

**UNIVERSIDAD DE LAS AMERICAS**

**FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES**

**LA DECLARATORIA JUDICIAL DE INAPLICABILIDAD DE LAS NORMAS  
CONTRARIAS AL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL**

**ESTEBAN JAVIER MOSQUERA CABRERA**

**2007**

## INTRODUCCIÓN

En Occidente, existen varios sistemas que permiten el controlar la constitucionalidad de las normas y preceptos jurídicos: ¿En qué consiste cada uno de éstos?

Los Estados con los que mayor relación tiene el Ecuador: ¿Cuál de esos sistemas han adoptado? ¿Uno, o varios?

En el caso específico del Ecuador: ¿Cuál de esos sistemas ha adoptado? ¿Cómo opera el Sistema de Control Constitucional Difuso? Los abogados y jueces, ¿tienen conocimiento de ese sistema? ¿Lo han aplicado? ¿Cómo lo han aplicado? ¿Qué problemas de orden práctico se han observado? ¿Cómo ha “actuado” el Tribunal Constitucional en estos casos? Y, finalmente, ¿qué alternativas de solución se han planteado?

Cada una de las anteriores preguntas tiene su respuesta en el presente Trabajo de Titulación, respuestas a las que se ha llegado en base a un análisis, más que todo de carácter constitucional, de lo que en sí constituye el Control Difuso de la Constitucionalidad de los preceptos jurídicos, contándose con el criterio respetable de destacados constitucionalistas.

Y, recuérdese, una sociedad es civilizada cuando sus autoridades y ciudadanos, en general, respetan el sistema jurídico vigente, sobre todo su Constitución, la Madre de aquel sistema.

## CAPÍTULO I

### EL CONTROL CONSTITUCIONAL

#### 1. Relación entre Supremacía de la Constitución y Control Constitucional.

¿Por qué la Constitución prevalece sobre cualquier otra norma legal?

Para responder a esta pregunta, es preciso partir del concepto de Constitución.

José Reynaldo Vanossi dice, desde el punto de vista político, que “toda Constitución consiste en un conjunto de reglas de competencia, mediante las cuales el Poder Constituyente organiza o reorganiza el aparato estatal y fija las relaciones de éste y el cuerpo social”<sup>1</sup>. En cambio, Hans Kelsen, más jurista que político, consideró a la Constitución como “la norma o normas positivas que regulan la producción de las normas jurídicas generales..., y que constituyen el fundamento jurídico – positivo de todo el orden jurídico estatal”<sup>2</sup>.

Uniendo ambos conceptos, se podría decir entonces que una Constitución da origen y organiza a un Estado, limita el ejercicio del poder otorgando atribuciones específicas, limitadas y taxativas a quienes lo ejercen, y, al mismo tiempo, limitando ese ejercicio del poder, reconoce y garantiza los derechos y libertades fundamentales. En definitiva, por medio de sus disposiciones, las cuales en su conjunto constituyen un sistema, sienta las bases de la organización política y social de una sociedad determinada, **constituyendo** la columna vertebral o, si se quiere, la piedra angular de otro gran sistema que es el ordenamiento jurídico de un Estado. Por ello la necesidad de que los preceptos jurídicos de menor jerarquía se enmarquen y guarden concordancia

---

<sup>1</sup> A. Vanossi, José Reynaldo, El Estado de Derecho en el Constitucionalismo Social, Buenos Aires, 2000, p. 92.

<sup>2</sup> Kelsen, Hans, Teoría General del Derecho y del Estado, México, 1969, pp. 232 - 233

absoluta con ésta, porque de lo contrario se rompería o fraccionaría ese sistema, y reinaría el anarquismo, el autoritarismo, o, en última instancia, el caos. Por todo lo anteriormente afirmado, que reviste gran importancia, es que la Constitución es Ley Suprema, o Ley de Leyes, o como se la quiera llamar.

Ya lo dice Vladimir Naranjo Mesa:

La Supremacía de la Constitución resulta, pues, del hecho de ser *el primer fundamento del orden jurídico* y del Estado; ella es la fuente del orden estatal entero, y hace que todo lo demás, dentro de la vida del Estado, sea de determinada manera y no de otra diferente<sup>3</sup>.

Y es por esa gran importancia que tiene en una sociedad, que se hace necesario que alguien se encargue de velar por que ésta prevalezca frente a preceptos jurídicos de menor jerarquía. Así nace el Control Constitucional. De qué sirve afirmar la supremacía constitucional como garantía frente al poder, si no se establece un mecanismo que vele por esa supremacía. La Constitución por sí sola no va a velar por su supremacía. He aquí la relación entre Supremacía Constitucional y Control Constitucional. Ese Principio de Supremacía Constitucional se garantiza por medio de un sistema de control de los preceptos jurídicos de menor jerarquía establecido por la propia Constitución, sistema que varía dependiendo de la doctrina admitida por cada Estado.

