



**UNIVERSIDAD NACIONAL DE CHIMBORAZO
FACULTAD DE CIENCIAS POLÍTICAS Y ADMINISTRATIVAS
CARRERA DE DERECHO**

“El control de constitucionalidad en Ecuador y su incidencia en las actuaciones
judiciales”

Trabajo de titulación para optar al título de Abogado de los Tribunales y
Juzgados de la República del Ecuador

Autor:

Álvarez García, Isaac Sebastián

Tutor:

Dr. Oswaldo Vinicio Ruiz Falconí

AÑO:

Riobamba, Ecuador. 2023

DECLARATORIA DE AUTORÍA

Yo, Isaac Sebastián Álvarez García, con cédula de ciudadanía 0604628040, autor del trabajo de investigación titulado: El control de constitucionalidad en Ecuador y su incidencia en las actuaciones judiciales, certifico que la producción, ideas, opiniones, criterios, contenidos y conclusiones expuestas son de mi exclusiva responsabilidad.

Asimismo, cedo a la Universidad Nacional de Chimborazo, en forma no exclusiva, los derechos para su uso, comunicación pública, distribución, divulgación y/o reproducción total o parcial, por medio físico o digital; en esta cesión se entiende que el cesionario no podrá obtener beneficios económicos. La posible reclamación de terceros respecto de los derechos de autor (a) de la obra referida, será de mi entera responsabilidad; librando a la Universidad Nacional de Chimborazo de posibles obligaciones.

En Riobamba, 19 de diciembre del 2022.



Isaac Sebastián Álvarez García
C.I: 0604628040

DICTAMEN FAVORABLE DEL PROFESOR TUTOR

Quien suscribe, Dr. Oswaldo Vinicio Ruiz Falconi, catedrático de la carrera de Derecho de la Facultad de Ciencias Políticas y Administrativas, por medio del presente documento certifico haber asesorado y revisado el desarrollo del trabajo de investigación titulado: “El control de constitucionalidad en el Ecuador y su incidencia en las actuaciones judiciales”, de la autoría de Isaac Sebastián Álvarez García, por lo que autoriza ejecutar los trámites legales para su sustentación.

Es todo cuanto puedo informar en honor a la verdad, en Riobamba, a los 24 días del mes de marzo del 2023.



Dr. Oswaldo Vinicio Ruiz Falconi
DOCENTE TUTOR

CERTIFICADO DE LOS MIEMBROS DEL TRIBUNAL

Quienes suscribimos, catedráticos designados Miembros del Tribunal de Grado para la evaluación del trabajo de investigación **El control de constitucionalidad en Ecuador y su incidencia en las actuaciones judiciales**, presentado por Isaac Sebastián Álvarez García, con cédula de identidad número 0604628040, bajo la tutoría de Dr. Oswaldo Vinicio Ruiz Falconí; certificamos que recomendamos la APROBACIÓN de este con fines de titulación. Previamente se ha evaluado el trabajo de investigación y escuchada la sustentación por parte de su autor; no teniendo más nada que observar.

De conformidad a la normativa aplicable firmamos, en Riobamba a los 24 días del mes de marzo del 2023.

Tutor
Dr. Oswaldo Vinicio Ruiz Falconí

Presidente del Tribunal de Grado
Dr. Walter Segundo Parra Molina

Miembro del Tribunal de Grado
Mgs. Katherin Sterfanía Ayala Silva

Miembro del Tribunal de Grado
Dr. Alex Bayardo Gamboa Ugalde



Dirección
Académica
VICERRECTORADO ACADÉMICO



UNACH-RGF-01-04-08.15
VERSIÓN 01: 06-09-2021

CERTIFICACIÓN

Que **ÁLVAREZ GARCÍA ISAAC SEBASTIÁN**, con C.C. No. **0604628040**, estudiante de la carrera de **DERECHO**, facultad de CIENCIAS POLÍTICAS Y ADMINISTRATIVAS; ha trabajado bajo mi tutoría el trabajo de investigación titulado "**EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN ECUADOR Y SU INCIDENCIA EN LAS ACTUACIONES JUDICIALES**", el cual cumple con el **9%** de índice de similitud, de acuerdo con el reporte del sistema antiplagio **URKUND**, porcentaje aceptado por la normativa institucional. Por consiguiente, autorizo continuar con el proceso.

Riobamba, 14 de marzo de 2023.

OSWALDO
VINICIO RUIZ
FALCONI

Firmado digitalmente
por OSWALDO VINICIO
RUIZ FALCONI
Fecha: 2023.03.14
13:56:13 -05'00'

Dr. Oswaldo Vinicio Ruiz Falconí

TUTOR

DEDICATORIA

Aunque merecen muchísimo más, dedico este trabajo, tan imperfecto como quien lo escribió, a mi madre Sonia, mi padre Silvio y a mi hermano Diego, por ser mis ejemplos a seguir y siempre haber creído en mí. Lo dedico también a mis abuelitos Miguel, Juanita, Isaac y Esthercita, quienes han estado y estarán conmigo en cada paso.

Isaac Sebastián Álvarez García

AGRADECIMIENTO

Agradezco a mi mami Sonia por su apoyo y amor infinitos, por ser ejemplo de entrega incondicional y por su compromiso incesante en hacer de nuestra pequeña fracción del mundo un lugar mejor.

A mi papi Silvio, por todo el apoyo brindado y por ser el paciente interlocutor ante quien he podido madurar mis ideas.

A mi hermano Diego, por tus enseñanzas de honestidad, trabajo duro y rigurosidad.

A toda mi familia, en especial a mis primos queridos Patricio, Marco y Nicole.

A mis perritos Hanna, Fo y Rufito, cuyas miradas dulces y pisadas presurosas me han recordado a cada momento que en el mundo también hay inocencia y ternura.

Isaac Sebastián Álvarez García

ÍNDICE GENERAL

DEDICATORIA

AGRADECIMIENTO

ÍNDICE GENERAL

RESUMEN

CAPÍTULO I. INTRODUCCIÓN.....	13
1.2. Planteamiento del problema	15
1.3. Justificación	16
1.4. Objetivos	17
1.4.1. <i>Objetivo general.....</i>	<i>17</i>
1.4.2. <i>Objetivos específicos.....</i>	<i>17</i>
CAPÍTULO II. MARCO TEÓRICO	18
2.1. El control de constitucionalidad: generalidades	18
2.1.1. <i>Fundamentos del control de constitucionalidad: la Constitución y su supremacía</i>	<i>18</i>
2.1.2. <i>Definición del control de constitucionalidad y parámetros de control.</i>	<i>19</i>
2.1.3. <i>Tipos de control de constitucionalidad.</i>	<i>20</i>
2.1.3.1. Control institucionalizado por órgano jurídico.....	21
2.1.3.1.1. Control difuso de constitucionalidad.	22
i. Antecedentes.....	22
ii. Características del control difuso de constitucionalidad.....	23
2.1.3.1.2. Control concentrado de constitucionalidad.....	24
i. Antecedentes.....	24
ii. Características.....	25
iii. Clasificación del control concentrado según la forma de activarlo.	25
a) Vía principal o de acción: control abstracto	25
b) Vía de excepción o incidental: consulta de norma	26
2.1.3.1.3. Combinaciones de los sistemas difuso y concentrado: controles paralelo y mixto.	26
2.2. El control de constitucionalidad en la Constitución del 2008	27

2.2.1. <i>El problema del control de constitucionalidad en la Constitución de la República del Ecuador</i>	27
2.2.2.1. Argumentos a favor de un control concentrado exclusivo.	29
2.2.2.1.1. Concepción restringida del principio de aplicación directa de la Constitución.	29
2.2.2.1.2. Exclusión de la aplicación directa de la Constitución respecto del control de constitucionalidad.	31
2.2.2.2. Postura intermedia.	32
2.2.2.3. A favor de un control difuso de constitucionalidad.	34
2.2.3. <i>La posición de la Corte Constitucional del Ecuador: en defensa de un control concentrado</i>	35
2.3. El cambio implícito de precedentes constitucionales sobre el control de constitucionalidad y las actuaciones judiciales	37
2.3.2. <i>Los problemas de la Sentencia No. 11-18-CN/19</i>	39
2.3.3. <i>¿Significó la Sentencia No. 11-18-CN/19 un cambio de precedente?</i>	40
2.3.3.1. Cambios de precedente.	40
2.3.3.1.1. Derogación expresa.	42
2.3.3.1.2. Derogación tácita.	42
2.3.3.2. Respuesta preliminar	43
2.3.3.3. <i>Análisis de la Sentencia No. 1116-13-EP/20</i>	44
CAPÍTULO III. METODOLOGÍA	48
3.1. Enfoque de la investigación	48
3.2. Tipo de investigación	48
3.2.1. <i>Investigación documental</i>	48
3.2.2. <i>Investigación descriptiva</i>	48
<i>En la presente investigación se utilizó el método descriptivo puesto que se pretendía describir la realidad del problema de estudio</i>	48
3.3. Diseño de la Investigación	48
3.4. Hipótesis	48
CAPÍTULO IV. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	49
BIBLIOGRAFÍA	51

RESUMEN

Desde la expedición de la Constitución de la República del Ecuador en el año 2008, uno de los grandes debates ha girado en torno al modelo de control de constitucionalidad que instauró: si el mixto o el concentrado. En un inicio, la Corte Constitucional se inclinó por este último; sin embargo, en el 2019 emitió la Sentencia No. 11-18-CN/19 que pareció dar paso a un control difuso (aparte del concentrado). Debido a que en dicha sentencia no se apartó de manera expresa de su jurisprudencia anterior, volvió la incertidumbre respecto de cómo deben actuar los órganos jurisdiccionales ante una norma inconstitucional pero necesaria para la resolución de un caso concreto. Por ello, esta investigación tuvo como objetivo realizar un análisis crítico-jurídico acerca del control de constitucionalidad en el Ecuador, a fin de verificar si es que la Sentencia No. 11-18-CN/19 implicó o no la reversión de la jurisprudencia que estableció un exclusivo control concentrado y, entonces, determinar cuál debería ser la actuación de los jueces ante el escenario descrito.

Para tal finalidad, se realizó una investigación descriptiva con enfoque cualitativo. Una vez analizada la legislación, doctrina y sobre todo los precedentes de la Corte Constitucional ecuatoriana, se concluyó que el sistema de control de constitucionalidad en Ecuador continúa siendo el concentrado, pues se consideró que no es plausible concluir que el cambio implícito de precedente del voto de mayoría de la Sentencia No. 11-18-CN/19 haya revertido los anteriores que establecieron el control concentrado.

Palabras claves: Corte Constitucional, control de constitucionalidad, precedente constitucional, cambio de precedentes.

ABSTRACT

Since the issuance of the Constitution of the Republic of Ecuador in 2008, one of the biggest debates has revolved around the constitutionality control model it established: whether mixed or concentrated. Initially, the Constitutional Court leaned towards the latter; however, in 2019, it issued Judgment No. 11-18-CN/19, which seemed to admit diffuse control (in addition to the concentrated one). Because that decision did not expressly overrule its previous jurisprudence, uncertainty returned regarding how the courts should act before an unconstitutional but necessary norm for the resolution of a specific case. Therefore, this research aimed to conduct a critical-legal analysis of the constitutional review in Ecuador, to verify whether Judgment No. 11-18-CN/19 implied the reversal of the jurisprudence that established exclusive concentrated control and then determine what the judges should act in those cases. For this purpose, descriptive research was carried out with a qualitative approach. After analyzing the legislation, doctrine, and, above all, the precedents of the Ecuadorian Constitutional Court, it was concluded that the constitutionality control system in Ecuador continues to be the concentrated one: It was not considered plausible to conclude that the implicit change of precedent of the majority vote of Judgment No. 11-18-CN/19 has reversed the previous ones that established concentrated control.

Keywords: Constitutional Court, constitutional review, constitutional precedent, the overruling of precedents.

Reviewed by:
Lic. Jenny Freire Rivera
ENGLISH PROFESSOR
C.C. 0604235036

CAPÍTULO I. INTRODUCCIÓN

Debido a una ambigüedad normativa, el sistema de control de constitucionalidad que instauró la Constitución de la República del Ecuador ha sido un tema recurrente de debate. Este ha consistido en la aparente contradicción de los principios de favorabilidad, supremacía constitucional y, en especial, de la aplicación directa e inmediata de la Constitución, frente a la obligación de la consulta de norma establecida en el Art. 428 de la ley suprema. Los primeros han fundamentado un posible control difuso, mientras que la segunda ha servido como principal argumento de que el único control permitido es el concentrado a cargo de la Corte Constitucional del Ecuador.

Esta controversia fue resuelta por la Corte, cuyos precedentes de los años 2010 y sobre todo del 2013, aunque polémicos, determinaron de modo persistente que el modelo de control era solo el concentrado. De esta forma, lo único que podían hacer los jueces ante una norma inconstitucional era suspender la tramitación de la causa y consultar a la Corte, la cual llegó al extremo de prevenir a los jueces de efectuar un control difuso, inclusive bajo la amenaza de sanciones que incluían la destitución del cargo.

Pese a lo anterior, tal posición pareció modificarse con el voto de mayoría de la Sentencia No. 11-18-CN/19 (matrimonio igualitario). En ella se estableció que todos los jueces, y no solo la Corte Constitucional, tienen competencia para controlar la constitucionalidad de las normas; es decir, abrió la puerta a un control difuso, que consistiría en una declaratoria con efectos *inter partes* de la inaplicabilidad de la norma considerada inconstitucional. Además, en esta se añadió que los jueces que inaplican normas por considerarlas inconstitucionales no prevarican.

Debido a que la Sentencia No. 11-18-CN/19 no se aparta de modo expreso de aquellos precedentes que instituyeron el control concentrado como único, surgió la duda (poco estudiada) acerca de si tal precedente implicó o no la derogación de los anteriores. Vale adelantar que, siguiendo las pautas del derecho de origen legislativo, la respuesta parece ser afirmativa; no obstante, desde los parámetros del derecho de creación judicial, no es pacífico concluir sin más que dicho precedente revirtió los previos.

Por tanto, para poder argumentar cómo deben actuar los jueces ante la presencia de normas inconstitucionales dentro de casos concretos, la presente investigación tiene como objetivo verificar si es que la Sentencia No. 11-18-CN/19 implicó o no un cambio en el modelo de control de constitucionalidad ecuatoriano. Esto es fundamental, puesto que, de concluirse que en efecto se trató de un cambio (y que, por tanto, derogó los anteriores precedentes), los órganos jurisdiccionales sí tendrían la posibilidad de inaplicar normas, o sea, ejercer un control difuso. En cambio, si se llega a la conclusión contraria, solamente deberán limitarse a elevar en consulta el expediente a la Corte Constitucional.

