puesto que ya se ponderó en el sentido que la regla ponderada sería vigente, como en el caso de los servidores públicos que luego de haberse ponderado entre la regla y el principio, todos los funcionarios públicos deben advertir la estabilidad de todos los empleados que han sido permanentemente contratados por varios años y que deberán ser reemplazados solamente cuando se lleve a efecto el concurso para que obtengan el nombramiento respectivo.

Evidenciado entonces el neoconstitucionalismo en sus tres aspectos, como teoría, como ideología y como metodología, corresponde advertir cuál es la función del juez constitucional para fiscalizar el cumplimiento de la Constitución. Convendría entonces hacer referencia al control constitucional.

Gozaíni refiere que:

La distancia que trazamos entre la jurisdicción constitucional (criterio orgánico u objetivo) y la justicia constitucional (criterio axiológico o subjetivo) es necesario para precisar la función que tienen los jueces que realizan esta tarea tan particular que representa fiscalizar el principio de supremacía constitucional.

No nos referiremos a los sistemas de designación ni a los modelos que los diferencian, sino que apuntamos a la actividad específica de controlar la constitucionalidad de las leyes. (GOZAÍNI, 2009).

La Corte Constitucional tiene potestad de ejercer control constitucional, e inclusive en determinados asuntos lo hacen también los jueces ordinarios. Con el autor citado, se distingue que para comprender suficientemente el emplazamiento, habrá de recordarse que las modalidades de procedimiento y las potestades que se ejecutan difieren según el sistema aplicado. Es decir, son desiguales porque el modelo procesal es asimétrico, no porque tengan finalidades distintas.

“Esto supone comenzar desde un punto de partida diferente, teniendo en cuenta que en Europa los Tribunales constitucionales nacen como resultado de la desconfianza en los jueces ordinarios” (GOZAÍNI, 2009); y, en América se ha perseguido continuar una línea sinuosa que es “confiar en los jueces”.

El autor indica que no hay, estrictamente, un sistema americano, toda vez que el precedente madre del modelo: “Marbury vs. Madison”, está diseñado para la técnica judicial de Estados Unidos de América y, más precisamente, para el common law, donde el valor del precedente (*stare decisis*) condiciona la labor de interpretación de los jueces al marcarles un camino del cual no se podrían apartar. Agregando que “por eso, el mentado sistema o arquetipo, en realidad es una “revisión judicial” (*judicial review*) que tiene la impronta de permitir que todos los jueces (método difuso) fiscalicen la supremacía constitucional, aunque el margen de actuación sea acotado por el procedimiento que aplican.

En cambio, Latinoamérica ha confundido el esquema y por tanto los serpenteos son recurrentes. Utilizó el espacio de la “confianza en los jueces” para sostener que el sistema americano era difuso, cuando en los hechos la práctica siguió a la Ley de Enjuiciamiento Civil española, que es uno de los modelos más claros de la obli-gación judicial de aplicar la ley sin poder interpretarla- Dicho en forma contundente: la misión del juez solo fue aplicar la ley, jamás interpretarla, sencillamente porque allí se desconfiaba de ellos.

Pero como no fue ésta la idea americana, mucho tiempo llevó darnos cuenta que el pretendido sistema, con in-sistencia preocupante, declinaba sus objetivos: confiamos en los jueces sí: pero la herramienta (procedimiento) fue un obstáculo permanente para hacer realidad la esperanza dispuesta para creer que la justicia sea un Poder, y no un simple ejercicio de administración. De ahí la perplejidad que muestra con claridad que no existe un sistema americano o al menos latinoamericano.

En el Ecuador también se nota la falta de un sistema latinoamericano propio para generar una cultura de confianza en el juez constitucional, y más allá de la confianza, existe la necesidad de contar con una cultura social adecuada para que no se aproveche la justicia constitucional que se conceda a determinadas personas y en casos similares a otras personas se les niegue. Se ha observado que jueces con competencias constitucionales han resuelto asuntos de vulneración de derechos constitucionales similares en forma diferente dependiendo del justiciable.