## **2. Sistemas de Control Constitucional en Occidente.**

### **2.1. Control Constitucional Difuso o Desconcentrado.**

En este sistema, corresponde al Poder Judicial y, en particular, a cualquier juez, el controlar la constitucionalidad de las leyes o disposiciones, de cualquier

---

<sup>3</sup> Naranjo Mesa, Vladimir, Teoría Constitucional e Instituciones Políticas, S. F. de Bogotá, 1997, p. 381.

naturaleza que emanen del legislativo o ejecutivo. Tiene su origen en los Estados Unidos de América, en donde se lo conoce como “*judicial review of legislation*”, siendo su fundamento jurisprudencial la sentencia dictada, en febrero de 1803, por la Corte Suprema Federal presidida por el juez John Marshall, en el caso *Marbury v. Madison*, en base a una interesante interpretación de los artículos 3, Sección Segunda, número 1 y 6 número 2 de la normativa constitucional federal de aquel país. Gracias a esa sentencia, y a muchas otras, posteriores a la misma, las cortes **federales** controlan la constitucionalidad de las leyes **federales** y **estatales**, en relación a la Constitución **Federal**; y, las cortes **estatales**, la constitucionalidad de las leyes **estatales**, en relación a la Constitución **estatal**, del respectivo Estado, y a la Constitución **Federal**. Pero, a nivel **estatal**, “la última decisión sobre la constitucionalidad de una ley **estatal**, en relación a la Constitución **estatal**, corresponde a la Alta Corte de Apelaciones del respectivo Estado, usualmente conocida como Corte Suprema” <sup>4</sup>; mientras que, a nivel **federal**, “la última decisión sobre la constitucionalidad de las leyes **federales** y **estatales**, en relación a la Constitución **Federal**, corresponde a la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América” <sup>5</sup>. A las cortes no les está permitido modificar el sentido de la norma declarada inconstitucional ni desecharla del ordenamiento jurídico, pero lo que sí pueden hacer es persuadir, ya sea al legislativo o al ejecutivo, a que revisen la norma declarada inconstitucional, para que la modifiquen a fin de que concuerde con la Constitución.

---

<sup>4</sup> [http://en.wikipedia.org/wiki/Judicial\\_review](http://en.wikipedia.org/wiki/Judicial_review)

<sup>5</sup> *Ibid.*

Como se puede ver, el principio del “*stare decisis*” juega un papel fundamental en este sistema de control constitucional, ya que lo resuelto por las Cortes Inferiores debe guardar absoluta concordancia con lo resuelto por las Cortes Superiores, en casos similares, produciendo la declaratoria de inconstitucionalidad efectos inter partes, mas no erga omnes.

Ahora bien, para que una corte pueda declarar la inconstitucionalidad de una ley federal o estatal:

- 1) Debe ser pedida por una de las partes en el proceso;
- 2) El juez, tribunal o corte debe tener absoluta certeza de que la misma es inconstitucional; y,
- 3) Debe ser declarada sólo si la declaratoria de inconstitucionalidad es necesaria para resolver el caso.

Este sistema provocó en principio la reacción, a veces violenta, de los Estados que veían afectada su “soberanía” a pesar de haber ratificado la Constitución Federal, y la reacción enérgica de los republicanos, que defendían la tesis de la “soberanía parlamentaria” en el control de la constitucionalidad de las leyes. Pero, a lo largo de los años el mismo se consolidó, a tal punto que no cabe duda de su existencia en estos días y, es más, ha causado admiración entre los ciudadanos de aquel país.

Argentina es uno de los países en el mundo que ha adoptado este Sistema de Control Constitucional.

## **2.2. Control Constitucional por un Órgano Político.**

A diferencia absoluta del Control Constitucional Difuso o Desconcentrado antes analizado, en el cual se le confía al Poder Judicial el control de la

constitucionalidad de los preceptos jurídicos; en la Francia de los últimos años del siglo XVIII y primeros del siglo XIX, había un sentimiento generalizado de “antijudicialismo”<sup>6</sup>, como consecuencia de la actitud asumida por los jueces en los últimos días del absolutismo, lo cual generó un sentimiento de desconfianza hacia ellos por parte de los revolucionarios franceses, por la posible reacción de los primeros ante el nuevo orden que se pretendía establecer. Ello contribuyó, en parte, al surgimiento y posterior desarrollo de las doctrinas referentes a: La Separación de los “Poderes”, la soberanía absoluta de la Ley (aún por sobre la propia Constitución), la facultad de interpretación de la misma y, principalmente, la relativa al control de la constitucionalidad de la Ley por parte de la Asamblea Nacional.

En cuanto a la doctrina de Separación de “Poderes”, influidos por el pensamiento de Locke y Montesquieu, los revolucionarios la consideraron como el mejor mecanismo para evitar el que se vuelva a repetir lo ocurrido durante el Absolutismo: la concentración de “poderes” en una sola personal, la cual hacía y deshacía todo a su voluntad. Llegaron a establecer en reglas claras, aunque no de manera adecuada, las atribuciones que tendría cada poder (entiéndase Funciones) del Estado, en un sistema de pesos y contrapesos entre éstos, para garantizar así la libertad de los individuos y evitar el despotismo.