Para cumplir tal finalidad, el presente trabajo consta de tres unidades. En la primera, se tratarán los fundamentos teóricos del control de constitucionalidad en general, para

después abordar su definición y clasificaciones. En esta última sección, se enfatizará en el origen y características de las modalidades de control por órgano jurídico; a saber: concentrada, difusa, mixta y paralela.

El segundo capítulo partirá por describir el origen del problema que trajo la Constitución del 2008 en relación con el control de constitucionalidad. Para ello, se repasará la aparente confrontación de normas constitucionales y legales, que, según se mire, facultan o prohíben un control difuso. Hecho esto, se analizará de forma crítica las posturas doctrinarias surgidas tanto a favor como en contra de un sistema difuso, así como una posición intermedia. Al finalizar este capítulo, se sintetizará el enfoque de la Corte Constitucional que estableció el control concentrado como exclusivo.

El último capítulo se centrará en el problema que surgió con el voto de mayoría de la Sentencia No. 11-18-CN/19, la cual reabrió el debate respecto del modelo de control en Ecuador. Se analizará si esta significó la derogación de los precedentes sostenidos hasta entonces, a pesar de no haberlos siquiera citado. Para el efecto, se abordarán las diferencias entre el derecho de origen judicial y el de origen legislativo, para posteriormente abarcar la teoría sobre el cambio y derogación de precedentes, estableciendo una clasificación ulterior entre derogación tácita y explícita.

Para finalizar, se aterrizarán los conceptos antes mencionados a la sentencia sobre el matrimonio igualitario, para saber si se puede considerar que implicó la derogación de los precedentes que estatuyeron al control concentrado como el único permitido. Además, a fin de esclarecer la posición de la Corte Constitucional respecto del control de constitucionalidad a raíz de la Sentencia No. 11-18-CN/19, también se analizará la Sentencia No. 1116-13-EP/20, emitida en noviembre del 2020, mediante la cual esta Magistratura volvió a tratar el tema del modelo de control.

Con todo ello, se intentará responder a la pregunta acerca de cuál es el modelo de control de constitucionalidad en Ecuador y, en consecuencia, argumentar cuál debe ser el papel de los órganos jurisdiccionales que se encuentren ante normas inconstitucionales dentro de la sustanciación de las causas concretas puestas en su conocimiento.

1.2. Planteamiento del problema

El debate de si en Ecuador hay un control concentrado o mixto de constitucionalidad ha sido una constante desde la expedición de la Constitución del 2008. Tanto ha sido así, que ha necesitado de los pronunciamientos de la Corte Constitucional para zanjarse. Así, este organismo, desde el 2010 y especialmente en el 2013, ha persistido en su posición respecto de que en Ecuador el único control es el concentrado. Esto, al menos hasta el 2019.

En efecto, la emisión en junio del 2019 del voto de mayoría de la Sentencia No. 11-18-CN/19 parece transformar la línea jurisprudencial sostenida hasta ese entonces, toda vez que estableció, aunque no de modo expreso, que el sistema de control constitucional en el Ecuador era el mixto y ya no el concentrado. De hecho, según esta sentencia, los jueces “sí tienen competencia para realizar control de constitucionalidad y de convencionalidad, como cualquier otra autoridad pública en el ámbito de sus competencias” (Corte Constitucional del Ecuador [CCE], Sentencia 11-18-CN/19, 2019, p.60).

Ahora bien, como expone Pamela Aguirre (2020), precisamente porque en la Sentencia 11-18-CN/19 no se dice de manera expresa que se trata de un cambio de precedente, el debate relatado sigue abierto. El ejemplo más claro de esta discrepancia se observa en los votos concurrentes de la Sentencia No. 1116-13-EP/20 emitida por la misma Corte. El primero de ellos defiende la existencia de un modelo difuso de control; mientras que el segundo, un único control concentrado.

Por lo expuesto, el debate descrito parece no haber quedado resuelto, por lo que el problema que el presente trabajo investigativo pretende solucionar tiene que ver con cuál es el control de constitucionalidad que existe en el Ecuador: si el concentrado o, si aparte de este, se reconoce un control difuso; y, en caso de ser así, si es que se trataría de un sistema mixto o paralelo.

1.3. Justificación

El modelo de control de constitucionalidad es fundamental dentro de un estado constitucional de derechos. De él depende el actuar de los órganos jurisdiccionales en el supuesto de que, dentro de la sustanciación de una causa, se encuentren ante una norma inconstitucional cuya aplicación podría vulnerar derechos constitucionales. En un sistema concentrado, como dicha competencia está reservada para un solo organismo, el resto de los jueces podrían, a lo sumo, activar la consulta de norma o cuestión de constitucionalidad. En cambio, en un modelo difuso, los jueces podrían inaplicar las normas que estimen abiertamente contrarias a la norma fundamental, sin necesidad de esperar el pronunciamiento de un órgano de cierre.

A pesar de su relevancia, el modelo de control ecuatoriano ha generado arduos debates. Esto debido a una tensión entre disposiciones de la propia Constitución de Montecristi, así como a las diversas interpretaciones dadas a la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. En todo caso, al menos desde el 2013, la Corte Constitucional se mantuvo en la posición de que el único modelo era el concentrado. Sin embargo, en junio del 2019, se reabrió el debate a causa de una de las sentencias del matrimonio igualitario, la Sentencia No. 11-18-CN/19.

El principal problema con esta sentencia es que reconoce, además de un control concentrado, uno difuso en manos de todos los jueces de la República. Se trata entonces de un alejamiento de precedentes; no obstante, se lo hace sin siquiera citar alguno de los precedentes anteriores de la misma Magistratura que defendieron de manera uniforme y constante que el único control era el concentrado. En este sentido, se generó una complicación que, pese a ser común, se la ha estudiado poco: ¿qué hacer con un nuevo precedente que simplemente resulta incompatible con los anteriores? Por su importancia, el caso del control de constitucionalidad resulta paradigmático para abordar esta problemática.

1.4. Objetivos

1.4.1. Objetivo general.

Realizar un análisis crítico-jurídico del control de constitucionalidad en el Ecuador y su incidencia en las actuaciones judiciales.

1.4.2. Objetivos específicos.

- Realizar un análisis dogmático-normativo sobre el alcance del control de constitucionalidad en el Ecuador.
- Identificar doctrinariamente los precedentes constitucionales sobre el control de constitucionalidad.
- Determinar, mediante un análisis crítico jurídico, si es que la Sentencia No. 11-18-CN/19 instauró un nuevo modelo de control de constitucionalidad en Ecuador.

CAPÍTULO II. MARCO TEÓRICO

2.1. El control de constitucionalidad: generalidades

2.1.1. Fundamentos del control de constitucionalidad: la Constitución y su supremacía

Toda vez que el control de constitucionalidad es un medio de defensa de la Constitución, es importante conocer sus fundamentos para luego centrar el análisis en su definición y sus clasificaciones.

La Constitución es la norma jurídica producto del poder constituyente, a través de la cual el pueblo soberano configura y organiza el poder del Estado con el objeto de cumplir con su fin último de garantizar los derechos de las personas. Ambos aspectos se contemplan en las partes orgánica y dogmática del texto constitucional. En la primera se otorgan potestades, facultades y responsabilidades y se organizan las competencias de las instituciones estatales más importantes. En la parte dogmática se reconocen derechos fundamentales y los principios o valores filosófico-políticos básicos, los cuales deben cumplirse a través de la estructura creada en la parte orgánica (Salgado, 2014).

En virtud de que establece y limita el poder del Estado, la Constitución es el fundamento de toda expresión de poder público incluida la producción normativa. Por tal motivo, los órganos estatales no podrían contravenirla sin rechazar la fuente de su propio poder (Oyarte, 2021). Por esta razón, la Constitución tiene supremacía con respecto del poder del estado y, por ende, del resto del ordenamiento jurídico. Además, dicho carácter supremo descansa en su propio contenido, pues en ella hay “ciertos principios de derecho y justicia que son llamados a prevalecer por su propia excelencia intrínseca” (Corwin, 1963, como se citó en Fernández, 2020, p. 571).

La supremacía constitucional implica la existencia de un sistema jerárquico en cuya cabeza se encuentra la Constitución, por lo que tiene preeminencia en relación con las demás normas. Dicha superioridad se traduce en “la cualidad que ostenta una norma para generar un deber de obediencia o acatamiento por parte de otras normas, lo que incluye una vocación de imponerse a las mismas en caso de conflicto en razón de la mayor fuerza que se le reconoce” (Sanchís, 2012, como se citó en Patajalo, 2020, p. 14).

En un orden normativo, salvo la Constitución, el resto de las normas debe guardar conformidad con la superior para ser válidas. Como la ley suprema encabeza el ordenamiento normativo, todas las demás derivan de aquella, en la que hallan su condición última de validez. Por eso, la transgresión de la Constitución por parte de una norma inferior conlleva su invalidez.

El respeto a la ley suprema debe ser formal y material. Hay validez formal cuando se respeta el procedimiento establecido en la Constitución para la creación, modificación y

derogación de las normas inferiores de mayor trascendencia en un Estado. En este aspecto también se enmarca la obediencia al procedimiento de reforma constitucional. Por su parte, la validez material depende de si las normas inferiores no contravienen el fondo o el contenido mismo de los preceptos constitucionales (Oyarte, 2021). En ambos casos el resultado de trasgredir la Constitución es la nulidad o inaplicabilidad del acto inconstitucional, según el modelo de control de constitucionalidad que se adopte.

2.1.2. Definición del control de constitucionalidad y parámetros de control.

Se puede definir al control de constitucionalidad como el examen de conformidad o de regularidad de los actos de los poderes constituidos con la Constitución, cuya finalidad es, de acuerdo con el sistema que se trate, la anulación o inaplicación de los actos contrarios a sus preceptos, garantizando así la constitucionalidad del ordenamiento jurídico y “en consecuencia la efectiva vigencia de los derechos” (Aguirre, 2013, p. 293).

Se trata de un mecanismo a través del cual se efectiviza el principio de supremacía constitucional. En palabras de Oyarte (2021),

[La supremacía constitucional] descansa, indefectiblemente, en la existencia de un sistema de control de constitucionalidad. La ausencia de esta clase de mecanismos hace que aquel principio no pase de ser una declaración que carece de eficacia, pues a pesar de la proclamación formal y material, no existirá órgano que tenga la competencia de expulsar del ordenamiento jurídico las normas irregulares (...). (p.33)

Cabe aclarar que el objeto del control no solo lo constituyen las normas jurídicas en sí mismas (que pueden ser inconstitucionales por haberse violado el trámite para su formación o porque su contenido contraviene el de la Constitución), sino también su aplicación (Grijalva, 2014).

Además, es importante adelantar que en el Ecuador el control no debe basarse solamente en las disposiciones de la Constitución formalmente considerada, esto es, exclusivamente en el texto aprobado por la Asamblea Constituyente en el 2008. Como se pasa a explicar, el parámetro de control es mucho más extenso gracias a los precedentes constitucionales y al bloque de constitucionalidad.

El Ecuador es un estado constitucional pues cuenta con una Corte Constitucional que dice “con autoridad en último término cuál es el contenido y el alcance de la Constitución” (Ávila, 2014, p. 297). Este papel lo cumple a través de los precedentes constitucionales, que son concreciones de las disposiciones por lo general indeterminadas de la Constitución. En palabras de Bernal Pulido (2005), dichos precedentes son normas adscritas que “se unen a la disposición constitucional en una simbiosis y, por tanto, esta les transmite su fuerza vinculante”. Por ello, “una vez que se ha proferido y mientras no sea modificado (...), el precedente es la Constitución misma” (p. 170).

Siguiendo esa línea de pensamiento, ya en la sentencia No. 001-16-PJO-CC, la Corte ecuatoriana (2016) mencionó que “al decidir cada caso crea normas jurisprudenciales que se ubican al mismo nivel que la Constitución” (p. 7) . Asimismo, este organismo, mediante Sentencia No. 1219-22-EP/22, ha dicho que sus decisiones jurisdiccionales, por ser interpretaciones finales del texto constitucional, son imperativas y obligatorias “dado su carácter de norma[s] objetiva[s] que se integra[n] al texto constitucional” (p. 15).

En este sentido, la legislación puede ser inconstitucional, no solo por vulnerar el texto formal de la Constitución, sino también por inobservar los precedentes constitucionales. En Ecuador, esto ha permitido que, por ejemplo, “la inobservancia de un dictamen interpretativo emitido por la Corte Constitucional constituya una violación autónoma del derecho a la seguridad jurídica” (CCE, Sentencia No. 1219-22-EP, 2022, p. 15). Del mismo modo, esta concepción ha llevado a la Corte Constitucional colombiana a declarar, mediante Sentencia C-586 de 1995, la inexecutable de leyes por ser contrarias a sus precedentes y no al texto constitucional formalmente considerado.

Lo mismo sucede con el bloque de constitucionalidad, es decir, aquel conjunto de normas que formalmente no constan dentro de la Constitución, pero que esta les reconoce igual rango jerárquico, a través de normas de remisión y el reconocimiento expreso de derechos fundamentales innominados. Mediante Sentencia 11-18-CN/19, la Corte ya ha reconocido que forman parte del bloque de constitucionalidad los instrumentos de derechos humanos ratificados por el Ecuador (convenios y declaraciones de derechos humanos), así como las interpretaciones que de ellos han realizado los organismos oficiales (jurisprudencia, informes, opiniones consultivas, etc.).

Por el hecho de formar parte de la Constitución, tales instrumentos y los pronunciamientos de organismos autorizados sirven como parámetros para examinar la constitucionalidad de las leyes, de modo que estas también pueden ser inconstitucionales por contravenir el bloque de constitucionalidad (Oyala, 2004).

2.1.3. Tipos de control de constitucionalidad.

Como indica Agustín Grijalva (2014), “el control de constitucionalidad está integrado por diversos medios, jurídicos, políticos y sociales que buscan asegurar la primacía normativa de la Constitución sobre el contenido, procedimiento de formación y aplicación de otras normas jurídicas infraconstitucionales” (p.330). De esto resulta que hay varias formas de controlar la constitucionalidad de los actos de los poderes públicos, por lo que es posible clasificarlas.

El criterio de clasificación más amplio tiene que ver con la institucionalización del control. Esta depende, entre otras cosas, de si en el Estado se ha atribuido tal competencia a determinado órgano para que lo realice a través de un procedimiento específico. La presión

social y la opinión pública son ejemplos de un control no institucionalizado, pero “no garantizan la normatividad de la Constitución” (Patajalo, 2020, p. 40).

Los controles no institucionalizados tuvieron cabida en el constitucionalismo de la Francia posrevolucionaria, del que derivaron los códigos políticos europeos de hasta inicios del siglo XX. Esta idea conllevó a la relativización del valor de norma jurídica de la Constitución, por lo que en Europa, contrario a lo que sucedió en Estados Unidos, se la concibió como una guía política con normas de carácter programático, que dependía necesariamente de una concreción a través del desarrollo de la legislación. Esta visión se mantuvo en el continente europeo al menos hasta la aparición de tribunales constitucionales a inicios del siglo XX y, sobre todo, en los tiempos de la Segunda Posguerra (Aguirre, 2016).