El autor García Belaunde sostiene que:

Dicho modelo difuso es tan complicado que resulta confuso. El término “difuso” tiene ya sus años, y se empieza a usar desde los años 30, y es frecuente su utilización en la doctrina hispánica desde los años sesenta. Consiste en un calificativo que se da al sistema o control de constitucionalidad que tiene su origen en los Estados Unidos y en donde se conoce técnicamente como revisión judicial. Es un sistema de control de la constitucionalidad, mediante el cual, sin derogar una norma, simplemente se inaplica para el caso concreto, sin crear precedentes - salvo cuando existe toda una continuidad y reconocimiento del más alto tribunal -. Este sistema de control todavía existe en Estados Unidos y por su influencia ha pasado a otras partes del mundo (GARCÍA, 2000).

Aunque Latinoamérica no tenga un sistema constitucional propio, se debe propender hacia la definición de un modelo propio que sea producto de la sociedad considerando la trilogía jurídica de hecho, norma y valor. De este modo, siendo el resultado de la comunidad ecuatoriana, podría aceptarse la aplicación de la misma, y el respeto a la norma constitucional.

Es necesario referirme también a los modelos para el control constitucional, y lo haré considerando aquella descrita por Gozaíni:

La teoría de la jurisdicción en el derecho procesal constitucional queda expresamente expuesta en los modelos (o sistemas) para controlar el ejercicio del Poder, que reducido al tema de fiscalizar la supremacía constitucional y la aplicación las normas fundamentales, son:

- a) Político
- b) Jurisdiccional

En ambos casos la idea es común, el Estado de Derecho se preserva con el principio de legalidad. Pero cuidado, es ésta una respuesta convencional, absolutamente desajustada de la realidad contemporánea. (GOZAÍNI, 2011).

Lastimosamente en la mayoría de países de Latinoamérica existe una generalizada costumbre de quienes ejercen la Función Ejecutiva pretenden tener el control de la designación de los miembros de la Corte Constitucional, al menos en Ecuador ha sido marcado ese proceso desde la transformación del Tribunal Constitucional en Corte Constitucional por lo que los ganadores del concurso para la primera Corte fueron algunos asesores del Presidente de la República. Pudo haber sido coincidencia claro está.

El modelo político tiene en cuenta al poder popular, y evidentemente que sería una aceptación del control constitucional por parte de la sociedad, puesto que sin esta aceptación sería imposible que se pueda ejecutar lo resuelto por la Corte Constitucional o al menos sería dificultoso poder hacerlo.

Antiguamente los jueces no ejercían ningún tipo de poder alguno, luego de la revolución francesa se tuvo que encontrar un sistema para vigilar el ejercicio del poder, y no se quiso delegar la responsabilidad a los jueces, no porque se desconfiara de los jueces sino porque el conflicto se daba con mayor acentuación entre las funciones ejecutiva y legislativa. En el Ecuador, se consagran cinco funciones del Estado que hace mucho más independiente la designación de los jueces constitucionales en la Corte Constitucional, sin embargo de aquello, los concursos que realiza la Función de Transparencia y Control Social, los han ganado solamente las personas relacionadas con la Función Ejecutiva y actualmente fueron designadas las personas allegadas a las personas que se designaron para destituir a los miembros que representaban a dicha Función, que dicho sea de paso, pese a que ahora que son de elección popular, algunos de los que ganaron por voluntad soberana, fueron destituidos por la Función Legislativa luego de un juicio político y por la alteración de documentos para tal designación.

Así relatado, parece una novela de tipo jurídico, pero es la realidad que vive el país en los últimos tres años y que lastimosamente no se ha consolidado de ninguna forma la justicia constitucional, menos el control constitucional. Por ello, si podría ser que se desconfíe en los jueces y tribunales para que puedan ejercer justicia constitucional.

Zaffaroni señala que:

Usualmente se afirma que la jurisdicción estaba sometida al poder real, lo que no es verdad, porque el poder real estaba muy limitado al poder de los llamados “parlamentos”, que peleaban por su competencia -que era fuente de ingresos-, todo lo cual había generado un caos de competencias y jurisdicciones. Se trataba de un ejercicio de poder que competía con el real y lo superaba, dejándolo reducido a las causas de interés político, pero que desorientaba al usuario del servicio. Ésta era la situación que la Revolución Francesa quiso revertir, haciendo del juez un funcionario estatal, sometiendo por completo su función al poder del Parlamento y prohibiéndole toda interpretación que no fuese exegética y creando la casación como forma de corregir a los jueces que se apartaban de la letra de la ley. La ficción dominante era que la ley “hablaba” por la boca de los jueces. (ZAFFARONI, 2009).