En cuanto a la soberanía absoluta de la Ley, era lógico que la consideren como tal, ya que representaba la “expresión de la voluntad general”<sup>7</sup>, voluntad general que la manifestaba la Asamblea Nacional en representación del **pueblo**

---

<sup>6</sup> Término utilizado por Roberto Blando Valdés, en su libro *El Valor de la Constitución*, p. 239.

<sup>7</sup> Expresión tomada de la [www.conseil-constitutionnelle.fr/languages/espagnol/mission.htm](http://www.conseil-constitutionnelle.fr/languages/espagnol/mission.htm), que corresponde a Jean-Jacques Rousseau.

francés. No es que en ese tiempo no haya habido una Constitución en Francia, la hubo; pero en la mayoría de revolucionarios franceses no caló el Principio de Supralegalidad de la Constitución, como ocurrió en los Estados Unidos de América, debido al concepto erróneo que tenían de ésta (de la Constitución), al considerarla como algo parecido a un “contrato” que se negociaba entre el pueblo y su Rey, ganando ambas partes derechos y obligaciones, algo inadmisibles, dado que recién habían salido de un régimen monárquico y, si se la aceptaba, se habría estado: 1) Aceptando la existencia de un monarca; y, 2) Superponiendo a la voluntad del pueblo (Ley), la voluntad, en parte, del Rey. Por lo tanto, la Constitución fue más de carácter figurativo. En el nuevo orden de cosas que se pretendía establecer, sólo cabía la voluntad del pueblo manifestada a través de la Ley.

En cuanto a la tercera doctrina antes mencionada, en Francia siempre se la consideró vinculada a la Función Legislativa, por la desconfianza que había en contra de los jueces, siendo oportuno distinguir entre la interpretación reglamentaria (de exclusividad absoluta del Legislativo, con efectos generales y obligatorios) y la interpretación facultativa o in concreto (de exclusividad del Poder Judicial en la resolución de un caso concreto). Hubo constituyentes y doctrinarios que, inicialmente, se opusieron rotundamente a la interpretación facultativa, pero terminó por aceptársela, porque de lo contrario cómo iban a aplicar los jueces la ley para resolver un caso que se les presentaba.

En cuanto al control de la constitucionalidad de la Ley, prácticamente en Francia no hubo aquello sino a partir de 1958, debido a que entre las atribuciones inadecuadas que tuvo la Asamblea Nacional, durante más de siglo



y medio, estaba el controlar la constitucionalidad de las leyes, y su actuar, en ese sentido, daba mucho que desear, ya que declaraba como constitucional a una ley aprobada por ella misma abiertamente inconstitucional o, lo que es peor, muchas veces pasaba por alto el principio de Supralegalidad de la Constitución, por lo anteriormente manifestado. Pero esa falacia terminó en 1958, año en que la nueva Constitución estableció un Comité o Consejo Constitucional al cual, a pesar de ser un órgano ajeno al Parlamento francés y a las dos restantes Funciones del Estado, se lo ha calificado de todas formas como un Órgano Político, debido a la forma en cómo son elegidos sus nueve miembros: tres por el Presidente de la República, tres por el Presidente de la Asamblea Nacional y tres por el Presidente del Senado, a más de que son miembros vitalicios, los ex – Presidentes de la República de aquel país. De todas maneras, han procurado que sus miembros sean personas con conocimientos en materia jurídica y política, pero ello no ha contribuido a que disminuyan las críticas.

En cuanto a cómo opera este sistema, el Comité Constitucional, antes de que una ley orgánica sea promulgada, o antes de que un reglamento de la Asamblea Parlamentaria sea aplicado, debe pronunciarse sobre la conformidad de éstos con la Constitución. En los demás casos, es decir, en las demás clases de leyes, debe pronunciarse en aquel mismo sentido, sólo si éstas, antes de su promulgación, son presentadas para su análisis ya sea por el Presidente de la República, el Presidente del Senado o el Presidente de la Asamblea Nacional.

Si una ley o reglamento es declarado inconstitucional, no puede ser promulgada o aplicado. Pero frente a una ley vigente, la Constitución no puede oponerse, por lo que se sobrentiende que el Comité Constitucional no puede controlar la constitucionalidad de leyes vigentes. Es por ello, que la característica fundamental de este sistema, en relación a los otros, reposa en su prevención, es decir, siempre se lo efectúa antes de que una ley o reglamento entre en vigencia, nunca después.

Cabe anotar que, a más de controlar la constitucionalidad de los preceptos jurídicos, el Consejo Constitucional “regula las grandes consultas políticas”<sup>8</sup>, lo cual fortalece su calificativo de político.