Dicha relativización también se presentó en Ecuador. Como indica Grijalva (2014), el drama del constitucionalismo ecuatoriano ha consistido en “la imposición de la ley sobre la Constitución y, mediante esta vía, la frecuente violación de derechos” (p. 329). Tanto ha sido así que, “en la mayoría de los casos, las innovaciones constitucionales solo pudieron ser aplicadas cuando se reformó el Código Civil” (Ayala, 2014, p.18).

Y no solo eso, dicha idea también derivó en la emisión de sentencias que aplicaban leyes abiertamente inconstitucionales. Tal fue el caso del fallo de la Corte Suprema Marcial, que, basándose en un delito tipificado en la Ley Reformatoria del Código Militar, condenó en febrero de 1887 al alfarista Federico Irigoyen a la pena de muerte, a pesar de que el Art. 14 de la Constitución de 1884 prohibía de modo explícito dicha condena para crímenes políticos (Grijalva, 2014). Por los problemas generados por el abuso del poder democrático y la falta de mecanismos adecuados para la defensa de la Constitución, se crearon los controles institucionalizados que se explican a continuación.

2.1.3.1. Control institucionalizado por órgano jurídico.

Como contraparte del anterior, también existe el control institucionalizado de constitucionalidad. Dentro de este criterio cabe una clasificación ulterior de acuerdo con el órgano competente para efectuarlo. Entonces se habla de un control político o jurídico; sin embargo, para efectos del presente trabajo, se profundizará solamente sobre el control jurídico.

El control jurídico está en manos de órganos jurídicos¹, principalmente órganos jurisdiccionales, los cuales deben motivar sus decisiones acerca de la inconstitucionalidad de un acto sobre la base de normas jurídicas, reglas o principios (entre los que destacan los derechos fundamentales), que otorgan un parámetro más o menos objetivo a esta actividad (Grijalva, 2014).

¹ Para efectos de este trabajo, se entiende por órgano jurídico a aquel “que califica jurídicamente casos genéricos o individuales, y a las que algún ordenamiento les otorga relevancia jurídica” (Núñez Vaquero & Fernández Cruz, 2021, p.295). Esta definición es necesaria ya que, como se verá, hay jurisdiccionales que aceptan que órganos administrativos realicen el control de constitucionalidad.

Tanta es su importancia que “la consagración [de la Constitución] como norma se debe a la aparición de los sistemas de justicia constitucional que le otorgaron eficacia” (Oyarte, 2021, p. 45). Con este control, los Estados reemplazan la idea de la Constitución como guía política por una concepción jurídica, es decir, de obligatorio cumplimiento tanto para el poder público como para los particulares. Por este motivo, se dice que “existirá supremacía de la Constitución allí donde sea posible expulsar del ordenamiento o más sencillamente inaplicar las normas con pretensiones de validez opuestas a la norma suprema” (Blanco Valdés, 2006, como se citó en Patajalo, 2020, p. 16).

El control jurídico es el tipo de control con mayor difusión y cuenta con una gran cantidad de variantes. Entre las muchas maneras de catalogarlo, la más importante tiene que ver con qué órgano jurisdiccional es competente para determinar la constitucionalidad de las normas infraconstitucionales. A la luz de este criterio, se habla de un control concentrado o de un control difuso. Se debe añadir que la tendencia actual es la de mezclar elementos de ambas modalidades, lo que ha dado paso al reconocimiento de los modelos paralelo y mixto (Fernández, 2020).

2.1.3.1.1. Control difuso de constitucionalidad.

i. Antecedentes.

El *judicial review of legislation*, catalogado por la doctrina como control difuso de constitucionalidad, es el paradigma del sistema estadounidense (Fernández, 2020). En los inicios de esta República, una de las grandes preocupaciones de los padres fundadores giró en torno a cómo controlar el poder de las mayorías, adscrito en las Legislaturas, que podría afectar las libertades de las minorías (pequeñas en número pero con gran riqueza, estatus y poder). En ese contexto, James Madison esbozó una teoría completa sobre los peligros de las legislaturas sin controles adecuados, la cual resultó materia obligatoria en los debates dentro de la Convención Nacional, así como en las Convenciones Estatales que ratificaron la Constitución de 1787 (Gargarella, 2011).

Ante el previsible abuso democrático, los constituyentes vieron en los jueces el mecanismo institucional apropiado para frenar el poder de las legislaturas. En el Federalista No. 78, Alexander Hamilton fue el primero en defender la idea del control judicial de las leyes negando a la vez sus implicaciones antidemocráticas². Para su argumentación se basó principalmente en la superioridad del texto constitucional, tal como se cita a continuación:

² Las implicaciones antidemocráticas o contramayoritarias se pueden resumir en la pregunta: ¿cómo es que los jueces, que no son elegidos directamente por el pueblo, pueden juzgar la constitucionalidad de leyes que son el producto del poder popular, “aun cuando las estipulaciones constitucionales que tales leyes violarían no son específicas y detalladas, o autoaplicables, sino que están expresadas en lenguaje abstracto, y sobre cuyo sentido real difieren radicalmente personas razonables y razonablemente entrenadas” (Dworkin, 2015, p. 225)? Una crítica exhaustiva sobre la legitimidad de la justicia constitucional puede encontrarse en Gargarella (2011): *La justicia frente al gobierno*.

Una Constitución es de hecho una ley fundamental y así debe ser considerada por los jueces. A ellos pertenece, por lo tanto, determinar su significado, así como el de cualquier ley que provenga del cuerpo legislativo. Y si ocurriere que entre las dos hay una discrepancia, debe preferirse, como es natural, aquella que posee fuerza obligatoria y validez superiores; en otras palabras, debe preferirse la Constitución a la ley ordinaria, la intención del pueblo a la intención de sus mandatarios (Hamilton, 1957, p. 330).

Tal tesis fue ineludible para la posterior consolidación jurisprudencial del control judicial de la ley. En este proceso de afianzamiento está el famoso caso *Marbury vs. Madison*, resuelto en 1803 por el juez Marshall, Presidente de la Corte Suprema de Estados Unidos. Si bien no fue el primero en que se aplicó la Constitución por sobre la ley que la viola³, “claramente definió buena parte de la historia de la revisión judicial” (Gargarella, 2011, p. 61). En dicha sentencia el juez Marshall argumentó lo siguiente:

hay sólo dos alternativas —demasiado claras para ser discutidas—: o la Constitución, controla cualquier ley contraria a aquélla, o la legislatura puede alterar la Constitución mediante una ley ordinaria. Entre tales alternativas no hay términos medios: o la Constitución es la ley suprema, inalterable por medios ordinarios, o se encuentra al mismo nivel que las leyes, y, por lo pronto, como cualquiera de ellas puede reformarse o dejarse sin efecto siempre que al Congreso le plazca. Si es cierta la primera alternativa, entonces una ley contraria a la Constitución no es ley; pero si en cambio es verdadera la segunda, entonces las constituciones escritas son absurdos intentos del pueblo para limitar un poder ilimitable por naturaleza (...)

De este modo, en Estados Unidos quedó instaurada la competencia del Poder Judicial en general para poder controlar la constitucionalidad de las normas dentro de los casos puestos en su conocimiento.

ii. Características del control difuso de constitucionalidad.

De la resolución del juez Marshall se desprendió la obligación de todos los jueces (inferiores, superiores, estatales o federales) de inaplicar las normas que consideren inconstitucionales y que resultan relevantes para la resolución de una controversia o litigio puesto en su conocimiento. Por esta razón se lo denomina “control difuso”, pues está disperso en cada órgano jurisdiccional. Desde el punto de vista de su naturaleza, este control no representa algo original, sino solamente una forma ya conocida de resolución de antinomias: la ley superior prevalece sobre la inferior cuando esta es abiertamente contraria a la primera (Covián, 2003).

³ Por ello se dice que el caso *Marbury v. Madison* también puede considerarse como el punto de llegada de un proceso precedido por varios acontecimientos históricos, que pueden rastrearse incluso en la Inglaterra del siglo XVII (Díaz Bravo, 2016).

Otro rasgo característico de este sistema es el relativo al planteamiento de las cuestiones de inconstitucionalidad. En esta modalidad no es posible impugnar la constitucionalidad de una ley de manera directa (por vía de acción). Esto implica que el control de constitucionalidad se dará siempre como una cuestión incidental dentro de un proceso principal de cualquier naturaleza (Díaz Bravo, 2016).

La peculiaridad más importante de este modelo se relaciona con el efecto de la sentencia. En el modelo difuso, la declaratoria de inconstitucionalidad repercute solo en el caso concreto (efecto *inter partes*) y no supone más que la inaplicación de la norma considerada inconstitucional para la controversia específica. Los pronunciamientos de los jueces sobre cuestiones inconstitucionalidad no conllevan la nulidad de las leyes, que siguen teniendo vigor mientras el Congreso no decida lo contrario; sin embargo, ese vigor es solo formal cuando tal declaratoria proviene de la Corte Suprema. Gracias a la vinculatoriedad de sus precedentes, sus declaratorias de inaplicabilidad generan una anulación general *de facto*, pues el resto de jueces dejarán de aplicarla para casos futuros (Fernández, 2020).

El principal riesgo de este sistema se relaciona con la seguridad jurídica. La dispersión de criterios sobre la constitucionalidad de normas puede generar que una misma ley sea considerada constitucional para un juez, mientras que para otro no (Patajalo, 2020).

En Estados Unidos dicha dificultad se resuelve parcialmente con el principio del *stare decisis*, que va acompañado de la posibilidad de que el Ejecutivo federal pueda recurrir en apelación a la Corte Suprema “una sentencia dictada por un tribunal federal, por la que una ley federal fuera declarada contraria a la Constitución” (Fernandez, 2020, p.575). No obstante, bien podría ocurrir que no hubiese un máximo tribunal sobre asuntos de constitucionalidad o que, habiéndolo, sus pronunciamientos no fuesen formalmente vinculantes, tal como sucede en Argentina (Highton, 2011).

2.1.3.1.2. Control concentrado de constitucionalidad.

i. Antecedentes.

“Dada la vaguedad, la apertura semántica y estructural [de la Constitución]” (Bernal Pulido, 2005, p.155), las conocidas dificultades de interpretación jurídica se acentúan en el derecho constitucional. Esto conlleva a que en este tipo de justicia se requieran de métodos de interpretación más complejos que los empleados en la justicia ordinaria. Claramente esto también dificulta la labor de los jueces al pronunciarse sobre temas de constitucionalidad.

Ante el inconveniente descrito y el impacto político que una decisión sobre la constitucionalidad de las normas podría ocasionar, se creó el control concentrado. De hecho, el fundamento teórico “de este sistema es la consideración de que la cuestión de constitucionalidad de la leyes requiere, por su importancia, de jueces dotados de conocimiento jurídico, de un prestigio y de una independencia superiores a los de los jueces ordinarios” (Covián, 2003, p. 109).

Este sistema fue ideado por Hans Kelsen y se instituyó por primera vez en la Constitución austríaca de 1920, para después replicarse en las constituciones de Alemania, España e Italia, entre muchas otras, incluyendo las cartas políticas de varios países latinoamericanos.

ii. Características.

En un sistema concentrado, la competencia exclusiva de controlar la constitucionalidad de las normas puede encargarse a una corte especializada (fuera del poder judicial), a una sala especializada dentro de un tribunal superior o simplemente a la misma suprema corte de una nación (Oyarte, 2021). Por su lado, en esta modalidad los demás jueces no pueden juzgar las leyes ni anular la presunción de constitucionalidad que las reviste (Fernández, 2020). Además, en este modelo se evita el problema de la inseguridad jurídica que genera el control difuso, pues “se erige una interpretación jurídica final por medio de un solo órgano capaz de expular la norma” (Aguirre, 2013, p. 307).

La principal diferencia con el sistema difuso se relaciona con los efectos de la sentencia (Fernández, 2020). En un modelo concentrado, la Corte se pronunciará sobre la validez formal o material de la norma cuestionada. Esto ocasiona que la sentencia ya no tenga solo efectos *inter partes*, sino *erga omnes*. Así, si el tribunal o corte acepta que una ley es inconstitucional, lo que corresponderá será la anulación o abrogación de esta última con efectos generales. Esta sentencia contará con el valor de cosa juzgada constitucional y, por lo regular, tendrá efecto *ex nunc* o hacia el futuro⁴.

Finalmente, como explica Pamela Aguirre (2013):

El proceso del control concentrado no se dirige a observar si un enunciado normativo (...) puede ser sustituido por otro de mayor jerarquía en un proceso judicial concreto, o inaplicado de ser el caso; sino que el Tribunal o Corte, en su caso, debe establecer si dicha disposición normativa se mantiene en el ordenamiento jurídico, o si debe ser expulsada del mismo por inconformidad con la Constitución, con efecto *erga omnes* (p. 296).

iii. Clasificación del control concentrado según la forma de activarlo.

Mientras en el modelo difuso la inconstitucionalidad de la ley se presenta a partir de casos concretos, en el diseño kelseniano el control se canaliza de modo prioritario por la vía principal o de acción, aceptándose, además, la forma incidental o por vía de excepción (Fernández, 2020), siendo esta última la más importante para el objeto de este trabajo.

a) Vía principal o de acción: control abstracto

⁴ En Ecuador, aparte del efecto *ex nunc*, es posible establecer que las sentencias de inconstitucionalidad tengan un efecto retroactivo o *ex tunc*, e incluso se permite el diferimiento de sus efectos (*vacatio sententiae*) (Art. 95 LOGJCC).

La vía principal o de acción consiste en la presentación de una demanda que instaura un proceso autónomo y específico, que radica exclusivamente en la confrontación de una norma inferior con la ley suprema, con independencia de su aplicación a casos particulares o concretos. Este tipo de control, denominado abstracto, es el que realizan los tribunales constitucionales al conocer de una acción pública de inconstitucionalidad (Oyarte, 2021).

b) Vía de excepción o incidental: consulta de norma

La vía de excepción se activa cuando un juez, dentro de la sustanciación de una causa, advierte que una norma aplicable al caso concreto es incompatible con la Constitución. Toda vez que en este modelo el juez no puede inaplicar la norma que considera inconstitucional, debe consultar o advertir al máximo órgano de interpretación constitucional a fin de que este resuelva el incidente. Esta es la modalidad que se ha positivizado en el Art. 428 de la Constitución ecuatoriana y que se revisará en el siguiente capítulo.