Realmente la revolución francesa tuvo diversos efectos y en el jurídico fue de notable referencia que ha perdurado por más de trescientos años y que no se ha podido transformar justamente por la aceptación social y por el respeto al ser humano que antes de tal revolución no existía, por ello, las independencias de cada República, siempre tomaban como referencia tales postulados y desarrollaban los preceptos jurídicos en cada uno de sus Estados. No obstante, inclusive en Francia no existía una corte constitucional, la misma que fue creada recién con la constitución de 1958 (Conseil Constitutionnel).

Bien puede sostenerse que el control se desenvuelve del siguiente modo:

Cuando un texto legislativo o un tratado internacional está ya elaborado definitivamente, pero no promulgado todavía, el Presidente de la República, el primer ministro o el presidente de una u otra cámara del Parlamento (o sea de la Assemblée al Conseil Constitutionnel) pueden diferir el texto legislativo mismo o el tratado al Conseil Constitutionnel, a fin de que éste se pronuncie sobre su conformidad con la Constitución. Para algunas leyes llamadas “orgánicas” (“lois organiques”), de las cuales se puede decir, grosso modo, que conciernen especialmente a la organización de los poderes públicos, la pronunciación del Conseil Constitutionnel es emitida por mayoría de votos enseguida de un procedimiento que se desenvuelve en secreto, sin audiencias orales, sin contradictorio, un procedimiento en el cual no existen verdaderas y propias partes aun siendo admitida, en la práctica, la presentación de memorias escritas por parte de los órganos interesados. Si la pronunciación del Conseil Constitutionnel es en el sentido de la inconstitucionalidad, la ley no podrá ser promulgada, ni podrá por consiguiente entrar en vigor sino enseguida de la revisión de la Constitución (CAPPELLETTI, 1987).

En la práctica la actividad de vigilancia no es jurisdiccional porque trabaja esquemáticamente y sin forma de proceso, aunque haya un “juicio de constitucionalidad”. Sin embargo actualmente las cosas han cambiado, al incorporarse una suerte de “bloque de constitucionalidad” que le permite al Consejo obrar en forma posterior al hecho legislativo (también cuando lo fáctico repercute en ese bloque constitucional). Al ser un control “a posteriori” la novedad es manifiesta y altera la idea pilar del modelo político “preventivo”. De este modo, el control “a priori”, de alcance general y sin otra relación que el análisis de la legalidad constitucional (obviamente, abstracto) pierde caracterización con la evolución del modelo, al aproximarse al sistema jurisdiccional en sus de vertientes clásicas (difuso y concentrado).

El modelo jurisdiccional tiene una dicotomía que en cierta forma los polariza ideológicamente. Recordemos la noción de “confianza” en los jueces para elaborar el discurso. Europa, tras la revolución francesa, reporta la idea del control parlamentario que tiene en miras preservar la soberanía del pueblo que legisla con sus representantes, dando premisas hacia el futuro, y generando con las normas fundamentales un plan de permanencia que robustece un sistema normativo estable de garantías consolidadas. Si la “voluntad divina del pueblo” se expresa en leyes dictadas que gobiernan, no pueden los jueces cambiar el destino con interpretaciones particulares. El juez solo aplica la ley, de otro modo, se convierte en legislador y no tiene legitimidad democrática para hacerlo. El problema que se apunta fue la tensión de aceptar que el peso de las mayorías volcara el destino de las naciones. Teóricamente lo sostiene Locke en 1776-1787 para enfrentar las ideas de democracia y constitucionalismo.

La función jurisdiccional, actualmente en el Ecuador, la ejerce cualquier juez de primera instancia que en virtud del sorteo respectivo le corresponda conocer cualquier garantía jurisdiccional, posteriormente en virtud de la impugnación que se realice interponiendo el recurso de apelación, conocerá una de las Salas de la Corte Provincial. Mientras que las acciones por incumplimiento y extraordinaria de protección, las conoce la Corte Constitucional, así como las demandas de inconstitucionalidad.