Este sistema de control de la constitucionalidad de la Ley, ya sea por el Parlamento o por un Consejo o Comité Constitucional (ambos son independientes, pero de carácter político), ha sido adoptado principalmente por los países de tendencia socialista.

### **2.3. Control Constitucional Concentrado o del Sistema Europeo Continental.**

Este sistema de control constitucional tiene su origen en Austria (1920), en oposición al sistema difuso o desconcentrado, y su principal promotor fue Hans Kelsen. Consiste en la centralización o concentración del control de constitucionalidad de los preceptos jurídicos en un órgano especializado (Tribunal o Corte Constitucional), independiente de las tres funciones del Estado, con el objeto de “asegurar... la división de poderes constitucionalmente establecidos y la depuración del ordenamiento”<sup>9</sup>, en base a un proceso

---

<sup>8</sup> [www.conseil-constitutionnelle.fr/languages/espagnol/composi.htm](http://www.conseil-constitutionnelle.fr/languages/espagnol/composi.htm)

<sup>9</sup> Hernán Alejandro Obando, Capítulo VI, Derecho Constitucional e Instituciones Políticas, Bogotá D.C., 2000, p. 401.

específico, con efectos erga omnes (generales) y eo ipso (anulación definitiva de la norma o precepto declarado inconstitucional).

El mecanismo para la conformación o integración de aquel Tribunal o Corte difiere según el Estado de que se trate, pero Néstor Pedro Sagües considera que el mismo “debe estar integrado con magistrados designados con participación del Poder Legislativo, y por períodos limitados, a fin de guardar cierta correspondencia ideológica con los cambios políticos operados en la sociedad y proyectados al Parlamento”<sup>10</sup>.

Aunque lo manifestado anteriormente constituye, por decirlo así, la opinión mayoritaria de los que defienden a éste sistema, también hay un importante número de juristas que considera a aquel mecanismo de conformación o integración, como muy vulnerable e, incluso, cuestionable, hasta cierto punto, ya que como lo afirma el jurista español Hipólito Gómez de las Rocas: “... es claro que puede decirse del T.C. que es un órgano judicialista, pero convendría no ignorar el fuerte componente político que hay en lo que podríamos llamar su estructura biológica, lo que en absoluto es denunciar una deficiencia”<sup>11</sup>, deficiencia que puede resultar al momento de resolver en base a consideraciones más políticas que jurídicas, constituyendo aquello un arma de doble filo, ya que siempre lo político, debe someterse a lo jurídico, jamás lo contrario.

En cuanto a cómo opera este sistema, el control de la constitucionalidad puede ser preventivo o a posteriori; abstracto o concreto.

---

<sup>10</sup> Néstor Pedro Sagües, Capítulo V, Elementos de Derecho Constitucional, Buenos Aires, 1999, p. 173.

<sup>11</sup> Gil Barragán Romero, El Control Constitucional, Temas de Derecho Constitucional, Quito, 2003, p. 79.

El control constitucional es preventivo, cuando se lo efectúa antes de que la norma o precepto entre a formar parte del sistema jurídico interno, algo muy similar a lo que ocurre en el Sistema de Control Constitucional por un Órgano Político. Esta clase de control es aceptable, por ejemplo, en el caso de que sean tratados o convenios internacionales, dadas las implicaciones de carácter internacional que podría acarrear la anulación de un tratado o convenio internacional por ser inconstitucional, después de que ha sido suscrito y ratificado por la autoridad competente del Estado. Pero en lo demás, esta especie de control constitucional concentrado genera series dudas, ya que el mismo puede politizarse.

El control constitucional es a posteriori, cuando se lo efectúa una vez que el precepto jurídico ha sido promulgado conforme a la ley, y tiene vigencia en el sistema jurídico interno. Este tipo de control se subdivide en: Control Constitucional Concentrado Abstracto y Control Constitucional Concentrado Concreto.

El Control Constitucional Concentrado es Abstracto cuando, el control de la constitucionalidad de un precepto jurídico es impulsado por el órgano al que la Constitución o la Ley dan la facultad de presentar demandas o recursos de inconstitucionalidad ante el Tribunal o Corte Constitucional, para que los resuelvan.

El Control Constitucional Concentrado es Concreto o Incidental cuando el juez, al momento de resolver un caso concreto, observa que un precepto jurídico aplicable al mismo es inconstitucional, por lo que presenta al Tribunal o Corte

Constitucional los cuestionamientos (cuestión de inconstitucionalidad), y suspende la resolución de la causa hasta que éste resuelva.

**CAPITULO II**  
**DERECHO COMPARADO**  
**EL CONTROL CONSTITUCIONAL EN COLOMBIA, ESPAÑA Y PERÚ**

**3. El Control Constitucional en Colombia.**

En este país, el control constitucional compete a los siguientes órganos de la Rama Judicial:

- Corte Constitucional;
- Consejo de Estado;
- Tribunales Administrativos Departamentales; y,
- Jueces y Tribunales.