Este incidente, también denominado por la doctrina y algunas legislaciones como la “consulta de norma” o “cuestión de constitucionalidad”, consiste en dos procesos diferentes. En el primero (proceso ordinario o *a quo*) el juez evidencia una duda respecto de la constitucionalidad de una norma necesariamente aplicable al caso concreto, por lo que consulta a la magistratura correspondiente. En ese momento inicia el segundo proceso (proceso *ad quem*) que es “autónomo y específico, para identificar si el enunciado normativo cuestionado resulta realmente inconstitucional y de ser tal, bajo la interpretación del máximo órgano de control constitucional, sea expulsado del ordenamiento jurídico” (Aguirre, 2013, p. 298).

2.1.3.1.3. Combinaciones de los sistemas difuso y concentrado: controles paralelo y mixto.

Como se dijo, la tendencia ha sido la de combinar las características de los modelos difuso y concentrado, lo cual ha dado lugar a los sistemas paralelo y mixto. En ambos, por una parte, los jueces e incluso funcionarios administrativos pueden inaplicar normas con efecto *inter partes* en los casos concretos que deban resolver, lo cual es propio de un modelo difuso. Por la otra, se mantiene un órgano de cierre con competencia para analizar las normas impugnadas por inconstitucionales, cuyas sentencias tienen el valor de cosa juzgada constitucional y efectos *erga omnes*. Sin embargo, contrario a lo que sucede con un control paralelo, en el mixto hay un mecanismo que permite la articulación de ambos modelos y, por tanto, la unificación de criterios (Patajalo, 2020).

En un sistema mixto, el control difuso que realizan los jueces dentro de casos contenciosos deberá examinarse por el órgano de cierre del sistema, a fin de determinar con efecto *erga omnes* si la norma inaplicada en el caso concreto resultó ser o no inconstitucional. El mecanismo de unión entre ambos sistemas consiste en la remisión del expediente del caso en el que se efectuó un control difuso al órgano de cierre.

Dicho mecanismo puede ser más o menos efectivo. Por ejemplo, en Venezuela, el Tribunal Supremo de Justicia tiene un amplio margen para revisar específicamente las sentencias de instancia en las que se practicó un control difuso, de modo que no logra unificar criterios en las sentencias no seleccionadas (Highton, 2011). En cambio, el Art. 274 de la Constitución ecuatoriana de 1998 establecía que, en caso de que los jueces hubieran declarado la inaplicabilidad de una norma, debían informar al Tribunal Constitucional para que inicie el control abstracto. De esta manera, la revisión de las sentencias de instancia no quedaba a discreción del Tribunal, puesto que debía pronunciarse sobre todas ellas.

Para finalizar, ejemplos de control paralelo se encuentran en Colombia y Perú (Patajalo, 2020). Según sentencia del expediente 03741-2004-AA/TC del Tribunal Constitucional peruano, es facultad de jueces y funcionarios administrativos⁵ realizar el control difuso de constitucionalidad. De igual manera, en Sentencia C-122/11, la Corte Constitucional de Colombia (2011) reconoció que “cualquier juez, autoridad administrativa e incluso particulares” (párr. 2.2.) pueden efectuar el control por vía de excepción, o sea, un control difuso. Como se mencionó, son controles paralelos porque no cuentan con una vía de articulación de los modelos concentrado y difuso instituida con ese fin.

2.2. El control de constitucionalidad en la Constitución del 2008

Con la Constitución de 1998 no cabía duda de que el control de constitucionalidad en Ecuador era el mixto. Empero, la Constitución del 2008 no trajo certeza semejante. Tampoco lo hizo la LOGJCC, publicada en el 2009; y mucho menos, la jurisprudencia de la CCE. Por tanto, en el presente apartado se empezará por describir el problema suscitado por la tensión entre las fuentes nacionales de derecho. Después, se efectuará un análisis crítico sobre el debate doctrinario alrededor de este asunto. Finalmente, se centrará el análisis en la jurisprudencia de la Corte Constitucional emitida en los años 2010 y 2013 que estableció al sistema concentrado como exclusivo.

2.2.1. El problema del control de constitucionalidad en la Constitución de la República del Ecuador.

El principal inconveniente de la Constitución de 2008 es que no establece de manera explícita cuál es el control de constitucionalidad. Existen disposiciones que darían a pensar que existe solamente un control concentrado, mientras hay otras que parecen posibilitar la presencia de un control difuso. No ha habido dudas acerca del control concentrado, pues hay la previsión expresa de una Corte Constitucional que funge como órgano de cierre de la jurisdicción constitucional (Arts. 429 y 436 CRE). Por ello, el debate ha consistido en determinar si es que, aparte de aquel, se reconoce también un control difuso y, de ser así, si es que el sistema ecuatoriano es mixto o paralelo en los términos ya estudiados.

⁵ El alto tribunal peruano especificó que para el caso de órganos administrativos el control de constitucionalidad debía hacerse sobre “las normas que sustentan los actos administrativos y que son contrarias a la Constitución o a la interpretación que de ella ha dado el Tribunal Constitucional” (Tribunal Constitucional del Perú, EXP. No. 3741-2004-AA/TC, 2005, p. 3).

A favor de un sistema difuso se cuenta con los principios de supremacía constitucional, aplicación directa e inmediata de la constitución y el de favorabilidad. El primero se consagra en el Art. 425 de la norma suprema y establece que toda autoridad pública deberá solucionar los conflictos entre normas de distinta jerarquía mediante la aplicación de la norma superior. Esta previsión va de la mano con el numeral 2 del Art. 424 ibídem, según el cual “la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma o acto del poder público”.

Se debe anotar que el principio de jerarquía, así como otros mecanismos de solución de antinomias, se aplican para normativa distinta a la de derechos humanos, pues los conflictos entre normas que los consagran se resuelven con el principio de favorabilidad (Quintana 2020, Oyarte, 2021).

Por su parte, el segundo principio se ha desarrollado en el sentido de que los “derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte” (Art. 11 numeral 3, CRE). A lo que se agrega que no se puede alegar falta de norma jurídica para “justificar su violación o desconocimiento, para negar su acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento” (Art. 11 numeral 3 inciso segundo, CRE). En el mismo sentido se pronuncia el Art. 426 de la Constitución.

También se tiene el principio de favorabilidad o *pro homine*, reconocido en el numeral 5 del Art. 11 de la Constitución. Este engloba tanto la aplicación de la norma más favorable como la interpretación más extensiva en materia de derechos fundamentales. La primera se presenta “siempre que, habiendo dos normas que regulen y desarrollen a un mismo derecho, se tenga que optar por aplicar uno de los dos preceptos en el caso concreto, con independencia de su rango jerárquico” (Quintana, 2020, p. 12).

Con base en dicho precepto, podría entenderse que, ante la incompatibilidad entre normas infraconstitucionales que desarrollen derechos fundamentales con respecto a los reconocidos por el bloque de constitucionalidad, los jueces deberán aplicar estas y no aquellas.

De manera preliminar, en virtud de los principios descritos se podría interpretar que los jueces tendrían la potestad de aplicar directamente la norma suprema tanto en ausencia de ley que la desarrolle como “frente a la existencia de una norma infraconstitucional contraria a la Constitución, circunstancia por la cual el juez podría proceder a inaplicarla y aplicar directamente la Constitución” (Storini, Masapanta, & Guerra, 2022, p.12).

Pese a lo anterior, la Constitución también contiene un precepto propio de un modelo concentrado: la consulta de norma. De acuerdo con el Art. 428 ibídem,

Cuando una jueza o juez, de oficio o a petición de parte, considere que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución, suspenderá la tramitación de la causa y remitirá en consulta el expediente a la Corte Constitucional, que en un plazo no mayor a cuarenta y cinco días, resolverá sobre la constitucionalidad de la norma.

Si transcurrido el plazo previsto la Corte no se pronuncia, el perjudicado podrá interponer la acción correspondiente.

Por el artículo en mención, junto con que la Corte es el máximo órgano de interpretación constitucional y el único al que expresamente se le ha asignado el papel de controlar la constitucionalidad de los actos públicos (Arts. 429 y 436 CRE); se ha deducido que el modelo de control es solo el concentrado. Por eso, ciertos doctrinarios han colegido que, ante una duda sobre la constitucionalidad de una norma, los jueces únicamente podrían elevar en consulta el expediente a la Corte.

Entonces se tiene, por una parte, preceptos que en principio facultarían a jueces y demás autoridades a inaplicar las normas que estimen inconstitucionales (control difuso) y, por la otra, la regla del Art. 428 que instituye la obligación de consultar a la Corte en caso de duda sobre la constitucionalidad de una norma (control concentrado). En este contexto, ha surgido la inquietud sobre cómo deben actuar los jueces en caso de encontrarse ante una norma inconstitucional ineludible para resolver un litigio puesto en su conocimiento, es decir, en qué casos deben inaplicar una norma (si es que lo pueden hacer); y en cuáles otros, consultar a la Corte.

2.2.2. Soluciones dadas por la doctrina.

2.2.2.1. Argumentos a favor de un control concentrado exclusivo.

2.2.2.1.1. Concepción restringida del principio de aplicación directa de la Constitución.

Para algunos siempre fue claro que la Constitución del 2008 estableció solo un control concentrado. Según Rafael Oyarte (2021), ni siquiera cabía la discusión acerca de cómo compatibilizar la aplicación directa de la Constitución y la cuestión de constitucionalidad o consulta de norma, puesto que ambas tienen objetos diferentes. A su criterio, el referido principio “se emplea a falta de norma secundaria y no cuando esta existe y es inconstitucional” (p. 99). Por tanto, desde esta posición, la consulta se daría ante la presencia de norma secundaria inconstitucional y la inaplicación de leyes quedaría completamente prohibida. Como se advierte, este autor tiene concepción limitada del principio de aplicabilidad directa.

En ello concuerda Hernán Salgado (2017), quien menciona que el principio de aplicación directa e inmediata de la Constitución implica que los “derechos humanos no

requieren de una ley u otra regulación para gozar de ellos y ser aplicados” (p. 115). A su juicio, la consagración de este principio se debió a la evolución del constitucionalismo, pues permitió otorgar eficacia a la Constitución aun sin necesidad de un desarrollo normativo posterior, siendo esta su única esfera de aplicación (CCE, Voto concurrente del juez Hernán Salgado respecto de la Sentencia No. 1116-13-EP, 2020).

A pesar de lo anterior, si bien en un inicio este principio fue una expresión del progreso del constitucionalismo, limitado a la falta de regulación secundaria, no hay motivos para pensar que actualmente no deba incluir los casos de antinomias.

Así, Ramiro Ávila expresa que “la aplicación directa quiere decir que la Constitución, como cualquier otra norma, si tiene relación con el caso, debe ser aplicada, exista o no regulación normativa”. Sostiene, además, que la aplicación inmediata significa que no debe suspenderse la aplicación de la Constitución “ni tampoco condicionarse a otros factores del tipo reglamentación, falta de ley o revisión superior” (CCE, Voto concurrente a la Sentencia No. 10-18-CN, 2019, p. 3). En otros términos, para Ávila, la definición de “aplicación directa e inmediata” que brindan Salgado y Oyarte corresponde solo a la de aplicabilidad inmediata.

En la misma línea, el tratadista colombiano Jaime Santofimio (2018) se refiere al principio de aplicación directa como el de “efecto útil” (p. 363), ya sea de la constitución o del derecho convencional⁶. Este autor toma la definición de efecto útil del caso SpA Simmenthal resuelto en 1978 por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Lo explica como aquel que no solo permitió “la aplicación uniforme, prevalente y con primacía de las normas jurídicas comunitarias (...), sino también del alcance fijado a aquellas por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia como intérprete último del tratado” (Santofimio, 2018, p. 58).

Además, Santofimio (2018) menciona que, dentro del mismo caso SpA Simmenthal, se reforzó dicho efecto útil al determinar que los jueces nacionales tienen la obligación de garantizar la eficacia del Derecho Comunitario “dejando inaplicadas, si procede, por su propia iniciativa, cualesquiera disposiciones contrarias de la legislación nacional, aunque sean posteriores, sin que esté obligado a solicitar o esperar la derogación previa de estas por vía legislativa (...)” (Tribunal de Justicia de la Unión Europea, asunto C-106/77, 1978, apartado 24).

Por estas consideraciones, no habría motivo para mantener una definición tradicional o histórica de la aplicabilidad directa o efecto útil, pues, como se acaba de revisar, la concepción amplia de este principio, junto con otros, ha permitido que en Europa se faculte a los jueces nacionales a realizar un control difuso de convencionalidad.

⁶ De hecho, este autor toma al efecto útil como sinónimo de la aplicabilidad directa de los derechos. Esto, con motivo del análisis del Art. 417 de la Constitución ecuatoriana.

2.2.2.1.2. Exclusión de la aplicación directa de la Constitución respecto del control de constitucionalidad.

Al criticar la Sentencia No. 001-10-SIN-CC, Rafael Oyarte (2021) alude que es un error examinar la constitucionalidad de las normas como un ejercicio del principio de aplicación directa e inmediata de la Constitución, cuando ello es “propio del principio de fuerza normativa y de supremacía constitucional” (p. 100).

Sin embargo, siguiendo la línea del Tribunal europeo, no serían principios separados sino complementarios respecto del control de constitucionalidad. Y es que si entendemos la aplicabilidad directa como el principio que obliga aplicar la Constitución cuando tenga relación con un caso, haya sido o no desarrollada por normativa inferior, es apenas lógico que, por su misma calidad de norma suprema, deba sobreponerse a la ley que la contradice y que también es aplicable, lo cual es propio de un control de constitucionalidad.

Además, dicho criterio de complementariedad entre principios también lo compartieron los jueces constitucionales Lozada, Ávila, Grijalva y Salazar en su voto concurrente respecto de la Sentencia No. 1116-13-EP del 2020:

El principio de supremacía constitucional y el principio de aplicabilidad directa de la Constitución están esencialmente aparejados pues a través de ellos se consigue no sólo que la norma suprema prevalezca sobre cualquier otra norma del ordenamiento jurídico, sino también que la norma suprema realmente tenga un efecto útil y se aplique a casos concretos (p. 15).

Por otra parte, el Dr. Oyarte (2021) no se refiere a cómo se podría compaginar la obligación de la consulta de norma con el principio de jerarquía como mecanismo de solución de antinomias expresamente previsto en el inciso segundo del Art. 425 de la Constitución. Por el contrario, su interpretación parece dejar sin efecto a este último precepto.

Tampoco menciona cómo, desde esa interpretación, se efectivizaría el principio de favorabilidad ante las contradicciones de normas que consagren derechos fundamentales. Y es que, según este mismo autor, “la orden de aplicar la norma más favorable no solo es en caso de contradicción entre Constitución y tratado, sino entre cualquiera de las normas que integran el ordenamiento jurídico e incluso la jurisprudencia” (p. 582). Bajo esta lógica, sería plausible cuestionarse respecto de la factibilidad de inaplicar una norma secundaria que regule un derecho fundamental fuera del límite impuesto por la Constitución.