Lousteau Heguy señala que:

Hay dos corrientes que dan una respuesta diferente a esta posible contradicción. La primera sostiene que la contradicción existe, y que crea una censura casi insuperable, tal como lo afirma Holmes. Esta confrontación ha sido y es todavía uno de los temas centrales del pensamiento político moderno. La corriente contraria ha intentado demostrar que los frenos constitucionales pueden ser compatibles con la democracia, tal como lo afirma, entre otros John Hart Ely. (LOUSTEAU HEGUY, 2002).

En Ecuador, se continúa con la discrepancia y no aceptación por parte de los assembleístas (legisladores) e inclusive de los propios jueces que pertenecen a la justicia ordinaria, puesto que los jueces constitucionales han dejado sin efecto varias sentencias dictadas en la justicia ordinaria y que inclusive ya están ejecutoriadas, por lo que como cuerpo colegiado aún no aceptan el hecho de que la Corte Constitucional deje sin efecto una Sentencia que se creía era la última decisión.

Considero que es adecuado la existencia de un organismo que controle la constitucionalidad de leyes, sentencias y decisiones administrativas, sin embargo los poderes que tienen, podría variar su actividad eminentemente constitucional a beneficios políticos y consecuencias negativas a las personas cuyos derechos se han vulnerado, puesto que la Corte Constitucional en el Ecuador, inadmite las demandas que se le presentan por centenares y solo acepta las que son interesantes a un sector político, perjudicando ampliamente a las personas cuyas demandas son inadmitidas.

Es necesario referirme al método para realizar control de constitucionalidad de causas, al respecto se ha dicho que la forma como accede el juez al conocimiento de la causa, por la falta de especialización de los jueces, se puede presentar una demanda que será conocida por un juez competente en cualquier otra materia menos en constitucional y muchas veces estos juzgadores acostumbrados a aplicar la ley en las materias en las cuales son competentes, encuentran el camino para alejarse de esa práctica y poder decidir un aspecto sin ejecutar un control de constitucionalidad sino más bien como una puerta de salida fácil para salirse de esa aplicación positiva y legalista para aplicar en forma directa una norma constitucional que en muchas veces no es la adecuada.

O también podría darse el mismo fenómeno pero en forma inversa, es decir, que el juzgador está por décadas acostumbrado a aplicar la norma legal secundaria que cuando conoce la clara invalidez de la norma ante la disposición constitucional que le parece errónea la norma constitucional y aplica la disposición legal de inferior jerarquía aunque contraría la disposición suprema.

Hay una marcada división en las formas de revisión, y se lo ha hecho en dos posiciones marcadas, unas a posteriori y otras a priori.

El primer tipo se promueve en causas judiciales “concretas” donde se plantea la cuestión de inconstitucionalidad entre partes en conflicto; por lo que la decisión se adopta con efectos vinculantes para ellos y sin extender la cosa juzgada más allá. Por ser posterior. Por ser posterior a la aplicación de la ley o norma cuestionada, la actuación jurisdiccional es “reparadora” del problema de legalidad.

En cambio, en los modelos de intervención anterior a la sanción de la ley (político) o antes de que ella sea aplicada (jurisdiccional), la forma donde se adapta es fuera de un conflicto particular, porque el análisis o test de constitucionalidad se hace de manera “abstracta”, por eso la decisión que se adopta es general y para todos. Se dice que es una actuación preventiva. (GOZAÍNI, 2011)

El citado autor enuncia que la cuestión de inconstitucionalidad tiene diferentes modalidades y se refiere a una serie de factores que los denomina control y los clasifica en varios aspectos; así, control preventivo, represivo directo, represivo indirecto, y ocasional.

#### a) Control preventivo

El preventivo no es pues un sistema jurisdiccional ya que se revisa su constitucionalidad antes de que se apruebe en forma definitiva la norma, se puede solicitar la revisión de los proyectos de leyes no importa si ya se aprobaron en la Asamblea Nacional, podría hacerse antes de la promulgación y publicación.

#### b) Control represivo

No se sanciona a la función legislativa, ni la aplicación por el juez de una disposición, reglamento o ley que crea ajustada en sus valores a la Constitución, se trata de observar cómo se revisa la legalidad fundamental desde que la ley entra en vigencia.