**1) Control Constitucional por parte de la Corte Constitucional:**

En Colombia, “a la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución”<sup>12</sup>, siendo el principal órgano de control constitucional, pero no el único. Actualmente se encuentra conformada por nueve magistrados elegidos por el Senado de la República, para períodos individuales de 8 años, sin posibilidad de reelección, de sendas ternas enviadas: tres por el Presidente de la República, tres por la Corte Suprema de Justicia y tres por el Consejo de Estado.

**Competencia.-**

Tiene competencia para conocer y resolver las **acciones de inconstitucionalidad o inexecutablez** que presente cualquier ciudadano colombiano:

---

<sup>12</sup> Artículo 241 de la Constitución colombiana.

- a) Contra los actos reformativos de la Constitución, cualquiera que sea su origen, sólo por vicios de procedimiento en su formación;
- b) Contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación; y,
- c) Contra los decretos con fuerza de ley dictados por el Gobierno con fundamento en los artículos 150 numeral 10 y 341 de la Constitución, por su contenido material o por vicios de procedimiento en su formación.

De **oficio**, tiene competencia para:

- a) Resolver sobre la constitucionalidad de la convocatoria a un referendo o a una Asamblea Constituyente para reformar la Constitución, sólo por vicios de procedimiento en su formación;
- b) Resolver sobre la constitucionalidad de los referendos sobre leyes y consultas populares y plebiscitos del orden nacional. Éstos últimos sólo por vicios de procedimiento en su convocatoria y realización; y,
- c) Resolver sobre la constitucionalidad de los decretos legislativos que dicte el Gobierno con fundamento en los artículos 212, 213 y 215 de la Constitución.

También ejerce un **control previo**, por cuanto conoce y resuelve:

- a) Las objeciones de inconstitucionalidad presentadas por el Gobierno contra **proyectos** de ley o **proyectos** de leyes estatutarias, ya sea por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación; y,

b) La exequibilidad de los Tratados Internacionales y de las leyes que los aprueben, pudiendo cualquier ciudadano colombiano intervenir en la defensa o impugnación de éstos.

De acuerdo con el Art. 86 inciso segundo de la Constitución colombiana, la Corte Constitucional también tiene competencia para revisar, **eventualmente**, los fallos que se emitan como consecuencia de haber propuesto, cualquier persona, una acción de tutela. Esa revisión queda a consideración de la Corte, por lo que no está obligada a ello.

En cuanto a los fallos de inconstitucionalidad que dicta la Corte Constitucional, éstos tienen el carácter de cosa juzgada constitucional, lo cual quiere decir que:

- Ninguna autoridad puede reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexecutable por razones de fondo, mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución<sup>13</sup>; y,
- “No cabe recurso alguno en contra de éstos”<sup>14</sup>.

En cuanto a los efectos que producen los fallos dictados por aquel órgano, se encuentran los siguientes:

- Efecto *Erga omnes*, que quiere decir, **Obliga a todos**;
- En caso de que en el fallo se declare la inconstitucionalidad o inexecutable de cualquiera de los preceptos jurídicos antes mencionados, produce la eliminación del ordenamiento jurídico de aquel precepto; y,

---

<sup>13</sup> Artículo 243 inciso segundo de la Constitución colombiana.

<sup>14</sup> Artículo 49 del Decreto 2067 de 1991.



- Efectos para el futuro (desde que se declara la inconstitucionalidad o inexecutable en adelante) o retroactivos (incluidas situaciones jurídicas anteriores a la declaratoria de inconstitucionalidad o inexecutable). Esto queda a consideración de la Corte Constitucional.

## **2) Control Constitucional por parte del Consejo de Estado y los Tribunales Administrativos Departamentales:**

El Consejo de Estado es un “órgano consultivo del Gobierno y máximo Tribunal de la Jurisdicción Contencioso Administrativa”<sup>15</sup>, actualmente integrado por 27 consejeros nombrados por la propia corporación que, en Pleno y en materia constitucional, tiene competencia para conocer, únicamente, “las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponde a la Corte Constitucional”<sup>16</sup>, es decir, de todos los “decretos reglamentarios y ejecutivos”<sup>17</sup>. Mientras que:

“Les corresponde a los tribunales administrativos departamentales fallar en los procesos de constitucionalidad contra las ordenanzas y los acuerdos de las asambleas departamentales y los concejos municipales, así como resolver sobre las demandas de executable de los actos de los gobernadores y los alcaldes”<sup>18</sup>.

La acción de nulidad por inconstitucionalidad tiene por objeto garantizar la supremacía de la Constitución frente a los actos administrativos del

<sup>15</sup> <http://docencia.udca.edu.co/derecho/constitucion>

<sup>16</sup> Artículo 237 de la Constitución colombiana.

<sup>17</sup> Naranjo Mesa, Vladimir, *Teoría Constitucional e Instituciones Políticas*, Bogotá, 1997, p. 401.

<sup>18</sup> Ibid.