Es cierto que, al restringir el margen de apreciación de los jueces en asuntos tan polémicos como la inconstitucionalidad de una norma, el modelo concentrado evita los problemas de inseguridad jurídica que se presentan en los sistemas difuso y en el paralelo. También es verdad que esta limitación es importante en un Estado como el ecuatoriano, en

el que el abuso del sistema judicial en general y de las garantías jurisdiccionales en particular es parte de la cotidianidad.

Sin embargo, no es menos cierto que, así como hay previsión expresa de un sistema concentrado, también hay otros preceptos de rango constitucional que permiten respaldar un modelo difuso. Sostener lo contrario implicaría negarles eficacia a los principios de favorabilidad, jerarquía y aplicabilidad directa de la Constitución, lo cual contraviene la interpretación conforme o sistemática que prescribe el Art. 427 de la ley suprema.

Los principios son mandatos de optimización; “ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes” (Alexy, 2000, como se citó en Carbonell & Ferrer, 2014, p. 38). Para el caso del modelo de control, tal optimización no se logra con una lectura que se incline solo por un sistema concentrado en total detrimento de las normas que autorizarían un control difuso. Hay formas mucho más armoniosas de compaginar la tensión relatada y que, por lo mismo, aportan a una mayor realización de los principios mencionados, sin dejar de tomar en cuenta la obligación de la consulta de norma.

2.2.2.2. Postura intermedia.

Otros autores defienden una especie de postura intermedia (Patajalo, 2020; Storini, et al., 2022). En general, se plantea que la mejor manera de interpretar la Constitución debió consistir en el establecimiento de un control mixto para las garantías jurisdiccionales y un control concentrado para el resto de las materias.

Storini, Masapanta y Guerra (2022) defienden esta postura sobre la base de una cuestión de necesidad. Arguyen que, “en un ordenamiento jurídico en el que no se aplica la doctrina del precedente obligatorio o *stare decisis*” (p.14), la sentencia en la que se realizó un control difuso debe “necesariamente” remitirse a la Corte para que, con una sentencia con efecto *erga omnes*, declare la nulidad de la norma inaplicada o bien establezca una interpretación conforme⁷. En otros términos, aceptar la presencia de un control difuso, aparte del concentrado, depende irremediamente de un mecanismo de unificación o revisión de sentencias.

Como solo las sentencias derivadas de procesos constitucionales deben enviarse a la Corte para su eventual selección y revisión (Art. 426 numeral 6, CRE), estas serían las únicas que podrían contar con el referido mecanismo de unificación. Bajo esta lógica, se propone que exclusivamente los jueces que emitan sentencias en garantías jurisdiccionales podrían, en virtud del Art. 425 de la Constitución (supremacía constitucional), ejercer un control

⁷ Al parecer, este argumento también lo compartió el ex juez de la Corte Constitucional Dr. Ramiro Ávila (2019). En su voto concurrente a la Sentencia No. 10-18-CN mencionó que, “para poder viabilizar el control difuso de constitucionalidad” (p. 9), se requiere de un mecanismo que obligue a los jueces comunicar a la Corte acerca de la declaratoria de inaplicabilidad que efectuaron.

difuso, “mientras el Art. 428 CRE [consulta de norma] solo se aplicaría a los jueces ordinarios” (Storini, et al., 2022, p.14).

Además, se argumenta que, con esta posición, se garantizaría la celeridad con la que deben resolverse las garantías jurisdiccionales, la cual se vería gravemente comprometida si se permitiera la suspensión de estas causas⁸. De forma análoga se manifestó el entonces juez de la Corte Constitucional para el Periodo de Transición Dr. Hernando Morales (2010). En su voto concurrente a la Sentencia No. 055-10-SEP-CC, dijo, entre otras cosas, que pretender remitir en consulta una acción de protección a la Corte Constitucional atenta contra “el principio de celeridad y de reparación urgente de derechos constitucionales” (p. 47).

A pesar de sus posibles ventajas, los fundamentos de esta interpretación no parecen sólidos. Primero, porque presuponen que en Ecuador los jueces de instancia no aplican la doctrina del *stare decisis*, lo que equivale a decir que no se obligan por sus propios precedentes, lo cual no es correcto. Aunque es cierto que ni Ecuador ni la generalidad de países la consagra directamente⁹, el principio del *stare decisis* sí deriva de normas que “reconocen la igualdad ante la ley, la seguridad jurídica y la tutela judicial efectiva” (Oyarte, 2021, p.109).

De hecho, la Corte ya ha reconocido explícitamente que la doctrina del *stare decisis* rige en Ecuador¹⁰ e incluso ha desarrollado el concepto de “precedente horizontal auto vinculante”. Al respecto, esta Magistratura ha dicho que

“La auto-vinculatoriedad quiere decir que el fundamento (centralmente, la *ratio decidendi*) en cuya virtud una decisión judicial ha sido tomada por los jueces que componen un cierto tribunal obliga a esos mismos jueces cuando, en el futuro, tuvieren que resolver un caso análogo; de manera que dichos jueces pueden apartarse de su propio precedente solo si lo justifican suficientemente” (CCE, Sentencia No. 1035-12-EP, 2020, p. 4).

En cuanto al segundo argumento, tampoco es indiscutible que la existencia de un control difuso “necesite” de un instrumento que permita la unificación de criterios. Si bien es deseable que se revisen las decisiones en las que se realiza un control difuso, no se trata de una condición *sine qua non*. Por ello, la doctrina reconoce controles paralelos y mixtos, siendo los primeros aquellos que no cuentan con un mecanismo de revisión o de articulación entre sistemas. No habría motivos para excluir que, por ejemplo, el modelo ecuatoriano sea paralelo en materias de justicia ordinaria y mixto en garantías jurisdiccionales.

⁸ Robinson Patajalo (2020), después de confrontar el promedio de resolución de acciones de protección presentadas en los años 2012 y 2013 en la Unidad Judicial Primera de Contravenciones de cantón Quito con aquellas causas en que se consultó a la Corte Constitucional, concluye que “la consulta de constitucionalidad vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva en el ámbito del plazo razonable” (p. 110).

⁹ Como dice Álvaro Núñez (2016), “resulta francamente complicado encontrar algún ordenamiento en el que la regla del *stare decisis* no goce de algún tipo de reconocimiento, por escaso que este sea” (p.140).

¹⁰ Al respecto, puede consultarse, entre otras, las Sentencias No. 139-15-SEP-CC y la No. 112-14-SEP-CC.

2.2.2.3. A favor de un control difuso de constitucionalidad.

Otra concepción surgió a partir de las publicaciones en 2009 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional y de la Código Orgánico de la Función Judicial cuyos Arts. 142 y 4, respectivamente, desarrollan con texto idéntico el Art. 428 de la carta fundamental. De acuerdo con estos preceptos, cualquier juez podría suspender la tramitación de la causa y remitir el expediente en consulta “solo si tiene duda razonable y motivada de que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución”.

Con ello, algunos doctrinarios opinaron que el debate quedaba zanjado a favor de un control difuso. Entendieron que la frase “solo si tienen duda razonable y motivada” se debía interpretar en el sentido de permitir inaplicar normativa secundaria en caso de tener certeza de su inconstitucionalidad. En consecuencia, correspondía remitir el expediente en consulta únicamente si lo que había era duda razonable y no certeza (Ávila, 2014; Córdova, 2016; Escudero Soliz & Benavides Ordóñez, 2020).

Es evidente que los defensores de esta postura no comparten el alcance limitado del principio de aplicación directa de la norma suprema, de manera que, desde esta perspectiva, aquel abarca tanto los casos de anomias como de antinomias. Asimismo, cabe esclarecer que, desde esta posición, la declaratoria de inaplicabilidad referida tendría únicamente efectos *inter partes* y no generales, pues estos últimos están reservados para las declaratorias de inconstitucionalidad emitidas por la Corte.

Otros criticaron dicho enfoque con el argumento de que se estaba tergiversando el verdadero sentido de la ley. Consideraron que los requisitos sobre la duda razonable y motivada no admitían un control difuso. Por el contrario, los concibieron como exigencias procesales tendientes a evitar dilaciones innecesarias tanto de abogados como de jueces, quienes podrían emplear la consulta de norma para retardar procesos de manera injustificada. Con este argumento, los jueces no podrían inaplicar normas bajo ningún concepto, incluso ante la certeza de su inconstitucionalidad, sino siempre consultar a la Corte de manera motivada (Aguirre, 2013; Oyarte, 2018).

En todo caso, es importante manifestar que los análisis del Art. 142 de la Ley de Garantías Jurisdiccionales han dejado de lado a su tercer inciso, que también podría fortalecer el reconocimiento de un control difuso. Esta regla prescribe:

Si transcurrido el plazo previsto la Corte Constitucional no se pronuncia, el proceso seguirá sustanciándose. Si la Corte Constitucional resolviere luego de dicho plazo, la resolución no tendrá efecto retroactivo, pero quedará a salvo la acción extraordinaria de protección **por parte de quien hubiere sido perjudicado por recibir un fallo o resolución contraria a la resolución de la Corte Constitucional** (negrita fuera del original).

Esta disposición contempla dos supuestos que podrían surgir a partir de un fallo dictado después del plazo de cuarenta y cinco días que la Corte tiene para resolver sobre la consulta de norma. El primero, en el que haya concordancia entre el fallo del juez o tribunal del proceso *a quo* con la posterior resolución de la Corte Constitucional. El segundo supuesto consistiría en la falta de correspondencia entre ambas resoluciones. Se debe recordar que, de acuerdo con la ley, solo habría perjuicio en este último caso y que la consecuente sanción jurídica se materializaría en la presentación de una acción extraordinaria de protección por parte del perjudicado.

Pero ¿en qué sentido podría haber concordancia entre ambas resoluciones? La respuesta a esta pregunta depende del proceder de la Corte. Ante una consulta de norma, este alto Tribunal podría convenir en que la norma objeto de la consulta es en efecto inconstitucional o, por el contrario, ratificar su constitucionalidad (Arts. 76 numeral 6, y 143 LOGJCC).

En este sentido, podría haber coincidencia entre un fallo de instancia que no aplique una norma por considerarla inconstitucional con el dictamen posterior que declare la inconstitucionalidad de la misma norma. De conformidad con los términos de la ley, en ese supuesto no habría perjuicio y, por tanto, tampoco una consecuencia jurídica (sanción) contra esa actuación. Y es que, si no se establece una sanción para el supuesto relatado, entonces se deduce que se trata de una práctica válida a luz del ordenamiento jurídico. De ahí que el inciso tercero del Art. 142 *ibidem* también podría leerse como una forma de aceptación implícita de un control difuso de constitucionalidad.

De cualquier manera, aún queda la duda sobre la eficacia de la acción extraordinaria de protección para corregir la actuación de un juez que, a los ojos de la Corte, hubiere inaplicado de forma incorrecta una norma vigente cuya constitucionalidad fue ratificada mucho después de los cuarenta y cinco días (lo cual es muy común). El problema surgiría porque, por regla general, para presentar esta demanda, el perjudicado cuenta con el término de veinte días contados desde la notificación de la decisión judicial (Art. 60, LOGJCC). En consecuencia, si la Corte resolviere que la norma inaplicada no era inconstitucional, y debido a la tardanza con la que suele pronunciarse, ocasionaría la caducidad del derecho a accionar.

2.2.3. La posición de la Corte Constitucional del Ecuador: en defensa de un control concentrado

Para empezar, la posición de la Corte sobre este tema ha girado principalmente en torno del alcance del principio de aplicación directa e inmediata de la Constitución. En un inicio lo interpretó en el sentido de constituir un elemento vinculado al control de constitucionalidad, pues concluyó que la aplicación y eficacia directa de la Constitución implicaba considerarla como una norma de decisión.

De dicha concepción el alto Tribunal desprendió varias consecuencias para los órganos jurisdiccionales; entre ellas: que “en la solución concreta de conflictos jurídicos

provocados por ausencia de ley o por evidentes contradicciones respecto de la Constitución, habrá de aplicarse directamente la Carta fundamental” (CCE para el periodo de transición, Sentencia No. 001-10-SIN-CC, 2010, p. 26).

Sin embargo, unos meses después, emitió la Sentencia No. 055-10-SEP-CC con la que se distanciaría del fallo anterior y con la que marcaría su posición respecto de que el único control de constitucionalidad en Ecuador es el concentrado. En ella estableció que, en virtud de los Arts. 428 de la norma suprema y 142 de la Ley de Garantías, los jueces no pueden realizar el control de constitucionalidad y que están “vedados para inaplicar normas jurídicas y continuar con la sustanciación de la causa” (CCE para el periodo de transición, 2010, p. 22).

La sentencia más importante sobre este asunto es la No. 001-13-SCN-CC, emitida en febrero del 2013. En ella, la Corte fue tajante al expresar que “en el Ecuador existe únicamente el control concentrado, por lo que corresponde solo a la Corte Constitucional la declaratoria de inconstitucionalidad de una norma y su consecuente invalidez” (CCE, Sentencia No. 001-13-SCN-CC, 2013, p. 4). Además, limitó el principio de aplicación directa de Constitución a los casos de ausencia de desarrollo legislativo:

De manera general, las juezas y jueces aplicarán las normas constitucionales de modo directo y sin necesidad de que se encuentren desarrolladas. Sin embargo, en caso de que el juez en el conocimiento de un caso concreto considere que una norma jurídica es contraria a la Constitución, debe suspender la causa y remitir la consulta a la Corte Constitucional (CCE, Sentencia No. 001-2013-SCN-CC, 2013, p. 4).

En la misma sentencia, al interpretar la duda razonable y motivada a la que se refiere el Art. 142 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, señaló que ni siquiera ante la certeza sobre la inconstitucionalidad de la norma un juez podría inaplicarla. Todo lo opuesto: determinó que se trataban de requisitos procesales para que proceda la consulta y se impidan dilaciones innecesarias. En tal sentido, instituyó, a través de reglas jurisprudenciales, los requisitos para que una consulta de norma se encuentra debidamente motivada.

Como corolario de esta posición se tiene la Sentencia No. 0034-13-SCN, en la que se llegó al extremo de establecer que inaplicar una norma por considerarla inconstitucional, en lugar de suspender el trámite de la causa y consultar a la Corte, “no solo constituye una mera inobservancia sin consecuencias jurídicas, sino una actuación contraria a la misma Constitución y configura un incumplimiento a criterios emitidos por la Corte Constitucional” (p. 11). También puntualizó que, si un juez inaplica una norma, estaría sujeto a las consecuencias del incumplimiento de sentencias de la Corte, lo que incluye la destitución del cargo, sin perjuicio de las demás responsabilidades civiles o penales (Arts. 86 numeral 4 de la CRE; 164 numeral 4 y 165 de la LOGJCC).