#### c) Control ocasional

Se trata de interpretar que al obligar a los jueces a interpretar el sentido de las normas, se debe acreditar el interés y la oportunidad. Es decir, que se debe demostrar el interés directo, el perjuicio sufrido, la actualidad del daño, entre otras condiciones.

Es un modelo propio de los sistemas de control difuso que requieren de condiciones puntuales para admitir la revisión judicial de las normas. La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional del Ecuador, regula en los artículos 74 al 114 sobre el control abstracto de constitucionalidad, efectos del control de constitucionalidad, la acción pública de inconstitucionalidad y sobre el control concreto de constitucionalidad de obligatoria revisión y análisis.

## CONCLUSIONES

- La sociedad ecuatoriana pese a más de una década de vigencia del Estado constitucional de derechos, no ha desarrollado la cultura de sujetarse a los derechos y deberes constitucionales
- El acceso a la función judicial está supeditado a concursos convocados por órganos administrativos y llevados a efecto por personas que no conocen el régimen constitucional y legal y la sustanciación de procesos sino que son expertos informáticos y en talento humano
- La justicia constitucional requiere de la especialización de jueces y absoluta imparcialidad, que se originará y desarrollará en la independencia de su designación y en la transparencia de sus funciones.
- Los jueces constitucionales no solo deben considerar las acciones constitucionales como mecanismo de reparación de la vulneración de derechos constitucionales a los ciudadanos que ejerzan garantías jurisdiccionales sino como medios de fiscalización del control constitucional.

## RECOMENDACIONES

- Los vocales de la Corte Constitucional deben ser designados previo concurso de méritos y oposición convocado y ejecutado por un Comité temporal conformado por representantes de las Universidades y de tratadistas de Derecho Constitucional, con formación de cuarto nivel y con veinte años de experiencia en sus actividades docentes y profesionales.

- Deben existir dos tribunales de jueces constitucionales con absoluta imparcialidad e independencia en sus designación en cada provincia para que conozcan las acciones por garantías jurisdiccionales y absuelvan consultas de aplicación de normas constitucionales a los demás jueces de jurisdicción no constitucional
- Los jueces constitucionales deberán tener al menos diez años de ejercicio profesional en acciones constitucionales o docencia universitaria en la cátedra de Derecho Constitucional.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, R. (1983). Teoría de los derechos fundamentales. En R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*.  
CAPPELLETTI, M. (1987). La justicia constitucional. En M. Cappelutti, *La justicia constitucional* (pág. 165).  
México: Editorial Porrúa.
- FERRAJOLI, L. (2003). Pasado y futuro del Estado de Derecho. Neoconstitucionalismo. En F. Luigi, *Pasado y futuro del Estado de Derecho. Neoconstitucionalismo*. Madrid, España, España: Trotta.
- GARCÍA, D. (2000). De la jurisdicción constitucional al derecho procesal constitucional. En D. García, *De la jurisdicción constitucional al derecho procesal constitucional* (pág. 45). Lima, Lima, Perú: Griley.
- GOZAÍNI, O. (2009). Tratado de Derecho Procesal Constitucional. En O. Gozaíni. México, México, México: Porrúa.
- LOUSTEAU HEGUY, G. (2002). Democracia y control de constitucionalidad. En G. L. HEGUY, *Democracia y control de constitucionalidad* (pág. 66). Buenos Aires, Buenos Aires, Argentina.
- MORESO, J. J. (2003). Conflictos entre principios constitucionales. En J. J. Moreso, *Conflictos entre principios constitucionales* (pág. 113). México, México, México: Editorial Trotta.
- PRIETO, L. (2009). Citado en Diccionario de Derecho Constitucional. En L. Prieto. México, México, México: Editorial Porrúa.
- TORICELLI, M. (2020). Derecho Constitucional. La influencia del Derecho Constitucional y del Derecho Procesal Constitucional en el ordenamiento jurídico. Puntos de conexión. Rosario.
- ZAFFARONI, E. (2009). Dimensión política de un Poder Judicial democrático, en Jueces y Derecho. En E. ZAFFARONI, *Dimensión política de un Poder Judicial democrático, en Jueces y Derecho* (pág. 113). México, México, México: Editorial Porrúa.