Gobierno Nacional, Departamental o Municipal, según el caso, por lo que puede ser ejercida por cualquier ciudadano colombiano siempre y cuando, entre el precepto jurídico impugnado y la Constitución, no exista Ley alguna, porque de lo contrario sería viable proponer, únicamente, acción de nulidad por ilegalidad, lo cual es de carácter Contencioso Administrativo, más no Constitucional. En definitiva, si la relación es Constitución – Acto Administrativo, cabe acción de nulidad por inconstitucionalidad, actuando el Consejo de Estado y Tribunales Administrativos Departamentales como órganos controladores de la supremacía constitucional, pero si la relación es Constitución – Ley – Acto Administrativo, cabe acción de nulidad por ilegalidad, por lo que el Consejo de Estado y Tribunales Administrativos Departamentales actuarían como órganos de lo contencioso administrativo. Entonces, para concluir, la acción que se quiera proponer depende del precepto jurídico inmediato superior al acto administrativo de que se trate. Los efectos que produce la declaratoria de nulidad por inconstitucionalidad, son:

- *Erga omnes* (**obliga a todos**); y,
- La anulación del acto administrativo declarado inconstitucional (Deja de existir en el ordenamiento jurídico).

### **3) Control Constitucional por parte de los Jueces y Tribunales.**

#### **Excepción de Inconstitucionalidad.-**

Es la facultad que tiene “el juez o autoridad que conoce un determinado asunto de declarar inaplicable una ley en el momento de resolver el caso

concreto”<sup>19</sup>, por considerarla contraria a la Constitución, sin que aquella desaparezca del ordenamiento jurídico. Tiene su fundamento en el artículo 4 inciso primero de la Constitución colombiana, que dice:

**Artículo 4.-** La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales.

Una vez que el juez o autoridad ha declarado la inaplicabilidad de una ley, debe poner en conocimiento de ello a la Corte Constitucional, con los motivos sobre los cuales fundó su decisión, para que ésta última resuelva con el carácter de definitivo y con efecto *erga omnes*, es decir, que declare o no la inconstitucionalidad o inexecutablez de aquel precepto.

#### **Acción de Tutela.-**

En Colombia, a la acción de tutela, conocida en la generalidad de los países latinoamericanos como acción de amparo, se la considera como una modalidad de control constitucional, por varias manifestaciones en tal sentido por parte de la Corte Constitucional, fundamentándose en la finalidad de este tipo de acción, que consiste en “la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales de cualquier persona, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública”<sup>20</sup>. Esta acción puede ser propuesta ante cualquier juez de primera instancia, siempre y cuando “el afectado no

---

<sup>19</sup> <http://docencia.udea.edu.co/derecho/constitucion/control.no-accion.html>

<sup>20</sup> Artículo 86 inciso primero de la Constitución colombiana.

disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio inmediato”<sup>21</sup>.

De aceptar el juez la solicitud, emite una orden de inmediato cumplimiento, en la cual solicita al demandado que actúe o se abstenga de actuar en tal sentido. La decisión, cualquiera que ésta fuere, puede ser apelada ante el tribunal inmediato superior y, **eventualmente**, pasar a conocimiento de la Corte Constitucional para que revise lo actuado.

### **3.1. Aspectos positivos y negativos del Control Constitucional en Colombia.-**

#### **Aspectos Positivos:**

- a) El control de la constitucionalidad de los preceptos jurídicos compete a la Rama Judicial;
- b) Cualquier ciudadano colombiano puede presentar acciones (demandas) de inconstitucionalidad o inexecutable, o acciones (demandas) de nulidad por inconstitucionalidad, ante los órganos competentes de la Función Judicial;
- c) La excepción de inconstitucionalidad como mecanismo de control constitucional; y,
- d) La facultad de la Corte Constitucional de resolver, **de oficio**, la constitucionalidad de ciertos preceptos jurídicos, aunque sería bueno que lo fuera de todos.

#### **Aspectos negativos.-**

- a) El control de la constitucionalidad de los preceptos jurídicos no se concentra en un solo órgano de la Rama Judicial, sino en varios;

---

<sup>21</sup> Artículo 86 inciso tercero de la Constitución colombiana.

- b) Los magistrados de la Corte Constitucional no son vitalicios;
- c) La atribución que tiene la Corte Constitucional de conocer y resolver las objeciones de inconstitucionalidad presentadas por el Gobierno Nacional contra los **proyectos** de ley o **proyectos** de leyes estatutarias;
- d) El hecho de que se le considere a la acción de tutela como una modalidad de control de la constitucionalidad;
- e) La facultad de la Corte Constitucional de determinar los efectos temporales de la declaratoria de inconstitucionalidad, es decir, si ésta sólo produce efectos a futuro, o también retroactivos; y,
- f) La Corte Constitucional no es un órgano de consulta en materia constitucional.