En definitiva, la Corte ha restringido el control de constitucionalidad y de convencionalidad por parte de los jueces, tomando partido por los argumentos que otorgó la doctrina a favor de un control concentrado y que ya fueron estudiados. Ramiro Ávila (2019) resume que este proceso de restricción se dio de la siguiente manera:

En primer lugar, al establecer la aplicación directa de la Constitución solo a casos de vacíos o ambigüedad normativa y no a casos de antinomias entre ley y Constitución o instrumentos internacionales. En segundo lugar, al eliminar el requisito de la duda razonable para que proceda la consulta y pasarla a un requisito de la petición de consulta de norma. En tercer lugar, al establecer categóricamente el control concentrado y prohibir a los jueces aplicar las normas constitucionales. Finalmente, al considerar que la aplicación de la Constitución e instrumentos internacionales sin pronunciamiento o respaldo de la Corte Constitucional es una violación constitucional. (CCE, Voto concurrente a la Sentencia No. 10-18-CN, 2019, p.5).

2.3. El cambio implícito de precedentes constitucionales sobre el control de constitucionalidad y las actuaciones judiciales

2.3.1. La Sentencia No. 11-18-CN/19 (matrimonio igualitario).

En el 2019 la Corte Constitucional volvió a tratar sobre el modelo de control de constitucionalidad a raíz de la discusión sobre el matrimonio igualitario. Esto, a causa de que la Corte Interamericana de Derechos Humanos emitió la Opinión Consultiva 24/17 sobre la Identidad de Género e Igualdad y no Discriminación a parejas del mismo sexo (en adelante, OC-24/17). A través de esta Opinión Consultiva, interpretó el Art. 17.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos en el sentido de que el matrimonio es un derecho fundamental que protege tanto a parejas heterosexuales como a las del mismo sexo.

Se debe recordar que la Corte ya había reconocido que dicha Opinión Consultiva formaba parte del bloque de constitucionalidad ecuatoriano. Mediante Sentencia No. 184-18-SEP-CC (caso Satya) del 29 de mayo del 2018, esta Magistratura determinó que la OC-24/17, por mandato del Art. 424 de la Constitución y por corresponder a una interpretación oficial de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, “se entiende adherido al texto constitucional y es de aplicación directa, inmediata y preferente, en tanto su contenido sea más favorable para el ejercicio y protección de los derechos reconocidos” (p. 58).

Pese a lo anterior, el Art. 67 de la Norma fundamental establece una forma restrictiva de matrimonio, pues lo describe como aquel formado “entre hombre y mujer”. En correspondencia con este precepto, los Arts. 81 del Código Civil y 52 de la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles estatúan, entre otras cosas, que el matrimonio era la unión entre hombre y mujer, excluyendo así a las parejas del mismo sexo.

Al amparo de la OC-24/17 y su reconocimiento expreso por parte de la jurisprudencia constitucional, en el 2018 dos parejas homosexuales pretendieron casarse; sin embargo, el Registro Civil les negó tal posibilidad con el argumento de que el derecho interno no permitía celebrar esa unión entre personas del mismo sexo.

Ante la negativa, se presentaron dos acciones de protección diferentes, que fueron conocidas por la Corte a través de dos consultas de norma distintas. En ambas se solicitó a la Magistratura resolver si es que las citadas normas legales transgredían el bloque de constitucionalidad. Además, en la segunda consulta también se preguntó si correspondía aplicar directamente el bloque de constitucionalidad sin necesidad de reformar el derecho interno. En tal sentido, el 12 de junio del 2019, se emitieron los votos de mayoría de las Sentencias No. 10-18-CN y 11-18-CN cuyos ponentes fueron los jueces Alí Lozada y Ramiro Ávila, respectivamente.

A pesar de que estas sentencias obtuvieron una misma votación¹¹ y se basaron, entre otros, en el argumento de la complementariedad entre la Constitución y los instrumentos internacionales¹²; ambas discreparon en su decisión. En la Sentencia No. 10-18-CN, el juez Lozada concluyó que los Arts. 81 del Código Civil y 52 de la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles resultaban inconstitucionales a la luz del bloque de constitucionalidad ecuatoriano. De este modo, dictaminó una inconstitucionalidad sustitutiva y sustractiva de los preceptos referidos.

Por su lado, la Sentencia No. 11-18-CN llegó a una conclusión opuesta. En ella se dijo no hacía falta ninguna reforma constitucional ni legal para aplicar de manera directa la OC-24/17. Por tanto, dispuso que el Tribunal ordene al Registro Civil el registro del matrimonio de los accionantes. En otras palabras, la Corte ordenó a un tribunal de instancia inaplicar leyes por ser contrarias al bloque de constitucionalidad, o sea, prescribió realizar un control difuso.

Para lograr aterrizar a tal decisión, es evidente que se precisó de un cambio de enfoque respecto del principio de aplicación directa de la Constitución, tal como se cita a continuación:

284. La aplicación directa quiere decir que la Constitución, como cualquier otra norma, si tiene relación con el caso, debe ser aplicada, exista o no regulación normativa. Cuando hay una ley que regula la Constitución, no significa que sus normas se suspenden, siguen teniendo validez y vigencia y, junto con las leyes,

¹¹ A favor votaron los jueces Ávila, Lozada, Grijalva, Salazar y Andrade; y, en contra, los magistrados Salgado, Herrería, Corral y Nuques.

¹² Esto significa que, en virtud del Art. 424 CRE, el reconocimiento del derecho al matrimonio entre personas del mismo sexo fue añadido al bloque de constitucionalidad ecuatoriano por la OC-24/17. La Corte entendió que se generó una complementariedad y no una contradicción entre ambos reconocimientos: por un lado, la Constitución simplemente ampara el matrimonio entre hombre y mujer, mientras que la CADH, interpretada de forma auténtica y vinculante por la Corte-IDH mediante la OC-24/17, protege además el matrimonio entre personas homosexuales.

cuando fuere necesario, deben ser aplicables. El juzgador debe tratar de armonizar el sistema jurídico a través de una interpretación constitucional o, si no es posible cuando hay antinomias, de la aplicación directa de la Constitución. (CCE, Sentencia No. 11-18-CN, 2019, p. 59).

Esto se complementó con el argumento de que la aplicación directa debe tener impacto jurisdiccional, pues solo así tendría un efecto práctico. Gracias a ello, dijo la Corte, también se garantizarían los principios de supremacía constitucional y de favorabilidad, los cuales no tendrían eficacia “si se les priva a los jueces y juezas de aplicar en sus casos concretos, ya por vacíos o ya por antinomias, la Constitución y los instrumentos internacionales”. A esto añadió que “si de lo que se trata es de proteger los derechos de las personas y de la naturaleza”, esta interpretación amplia de la aplicabilidad directa “es una forma de garantizarlos y de prevenir violaciones”. (CCE, Sentencia No. 11-18-CN, 2019, p. 60).

Con tales consideraciones, la Corte (2019) concluye:

290. Con lo dicho se pueden aclarar los equívocos enunciados. El juez y la jueza sí tienen competencias para realizar control de constitucionalidad y de convencionalidad, como cualquier otra autoridad pública en el ámbito de sus competencias. La Corte Constitucional es el máximo intérprete de la Constitución y sus interpretaciones tienen el carácter de precedente. (sic) que son normas jurídicas que tienen alcance general, abstracto y obligatorio, pero no puede ni debe ser considerado el único intérprete. Con relación a si un juez o jueza prevarica por inobservar una norma que considera inconstitucional y aplicar la Constitución, los operadores de justicia no prevarican¹³ (Sentencia No. 11-18-CN, p. 60).

2.3.2. Los problemas de la Sentencia No. 11-18-CN/19.

Quedó claro que la Corte se apartó de la posición que este mismo organismo había mantenido hasta entonces con respecto a que el único control era el concentrado, pero no aclaró el panorama. En primer lugar, porque no resolvió la tensión entre la consulta de norma y la aplicación directa de la Constitución. Dijo que los jueces deben controlar la constitucionalidad de las leyes y, como consecuencia de ello, inaplicarlas cuando haya antinomias; sin embargo, no explicó en qué casos, entonces, procedería consultar a la Corte.

Tampoco se refirió a un posible mecanismo de unificación en caso de que un juez o tribunal ejerza el control difuso con el cual salvaguardar la unidad normativa¹⁴, por lo que,

¹³ Esta sería una ampliación del criterio establecido en Sentencia No. 141-18-SEP-CC, en la que se estableció que el delito de prevaricato, en lo relacionado a fallar contra ley expresa, no se aplicaba para la justicia constitucional.

¹⁴ En donde sí se hizo referencia a un mecanismo de tales características fue en el voto concurrente del juez Ávila respecto de la Sentencia No. 10-18-CN/19. Según menciona, este consistiría en un informe sobre la declaratoria de inaplicabilidad “que será tramitada como acción de inconstitucionalidad, para que la [Corte] resuelva con carácter general y obligatorio y así garantizar la seguridad jurídica y la integridad de la Constitución” (p.10)

al menos de forma preliminar, podría decirse que esta sentencia se refería a un control paralelo y no mixto.

En segundo lugar, y lo más importante, complicó aún más el problema o al menos redirigió el debate hacia otro terreno. Si bien la Sentencia No. 11-18-CN/19 establece un nuevo modelo de control de constitucionalidad, ignora por completo la vasta jurisprudencia que las anteriores conformaciones de la Corte habían elaborado en el sentido contrario. Tan es así que ni siquiera cita alguna de las sentencias que establecieron el control concentrado como único. En este contexto, toda vez que no hubo un alejamiento explícito, habría “varios precedentes válidos, en principio aplicables, pero incompatibles” (Núñez Vaquero & Fernández Cruz, 2021, p. 316).

2.3.3. ¿Significó la Sentencia No. 11-18-CN/19 un cambio de precedente?

Ante el inconveniente descrito, cabe preguntarse cuál precedente debe prevalecer. Para esa finalidad, es menester determinar si este tipo de cambio de precedente conlleva, desde los parámetros del derecho de creación judicial, la derogación o reversión de los anteriores.

En caso de concluir que lo hace, corresponderá considerar a la Sentencia No. 11-18-CN/19 como el precedente que derogó aquellos que establecieron el control concentrado como exclusivo. Con ello, los órganos jurisdiccionales sí tendrían la competencia de ejercer un control difuso. Por el contrario, si este tipo de cambios no se traduce en tal derogación, se entendería que, al menos en teoría, los jueces de la República deberán continuar bajo la concepción de que en Ecuador solo es permitido el control concentrado y que, por tanto, les está vedado efectuar el control de constitucionalidad.

Se enfatiza lo de “en teoría”, pues nadie quita que en la práctica algún juez, gracias a la Sentencia No. 11-18-CN/19, concluya que sí tiene la competencia de inaplicar una norma por considerarla inconstitucional. No sería una decisión descabellada, pues se trata de un pronunciamiento (en principio vinculante) emanado por el máximo órgano de interpretación constitucional del país.

Para tal finalidad, en el siguiente apartado se iniciará por identificar en qué casos se puede cambiar un precedente. Después se ahondará respecto de cuándo puede considerarse, bajo los parámetros del derecho judicial, que en efecto ha habido un cambio de precedente y que, por tanto, se han derogado los precedentes anteriores.

2.3.3.1. Cambios de precedente.

Se debe partir por el hecho de que la Corte Constitucional es un órgano jurisdiccional con competencia para emitir precedentes vinculantes¹⁵. Por la regla del *stare decisis*, la CCE, como cualquier otro órgano jurisdiccional, debe procurar mantenerse en lo que decidió previamente (Oyarte, 2021). Sin embargo, esto no significa que no pueda apartarse de sus pronunciamientos previos. Por el contrario, “un rasgo peculiar [de la fuerza vinculante] de todo precedente es que puede ser modificado por la Corte Constitucional cuando tenga argumentos suficientes para considerar que está errado” (Bernal Pulido, 2005, p. 180).

Vale aclarar que, a pesar de que las leyes y los precedentes constitucionales son fuentes de derecho ecuatoriano, no tienen la misma naturaleza. Las normas de origen legislativo o normas prescriptivas son autoritativas, mientras que las normas de derecho judicial son sobre todo justificativas (Aguirre, 2016). En tanto que el legislador puede derogar o crear las leyes sin mayor necesidad de justificación, los órganos jurisdiccionales no pueden hacerlo con libertad semejante.

Los órganos jurisdiccionales deben propender a la realización de los principios de seguridad jurídica e igualdad, lo que se consigue solo cuando motivan sus decisiones (Aguirre, 2016). De hecho, esos son los fundamentos del principio *stare decisis*, pues si para casos análogos los operadores jurídicos alteraran su decisión sin motivarla, afectarían las expectativas legítimas de los ciudadanos y el derecho a la igualdad formal ante la ley (Núñez, 2016). Además, la obligación de justificar sus decisiones responde a la separación de poderes: si los jueces fuesen capaces de generar normas y abrogarlas al igual que los legisladores, no habría diferencia entre sus funciones (Guastini, 2017).

Es importante añadir que, al igual que las normas emanadas por órganos legislativos, los precedentes también pueden derogarse o, más precisamente, revertirse de forma expresa o tácita. Se sigue dicha clasificación propuesta por Núñez Vaquero & Fernández Cruz (2021) al tratar un problema parecido al de este trabajo investigativo, el cual surgió a partir de que el Tribunal Constitucional chileno emitiera una sentencia que, sin haber considerado sus propios precedentes, cambió el estatus constitucional del *nasciturus*.

No obstante, se debe aclarar que, aunque dichos autores utilicen el término “derogación de precedentes”, la Corte (2019) no comparte el empleo de este concepto. Como ha mencionado en Sentencia 11-19-CP/19, únicamente tiene sentido hablar de derogatoria para las normas de carácter prescriptivo (reglamentos, leyes, Constitución, etc.), puesto que “lo que se deroga es el acto prescriptivo que puso en vigencia la norma” (p. 7) . En consecuencia, a criterio de este organismo, los precedentes solo pueden revertirse pero no derogarse. En todo caso, para efectos de este trabajo, las consecuencias se miran como semejantes, puesto que la reversión implica la ineficacia del precedente anterior.

¹⁵ Al respecto, la Corte Constitucional (2020) ha mencionado: “Los precedentes judiciales emanados de las decisiones de la Corte Constitucional son vinculantes, de conformidad con la Constitución (art. 436 núm. 1 y 6) y la LOGJCC (art. 2 núm. 3). Dicha obligatoriedad se proyecta, horizontalmente, respecto de la propia Corte, y verticalmente, respecto de todas las demás autoridades jurisdiccionales” (Sentencia No. 109-11-IS, p. 5).

2.3.3.1.1. Derogación expresa.

Hay derogación expresa cuando el órgano jurisdiccional (en este caso, la Corte Constitucional) decide expulsar, anular o derogar un precedente. A esta facultad procedente del derecho anglosajón se la denomina *outruling* o reversión. Como cualquier derogación expresa, esta “implica la emanación de una norma derogatoria y la consiguiente eliminación de otra(s) norma(s)” (Núñez Vaquero & Fernández Cruz, 2021, p. 306).

Una derogación expresa se traduce en la pérdida de vigencia de la norma anterior (Guerrero, 2020). Evidentemente, para que un que el cambio sea expreso, por lo menos debe indicar respecto de cuál precedente la Corte ha decidido apartarse y el porqué de tal determinación, cosa que, como ya se manifestó, no acontece en el caso en estudio. Por este motivo, la Corte Constitucional ha dicho que “la reversión de los precedentes (...) se da cuando ella se aleja de sus precedentes de forma explícita y argumentada” (Sentencia No. 109-11-IS, 2020, p. 8).

Párrafos arriba se dijo que la Corte no puede modificar sus decisiones libremente, sino justificarlas. En el caso del cambio de precedentes, dicha justificación necesariamente debe fundarse en la consideración de que el precedente anterior es errado, por lo cual deben atacarse sus fundamentos. Se puede pensar que un precedente está equivocado y que se lo debe cambiar por al menos dos razones. La primera se daría si se lo considera desactualizado por haber cambiado las circunstancias fácticas, valoraciones sociales, condiciones institucionales, entre otras. La segunda, por considerarlo antijurídico (Núñez Vaquero & Fernández Cruz, 2021).

Por su argumentación, se deduce que la Corte apreció que la anterior lectura de la Constitución era antijurídica, siendo esta la razón del cambio de precedente. Esto resulta evidente en el voto concurrente a la Sentencia No. 10-18-CN/19. En este voto, el juez Ávila (2019) mencionó que la Magistratura “para cumplir con la Constitución deberá alejarse de los precedentes que establecieron exclusivamente el control concentrado de constitucionalidad” (p. 9). Pese a esto, llama la atención que en la Sentencia No. 11-18-CN/19 (de la que el exjuez Ávila fue ponente) no se haya alejado de manera explícita de tales precedentes.

2.3.3.1.2. Derogación tácita.

Este tipo de derogación se da ante la emanación de precedentes nuevos que eventualmente resultan incompatibles con respecto a los anteriores (Núñez Vaquero & Fernández Cruz, 2021). Esto se debe a que el órgano jurisdiccional no se aparta de manera expresa de sus argumentos previos, sino que decide con base en un criterio distinto.

Sin embargo, es difícil sostener que este tipo de derogación implique la pérdida de vigencia de los precedentes anteriores (Núñez Vaquero & Fernández Cruz, 2021). Si así fuese, la obligación de justificar el abandono del precedente carecería de eficacia, afectando

a la vez la seguridad jurídica. De igual manera, ocasionaría que la creación de normas de derecho judicial se parezca más a la producción de normas de origen legislativo.

A pesar de lo dicho, y tal como sucede con la creación de leyes (Guerrero, 2020), la emisión de precedentes contradictorios es un fenómeno común e inevitable, no solo en Ecuador¹⁶, sino en todos los países¹⁷. Por eso, la inclusión de la derogación tácita dentro de la clasificación hecha por Núñez y Fernández (2021) no se debe a que sea algo jurídicamente deseable, sino más bien porque de hecho sucede y no con poca frecuencia. Tan es jurídicamente incorrecto o indeseable que la misma Corte solo reconoce la reversión como aquella que se realiza de manera expresa en los términos del numeral 3 del Art. 2 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, como lo señaló en la ya citada sentencia 109-11-IS del 2020.

2.3.3.2. Respuesta preliminar

Queda claro, entonces, que la Sentencia No. 11-18-CN/19 sería un caso de derogación o cambio tácito de precedentes y que, por lo mismo, no resulta plausible concluir que haya derogado los precedentes constitucionales emitidos sobre todo en los años 2010 y 2013. De lo contrario, la obligación de motivar el alejamiento de los precedentes carecería de eficacia. Además, estrictamente desde la lógica del derecho de creación judicial, no puede justificarse tal práctica por más habitual que sea. Tanto es así que el numeral 3 del Art. 2 de la LOGJCC establece:

Los parámetros interpretativos de la Constitución fijados por la Corte Constitucional en los casos sometidos a su conocimiento tienen fuerza vinculante. La Corte podrá alejarse de sus precedentes de **forma explícita y argumentada** garantizando la progresividad de los derechos y la vigencia del estado constitucional de derechos y justicia (negrita fuera del original).

No obstante, contra esta primera conclusión, podría argumentarse que esta incompatibilidad de precedentes debería resolverse por el principio cronológico o de temporalidad. De acuerdo con este método, propio de la solución de antinomias entre normas legales de igual jerarquía y competentes para regular una misma materia, debería aplicarse la norma posterior y no la anterior (Guerrero, 2020).

Con dicho enfoque, el precedente llamado a prevalecer sería el de la Sentencia No. 11-18-CN/19 por ser el más actual. Sin embargo, este recurso “no resuelve el problema de

¹⁶ Este tipo de sucesión de precedentes incompatibles de la Corte se ha dado, por ejemplo, respecto de la posibilidad de rechazar, mediante sentencia, acciones extraordinarias de protección por no haber cumplido requisitos de admisibilidad: en unos casos la Corte ha dicho que sí; y en otros, que no (Oyarte, Quintana, & Garnica, 2020). Así mismo, este organismo se contradijo notoriamente en las sentencias 003-10-SAN-CC y 010-15-SAN-CC, ambas presentadas por militares retirados que sufrieron discapacidades mentales, quienes habían participado en un conflicto bélico y buscaban acceder a ciertos beneficios. Sobre este último caso, puede consultarse: Aguirre, P. (2016). *El precedente constitucional*. (pp. 260-261).

¹⁷ Por ejemplo, en Colombia existen las sentencias de unificación de tutela, las cuales permiten unificar sentencias divergentes emanadas por la misma Corte Constitucional.

la arbitrariedad generada por el cambio de precedente sin una justificación racional, es decir, denota arbitrariedad” (Aguirre, 2016, p. 262). Así mismo, haría inoperante la obligación de justificar el cambio de precedente.

Por estas consideraciones, es posible concluir que el control de constitucionalidad en Ecuador sigue siendo el concentrado, debido a que los precedentes que lo instauraron no se han derogado. Sin embargo, el hecho de que dicha decisión no haya implicado tal derogatoria no quita su calidad de precedente y, como se dijo, bien podría ser aplicado. Por tal motivo, a fin de abordar el problema desde un punto de vista más pragmático, es necesario recurrir a la posición de la Corte sobre la Sentencia No. 11-18-CN/19. Para tal finalidad, se analizará la Sentencia 1116-13-EP/20, en la que el mismo Tribunal, aunque de un modo oscuro y contradictorio, parece respaldar la conclusión hasta aquí arribada, tal como se explica a continuación.

2.3.3.3. Análisis de la Sentencia No. 1116-13-EP/20

En el 2020, la Corte conformada en el 2019 de nuevo tuvo la oportunidad de analizar el modelo de control de constitucionalidad. Esta vez, con motivo de la resolución de una acción extraordinaria de protección. El caso se suscitó porque el Comité de Calificación y Control de Residencia de Galápagos denegó el permiso de residencia permanente a favor del conviviente del accionante. Esta entidad se basó, entre otros, en el Art. 222 del Código Civil que, para ese entonces (año 2012) establecía que la unión de hecho era “la unión estable y monogámica de un hombre y una mujer”. Esta norma estaba en clara contradicción con el Art. 68 de la Constitución que, en cambio, reconoce la unión de hecho entre personas del mismo sexo.

Con estos antecedentes, el accionante propuso una acción de protección, la cual fue aceptada, ordenando se conceda la residencia permanente de su conviviente. Para tal efecto, el juzgador que conoció de la causa decidió inaplicar las normas legales vigentes y, en cambio, aplicó la Constitución de forma directa. Fundamentó tal decisión en el principio de supremacía constitucional consagrado en el Art. 424 de la Constitución, según el cual los actos del poder público deben guardar conformidad con la norma suprema para tener validez.

Las autoridades apelaron esta decisión, la cual fue negada. Ante esto, se propusieron dos demandas de acciones extraordinarias de protección. El fundamento de estas fue que se vulneró el derecho a la seguridad jurídica, debido a que se inaplicaron normas vigentes, en lugar de suspender el trámite de la causa y consultar a la Corte sobre la constitucionalidad de las normas que excluían a las parejas del mismo sexo de la institución de la unión de hecho.

Casi sin motivación, y en voto de mayoría¹⁸, la Corte desestimó el cargo mencionado y con ello las demandas. En efecto, se limitó a decir que no se vulneró la seguridad jurídica,

¹⁸ Esta vez, la única jueza en votar en contra fue la Dra. Carmen Corral, de modo que hubo una votación de 8 votos a favor frente a uno en contra.

ya que los jueces constitucionales consideraron que “al caso concreto correspondía la aplicación de una norma jurídica superior, esto es, el artículo 68 de la Constitución. Para lo cual se empleó la regla de interpretación que los jueces consideraron pertinente, conforme al ordenamiento jurídico vigente” (Sentencia No. 1116-13-EP, 2020, p.7).

Por tanto, la Corte termina por aceptar de manera implícita un control difuso de constitucionalidad o, al menos, hace que la acción extraordinaria de protección pierda eficacia cuando se acuse una sentencia de vulnerar la seguridad jurídica, tal como en el caso que dio origen a la decisión en análisis. Sin embargo, otra vez lo hace sin referirse a sus precedentes del 2010, que ya habían establecido un control concentrado y que se suponía debían ser observados por todos los órganos jurisdiccionales inferiores, incluidos el juez y el tribunal que resolvieron la acción y la apelación referidas.

Aún más, tampoco menciona la Sentencia No. 11-18-CN/19, que hubiera servido para apoyar tal resolución, pues fue la que se refirió a la facultad para que los jueces inapliquen normas como un ejercicio de la aplicación directa de la Constitución. Esto parece sugerir que ni siquiera dentro de la misma Corte se ha tomado la Sentencia No. 11-18-CN/19 como un cambio de precedente.

No solo aquello, lo más interesante de la Sentencia No 1116-13-EP/20 son sus votos concurrentes. Los jueces Lozada, Ávila, Grijalva y Salazar sustentaron el primero; y Hernán Salgado, el segundo. En este último, se defendió que el control concentrado era el único en Ecuador a partir de varios de los argumentos ya analizados en la segunda parte de este trabajo. Pese a esto, desconcierta que este mismo magistrado haya votado a favor de una sentencia que implícitamente reconoce un control difuso, con la sola condición de que el juzgador que lo ejerza se base en los principios que considera pertinentes para la solución de antinomias.

En cambio, en el primer voto concurrente, se defendió la existencia de un control que al parecer sería paralelo. En efecto, estos magistrados aceptan que, pese a que podría llegar a conocer ciertos casos a través de la acción extraordinaria de protección o de la selección y revisión de sentencias de garantías jurisdiccionales, lo cierto es que “no está vigente un mecanismo que permita a la Corte conocer y pronunciarse obligatoriamente en todos los casos concretos en los cuales los jueces y juezas inapliquen normas infraconstitucionales” (Voto concurrente de los jueces Ávila, Lozada, Grijalva y Salazar respecto de la Sentencia No. 1116-13-EP, 2020, p. 16).

Después de relatar la aparente tensión de las normas constitucionales, pasan a criticar los precedentes que establecieron al control concentrado como exclusivo. También ratifican una concepción amplia de la aplicabilidad directa, el cual, según opinan, permite inaplicar normas inconstitucionales: “A nuestro juicio, la interpretación de que los jueces y juezas deben siempre elevar la consulta ante la Corte Constitucional implica además vaciar de contenido las disposiciones constitucionales sobre la aplicabilidad directa de la

Constitución” (Voto concurrente de los jueces Ávila, Lozada, Grijalva y Salazar respecto de la Sentencia No. 1116-13-EP, 2020, p. 10).

Para apoyar su argumentación citan, ahora sí, varios de los párrafos ya estudiados de la Sentencia No. 11-18-CN/19; no obstante, reconocen que, incluso habiéndose establecido en ella que los jueces que inaplican normas por considerarlas contrarias a la norma suprema no prevarican¹⁹, no se ha resuelto la tensión entre la aplicabilidad directa de la Constitución y la consulta de norma.

A fin de dar respuesta a dicho conflicto, proponen que la solución depende del tipo de disyuntiva que deba afrontar el juez sobre la inconstitucionalidad de una norma. Así, reconocen dos supuestos. El primero (casos fáciles) en los que la única interpretación posible es la de concluir que una norma es inconstitucional. Solo en este caso procedería la inaplicación de normas. Aclaran que esto se daría cuando hay “reglas constitucionales perentorias”²⁰, las cuales establecen una consecuencia específica a un determinado supuesto de hecho. Citan como ejemplo de regla perentoria al mismo Art. 68 de la Constitución que protege la unión de hecho entre personas del mismo sexo.

Los casos difíciles, en cambio, serían aquellos en los que hay una multiplicidad de interpretaciones posibles sobre la constitucionalidad o no de una norma. Solo en tales supuestos procedería la consulta de norma, a fin de que la Corte emita un pronunciamiento uniforme y generalizado sobre el asunto y así evitar interpretaciones discordantes. Se entiende que esta disyuntiva se daría ante aparentes contradicciones entre normas infraconstitucionales respecto de principios constitucionales y no en relación con reglas perentorias, puesto que, por su propia indeterminación, son aquellas las que permiten varias lecturas sobre un mismo problema jurídico.

Por tales consideraciones, los magistrados concluyen:

(...) La Constitución debe tener la plena capacidad de producir efectos jurídicos y la aplicabilidad directa es también un principio constitucional. Una interpretación sistemática y armónica de la Constitución exige que tanto la aplicabilidad directa como la consulta de norma, sean alternativas a las que los jueces y las juezas puedan acudir, dependiendo de cada caso. (CCE, Voto concurrente a la Sentencia No. 1116-13-EP, 2020, p. 16).

Ahora bien, se debe partir por el hecho de que los votos concurrentes no son vinculantes, de manera que todas estas pautas servirían, en todo caso, para una posterior consolidación a través de una sentencia unánime o por un voto de mayoría. En segundo lugar, aunque parecería que los jueces Ávila, Lozada, Grijalva y Salazar conciben a la Sentencia No. 11-18-CN/19 como el precedente que dio paso a un control difuso; lo cierto

¹⁹ Párr. 290 de la Sentencia No. 11-18-CN/19.

²⁰ Los jueces toman este concepto del voto concurrente del magistrado Alí Lozada respecto de la Sentencia No. 11-18-CN/19, emitido en junio del 2019.

es que eso no se estableció en el voto de mayoría de la Sentencia No. 1116-13-EP/20, pues, como ya se dijo, ni siquiera se la citó.