#### **4. El Control Constitucional en España.**

El Tribunal Constitucional de España es el único órgano que tiene competencia para controlar la constitucionalidad de los preceptos jurídicos en aquel país. Se compone de 12 miembros nombrados por el Rey (Jefe de Estado), de la siguiente forma: cuatro a propuesta del Congreso con mayoría de tres quintos de sus miembros; cuatro a propuesta del Senado, con idéntica mayoría; dos a propuesta del Gobierno; y dos a propuesta del Consejo General del Poder Judicial. Éstos duran nueve años en sus cargos y se renuevan por terceras partes cada tres.

En materia de control de la constitucionalidad de los preceptos jurídicos, conoce y resuelve:

a. El recurso de inconstitucionalidad, el cual se lo puede plantear en contra de los siguientes preceptos jurídicos, una vez que han sido publicados en el Boletín Oficial del Estado:

- Los Estatutos de Autonomía y demás Leyes orgánicas;
- Las demás leyes, disposiciones normativas y actos del Estado con fuerza de Ley (se incluyen los Decretos – ley y Decretos legislativos);
- Los Tratados Internacionales;
- Los Reglamentos de las Cámaras y de las Cortes Generales;
- Las leyes, actos y disposiciones normativas con fuerza de Ley de las Comunidades Autónomas; y
- Los Reglamentos de las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas.

Están legitimados para presentar este recurso:

- El Presidente del Gobierno;
- El Defensor del Pueblo;
- 50 Diputados;
- 50 Senadores; y,
- Los órganos colegiados ejecutivos de las Comunidades Autónomas y, en su caso, las Asambleas de las mismas.

El Tribunal, al dictar sentencia, puede estimar o desestimar el recurso planteado. Lo estima, cuando declara la inconstitucionalidad, sea total o parcial del precepto jurídico impugnado, lo desestima, cuando lo rechaza o no declara la inconstitucionalidad. El desestimar, constituye un impedimento para que se vuelva a plantear, posteriormente, un recurso de

inconstitucionalidad o una cuestión de inconstitucionalidad en contra de aquel precepto jurídico, por la misma supuesta infracción a la Constitución.

La declaratoria de inconstitucionalidad de un precepto jurídico produce los siguientes efectos:

- Anula el/los preceptos jurídicos impugnados, por lo que éstos son eliminados del ordenamiento jurídico español;
  - Declara igualmente la inconstitucionalidad de aquellos otros a los que éste se extiende por conexión o consecuencia;
  - A futuro. Pero permite revisar aquellos procesos fenecidos en materia penal o contencioso – administrativo, cuando resulte una reducción de la pena o de la sanción o una exclusión, exención o limitación de responsabilidad;
  - Tiene el valor de cosa juzgada, por lo que no cabe plantear en contra de aquella recurso alguno, ni demandar de nuevo la inconstitucionalidad de aquel precepto jurídico;
  - Vincula a todos los poderes públicos; y,
  - “Erga omnes”, es decir, se la aplica a todos, sin excepción alguna.
- b. El recurso de amparo por violación de derechos y libertades referidos en el artículo 53.2 de la Constitución, es decir, aquellos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo II de la misma, así como la objeción de conciencia (objeción para no cumplir con el servicio militar obligatorio) reconocida en el Art. 30 de la Constitución.

Este recurso se lo plantea en contra de actuaciones judiciales que niegan la acción ordinaria tendiente a proteger los derechos y libertades vulnerados

como consecuencia de actuaciones administrativas, actos parlamentarios sin fuerza de Ley (Decisiones o actos emanados de las Cortes, o de cualquiera de sus órganos, o de las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas, o de cualquiera de sus órganos) y disposiciones, actos jurídicos o simple vía de hecho de los poderes públicos del Estado, las Comunidades Autónomas y demás entes públicos de carácter territorial, corporativo o institucional, así como de sus funcionarios o agentes.

El que lo plantea, pretende que se restablezca o preserve sus derechos y libertades fundamentales, vulnerados como consecuencia de los preceptos jurídicos antes mencionados, previa observancia de los siguientes requisitos:

- a) Haber agotado todos los recursos para la protección de sus derechos y libertades por vía judicial;
- b) Que la violación de sus derechos y libertades sea producto directo de una acción u omisión de un órgano judicial; y,
- c) Haber invocado durante el proceso judicial, la violación de sus derechos y libertades tan pronto como éstos ocurrieron.

Si el Tribunal Constitucional otorga el amparo, la sentencia debe contener:

- a) La declaración de nulidad de la decisión, acto o resolución que haya impedido el pleno ejercicio de los derechos y libertades del protegido;
- b) El reconocimiento del derecho y libertad, de conformidad con el contenido constitucionalmente declarado; y,
- c) El restablecimiento al recurrente en la integridad de su derecho con la adopción de las medidas apropiadas, en su caso, para su conservación.



En caso de que la actuación legislativa, administrativa o judicial impugnada, se hubiere fundamentado en una disposición legal que lesionaba derechos y libertades públicas, y la Sala del Tribunal Constitucional concedió el amparo, ésta debe elevar a conocimiento del Pleno aquello, para que éste, en nueva sentencia, declare la inconstitucionalidad de dicha Ley.