Todo esto conduce a pensar que, dentro de la misma Corte del 2019, la reversión de los precedentes que estatuyeron el control concentrado no ha tenido el apoyo suficiente. Esto resulta patente si se observa quiénes suscribieron el voto concurrente analizado. Aunque los jueces Ávila, Grijalva, Lozada, Salazar y Andrade fueron señalados como el ala progresista de la Corte Constitucional de ese entonces, el voto concurrente en análisis no fue suscrito por la Dra. Karla Andrade, pese a que sí votó a favor de la sentencia de mayoría.

Además, según ha aclarado la Corte, “el precedente se entiende como formulado respecto a todos los puntos en los que exista al menos cinco votos a favor, considerando los razonamientos expuestos en los votos concurrentes respecto a los puntos en desacuerdo” (CCE, Auto de aclaración de la sentencia 1149-19-JP, 2021, p. 8). Bajo este fundamento, después de analizar tanto la sentencia como los votos concurrentes respecto de la Sentencia 1149-19-JP, determinó que únicamente hubo un punto en el que no se logró el acuerdo requerido. Por tanto, concluyó que “la decisión genera un precedente vinculante en todos los demás aspectos” (CCE, Auto de aclaración de la sentencia 1149-19-JP, 2021, p. 8).

Siguiendo esa lógica, debido a que el razonamiento del voto concurrente analizado (que aboga por un control difuso) no obtuvo el respaldo necesario de cinco votos, tampoco se podría sostener que la Sentencia No. 1116-13-EP/20 haya significado el cambio del modelo de control de constitucionalidad, puesto que no generó un precedente vinculante en ese aspecto específico.

CAPÍTULO III. METODOLOGÍA

El método utilizado en la investigación fue el lógico de tipo hipotético - deductivo, el cual consiste en una hipótesis generada de determinadas inferencias realizadas por el investigador, las cuales se obtuvieron a partir de los conocimientos e información general, que finalmente permite determinar la aceptación o refutación de la hipótesis planteada.

3.1. Enfoque de la investigación.

El enfoque empleado para esta investigación fue el cualitativo, que es el más adecuado para la ciencia jurídica, puesto que no se realizó un análisis estadístico, sino solo doctrinal. Además, por tener este enfoque un esquema menos riguroso que el cuantitativo o mixto, permitió adaptarlo según se desarrollaba esta investigación.

3.2. Tipo de investigación

En virtud de los objetivos que pretendía alcanzar, esta investigación fue del tipo documental y descriptiva.

3.2.1. Investigación documental

Se utilizó este método de investigación, ya que la totalidad de la información fue extraída de la revisión de legislación, doctrina y jurisprudencia relacionada con el control de constitucionalidad, por lo que no hubo necesidad de recurrir a ningún tipo de técnica de recolección de datos.

3.2.2. Investigación descriptiva

En la presente investigación se utilizó el método descriptivo puesto que se pretendía describir la realidad del problema de estudio.

3.3. Diseño de la Investigación

El diseño de investigación fue el no experimental, porque no hubo la manipulación intencional de las variables, es decir, solo se analizó el problema del control de constitucionalidad en Ecuador sin ningún tipo de intervención por parte del investigador.

3.4. Hipótesis

El control de constitucionalidad que existe en Ecuador es el mixto, debido al precedente generado en la Sentencia No. 11-18-CN/19 de la Corte Constitucional del Ecuador.

CAPÍTULO IV. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

4.1. Conclusiones

1. En el debate sobre el control de constitucionalidad a raíz de la Constitución del 2008, la doctrina presentó varios argumentos tanto a favor como en contra de un control difuso. Según se revisó, la lectura a favor de un único control concentrado peca, sobre todo, de ser contraria al Art. 427 de la Constitución, pues hay formas muchas más armónicas de conciliar la tensión entre la consulta de norma y el principio de aplicabilidad directa. Así, se han propuesto otras interpretaciones del texto constitucional más sistemáticas, tales como la intermedia o la sostenida por el voto concurrente de los jueces Ávila, Lozada, Grijalva y Salazar, siendo esta última la que presenta mejores fundamentos constitucionales y legales que las otras dos.
2. La Corte Constitucional conformada en el 2019 ha dado pasos importantes pero insuficientes respecto de la admisión de un control difuso y, más que certezas, ha generado dudas. En este escenario, si bien ejercer un control difuso surge como una posibilidad dentro de la práctica judicial (gracias a la Sentencia No. 11-18-CN/19), no parece ser lo más seguro ni lo teóricamente más aceptable. Parecería que hay una inclinación por admitirlo, pero, de cualquier manera, depende de la opinión no del todo diáfana de los jueces de la Corte. Y es que esa es la incertidumbre que se genera por precedentes contradictorios en asuntos tan cruciales como el modelo de control de constitucionalidad.
3. Este trabajo investigativo partió de la hipótesis de que el modelo de control de constitucionalidad en Ecuador pasó del concentrado al mixto debido a la Sentencia No. 11-18-CN/19; sin embargo, después de haber analizado la doctrina, la jurisprudencia de la Corte Constitucional del Ecuador y la teoría sobre los cambios de precedentes no fue posible sostener dicho planteamiento. Por el contrario, se concluyó que, con base en los parámetros del derecho de creación judicial, el modelo de control sigue siendo el concentrado a cargo de la Corte Constitucional, de modo que la actuación de los órganos jurisdiccionales, en caso de encontrarse ante una norma inconstitucional, debería consistir en limitarse a suspender la tramitación de la causa y remitir en consulta el expediente a la Corte.

5.2. Recomendaciones

1. En relación con el debate producido acerca del control de constitucionalidad, se recomienda mejorar la técnica legislativa, a fin de brindar mayor seguridad jurídica. Si el constituyente no lo estableció de forma expresa, era deber del legislador resolver de forma definitiva la duda surgida sobre si se admitía o no un control difuso de constitucionalidad.
2. Se recomienda que la Corte Constitucional: 1) se aleje de manera explícita de los precedentes que instauraron un control concentrado como exclusivo, por haberse basado en una lectura antijurídica de la norma fundamental y de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional; y, 2) una vez hecho lo anterior, la Corte debería aclarar en qué casos los jueces, ante la inconstitucionalidad de una norma, deben elevarla en consulta; y en cuáles otros, simplemente inaplicarla. Para esto último, podría seguir la postura del voto concurrente de los jueces Grijalva, Ávila, Salazar y Lozada respecto de la Sentencia No. 1116-13-EP/20.
3. Es necesario que la academia se interese en afrontar la transformación que el derecho de creación judicial ha supuesto en la concepción de las fuentes nacionales de derecho. Por ello, se recomienda ahondar en los métodos de análisis de los precedentes de la Corte. De esta manera, los juristas tendrían más insumos para, por ejemplo, saber qué hacer ante casos como el estudiado en este trabajo investigativo, es decir, cómo actuar ante precedentes que resultan incompatibles debido a que la Corte no se ha alejado de forma explícita de uno de ellos.

BIBLIOGRAFÍA

- Aguirre, P. (2013). Consulta de norma: garantía de la tutela judicial efectiva. En J. Escudero, & J. Benavides. Corte Constitucional del Ecuador para el Período de Transición.
- Aguirre, P. (2016). *El precedente constitucional: la transformación de las fuentes del ordenamiento jurídico*. Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador / Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Asamblea Nacional Constituyente. (20 de octubre del 2008). Constitución de la República del Ecuador. https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_const.pdf.
- Asamblea Nacional del Ecuador. (22 de octubre del 2009). Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Registro Oficial Suplemento 52.
- Ávila, R. (2014). *Evolución de los derechos fundamentales en el constitucionalismo ecuatoriano*. En E. Ayala (Ed.). Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador. Corporación Editora Nacional.
- Ayala, E. (2014). *Rasgos históricos de la evolución constitucional del Ecuador*. En E. Ayala (Ed.). Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador. Corporación Editora Nacional.
- Bernal Pulido, C. (2005). *El derecho de los derechos*. Universidad Externado de Colombia.
- Carbonell, M. & Ferrer, E. (2014). *Los derechos sociales y su justiciabilidad directa*. Cevallos editora jurídica.
- Córdova, P. (2016). *Derecho Procesal Constitucional*. Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Corte Constitucional de Colombia. (1 de marzo del 2011). Sentencia C-122/11 [M.P. Henao, J.].
- Corte Constitucional del Ecuador. (28 de febrero del 2013). Sentencia No. 001-13-SCN-CC.
- Corte Constitucional del Ecuador. (06 de agosto del 2014). Sentencia No. 004-14-SCN-CC.
- Corte Constitucional del Ecuador. (22 de marzo del 2016). Sentencia No. 001-16-PJO-CC.
- Corte Constitucional del Ecuador. (29 de mayo del 2018). Sentencia No. 184-18-SEP-CC.
- Corte Constitucional del Ecuador. (12 de junio del 2019). Sentencia No. 10-18-CN/19 [M.P. Lozada, A].
- Corte Constitucional del Ecuador. (12 de junio del 2019). Voto concurrente a la Sentencia No. 10-18-CN/19 [M.P. Ávila, R].
- Corte Constitucional del Ecuador. (12 de junio del 2019). Sentencia No. 11-18-CN/19 [M.P. Ávila, R].
- Corte Constitucional del Ecuador. (04 de diciembre del 2019). Sentencia No. 11-19-CP/19 [M.P. Lozada, A].

- Corte Constitucional del Ecuador. (26 de agosto del 2020). Sentencia No. 109-11-IS [M.P. Lozada, A.].
- Corte Constitucional del Ecuador. (18 de noviembre del 2020). Sentencia No. 1116-13-EP [M.P. Herrería, E].
- Corte Constitucional del Ecuador. (21 de diciembre del 2021). Auto de aclaración y ampliación No. 1149-19-JP/21). [M.P. Grijalva, A].
- Corte Constitucional del Ecuador. (26 de septiembre del 2022). Sentencia No. 1219-22-EP/22 [M.P. Corral, C.]
- Corte Constitucional del Ecuador para el periodo de transición. (18 de noviembre del 2010). Sentencia N.º 055-10-SEP-CC [M.P. Zárate, E.].
- Corte Constitucional del Ecuador para el periodo de transición. (18 de marzo del 2010). Sentencia No. 001-10-SIN-CC [M.P. Pazmiño, P].
- Covián, M. (2003). El control de constitucionalidad. Fundamentos Teóricos y Sistemas de Control. En F. Serrano, & C. Arriola, *Temas selectos de Derecho Constitucional* (pp. 91-112). Instituto de Investigaciones Legislativas del Senado de la República; Universidad Nacional Autónoma de México. <http://ru.juridicas.unam.mx:80/xmlui/handle/123456789/12085>
- Díaz Bravo, E. (2016). Análisis y reflexiones sobre el control de constitucionalidad de las leyes. *Opinión Jurídica*, 15(30), 25-46. <https://doi.org/10.22395/ojum.v15n30a1>
- Dworkin, R. (2015). *Derechos, Libertades y Jueces, 2da edición*. (L. García, & M. Carbonell, Eds.) Cevallos editora jurídica. Centro de Estudios Carbonell.
- Escudero Soliz, J., & Benavides Ordóñez, J. (2020). Control concreto de constitucionalidad y matrimonio civil igualitario en Ecuador. *Revista Derecho del Estado*, 47, 145-175. doi:<https://doi.org/10.18601/01229893.n47.05>.
- Fernández, F. (2020). *El Juicio de Amparo, la Constitución de Querétaro de 1917, y Su Influjo Sobre la Constitución de la Segunda República Española. Volumen II. el Devenir Del Juicio de Amparo en el último Siglo (1917-2017)*. Dykinson, S.L.
- Gargarella, R. (2011). *La justicia frente al gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Corte Constitucional para el Período de Transición (Pensamiento jurídico contemporáneo, 3). http://bivicce.corteconstitucional.gob.ec/bases/biblo/texto/La_justicia_frente_al_gobierno_3/La_justicia_frente_al_gobierno_3.pdf
- Grijalva, A. (2014). *Historia constitucional: estudios comparativos*. (E. Ayala Mora, Ed.) Universidad Andina Simón Bolívar. Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Guastini, R. (2017). *Las fuentes del Derecho: fundamentos teóricos* (2da edición ed.). Ediciones legales.

- Guerrero, J. F. (2020). La Derogación de Normas Jurídicas y Principios de Solución de Antinomias. *Revista Ruptura*, (02), 227-252. <https://doi.org/10.26807/rr.vi02.30>
- Hamilton, A. (1957). El Federalista No. 78. In A. Hamilton, J. Madison, & J. Jay, *El federalista, 2.a ed.* (pp. 330-6). Fondo de Cultura Económica.
- Highton, E. (2011). Sistemas concentrado y difuso de control de constitucionalidad. In A. Bogdandy, M. Morales Antoniazzi, & E. Ferrer Mac-Gregor, *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un Ius constitutionale commune en América Latina?* (pp. 107-173). Universidad Nacional Autónoma de México. <http://ru.juridicas.unam.mx:80/xmlui/handle/123456789/31212>
- Núñez Vaquero, Á. (2016). Sin precedentes: una mirada escéptica a la regla del stare decisis. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho.*, 0(39), 127-156. doi:<https://doi.org/10.14198/DOXA2016.39.08>
- Núñez Vaquero, A., & Fernández Cruz, J. (2021). Creación, derogación y aplicabilidad de precedentes: a propósito de los precedentes constitucionales chilenos sobre el nasciturus. *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*(86), 291-321. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.202101.009>
- Oyarte, R. (2018). *Derecho Constitucional 3ra edición*. Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Oyarte, R. (2021). *La Acción de Inconstitucionalidad*. Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Oyarte, R., Quintana, I., & Garnica, S. (2020). *Práctica procesal constitucional*. Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Patajalo, R. (2020). *El control de constitucionalidad en Ecuador: Defensa de un control mixto*. Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. <http://hdl.handle.net/10644/8008>
- Quintana, I. (2020). *La acción de protección* (3ra ed.). Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Salgado, H. (2014). *Introducción al Derecho: un esbozo de Teoría General del Derecho* (3ra ed.). Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Salgado, H. (2017). *El sistema presidencial en América Latina: del caudillismo autocrático al hiper-presidencialismo constitucional*. Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Santofimio, J. (2018). *El concepto de convencionalidad: vicisitudes para su construcción sustancial en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Universidad Externado de Colombia.
- Storini, C., Masapanta, C., & Guerra, M. (2022). Control de constitucionalidad en Ecuador: muchas alforjas para tan corto viaje. *Foro: Revista De Derecho*, 38, 7-27. doi:<https://doi.org/10.32719/26312484.2022.38.1>

Tribunal Constitucional del Perú. (14 de noviembre del 2005). EXP. No. 3741-2004-AA/TC.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea. (9 de marzo de 1978). Asunto C-106/77.
<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/es/TXT/?uri=CELEX:61977CJ0106>