- c. La constitucionalidad de los Tratados Internacionales que contengan estipulaciones contrarias a la Constitución, previo requerimiento del Gobierno o de ambas Cámaras. En este caso, el Tribunal Constitucional debe emplazar al solicitante y a los restantes órganos legitimados, para que expresen su opinión fundada sobre la cuestión, y, también, "puede solicitar a otras personas físicos o jurídicas u otros órganos del Estado o de las Comunidades Autónomas, cuantas aclaraciones, ampliaciones o precisiones estime necesarias"<sup>22</sup>, antes de pronunciarse.
- d. Las cuestiones de inconstitucionalidad presentadas por un órgano judicial cuando, de oficio o a petición de parte, considera que cualquiera de los preceptos jurídicos señalados en la letra a. de este número y que deben aplicarse en el proceso, vulneran las disposiciones constitucionales.

Estas cuestiones se dan "debido a que los jueces no pueden por sí mismos declarar inconstitucionales **ni dejar de aplicar** las normas con **rango de ley** que a su juicio son contrarias a la Constitución"<sup>23</sup>, pero si pueden inaplicar aquellas "normas jerárquicamente inferiores a la ley, o leyes anteriores a la

---

<sup>22</sup> Artículo 78.3 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional

<sup>23</sup> Bastida, Francisco J. y Requejo, Juan Luis, Cuestionario Comentado de Derecho Constitucional, Barcelona, 1999, p 149.

Constitución, que deben considerarse derogadas sobre la base de lo dispuesto en la disposición derogatoria de la Constitución”<sup>24</sup>.

La cuestión de inconstitucionalidad no constituye “una vía para que el juez o Tribunal ordinario esclarezca sus dudas y así se dé una solución más adecuada al ordenamiento constitucional”<sup>25</sup>, sino que es una suerte de colaboración por parte de la justicia ordinaria en la depuración del ordenamiento jurídico, a través de los casos concretos.

De acuerdo con el artículo 163 de la Constitución española, la cuestión de inconstitucionalidad en ningún caso puede producir efectos suspensivos, es por ello que se la resuelve, en caso de que haya sido solicitada por una de las partes, al momento de dictar sentencia.

Para que un juez pueda presentar la cuestión de inconstitucionalidad al Tribunal Constitucional debe, previamente, oír los alegatos de las partes y del Ministerio Público y, posteriormente, resolver mediante auto si plantea tal cuestión. Ese auto no es objeto de recurso alguno y debe señalar:

- a) La Ley o norma con fuerza de Ley cuya constitucionalidad se cuestiona;
- b) El precepto constitucional que se supone infringido; y,
- c) En qué medida la decisión del proceso depende de la validez de la norma en cuestión.

Una vez que el Tribunal Constitucional tiene conocimiento de la cuestión de inconstitucionalidad, debe dar traslado de ésta al Congreso de los Diputados, al Senado, al Presidente del Gobierno, al Fiscal General del

---

<sup>24</sup> Blanco Valdés, Roberto, Introducción a la Constitución de 1978, Madrid, 1998, p. 208.

<sup>25</sup> Bastida, op. cit., 149.

Estado y a los órganos ejecutivos y legislativos de las Comunidades Autónomas, de ser el caso, para que aleguen sobre la cuestión planteada.

Posteriormente, el Tribunal debe dictar sentencia y poner en conocimiento del órgano judicial que presentó la cuestión, de la declaratoria de constitucionalidad o inconstitucionalidad del precepto jurídico, con efectos vinculantes para éste. Del mismo modo, el órgano judicial debe notificar a las partes con la sentencia dictada por el Tribunal.

#### **4.2. Aspectos positivos y negativos del Control Constitucional en España.-**

##### **Aspectos positivos:**

- a) El control de la constitucionalidad de los preceptos jurídicos se concentra en un solo órgano, el Tribunal Constitucional.

##### **Aspectos negativos:**

- a) El Tribunal Constitucional de España no es un órgano judicial;
- b) Los miembros del Tribunal Constitucional no son vitalicios;
- c) El hecho de que el Tribunal Constitucional controle la constitucionalidad de los Tratados Internacionales aún no consentidos por el Estado español, **sólo** por requerimiento del Gobierno o de las Cámaras, y no como un requisito previo para que éstos pasen a formar parte del ordenamiento jurídico español;
- d) El hecho de que en la cuestión de inconstitucionalidad, el Tribunal Constitucional deba dar traslado de ésta al Congreso de los Diputados, al Senado, al Presidente del Gobierno, al Fiscal General del Estado y a los órganos ejecutivos y legislativos de las Comunidades Autónomas, para que aleguen sobre la cuestión planteada;

- e) El hecho de que le compete al Tribunal Constitucional de España el conocer los recursos de amparo, según lo manifestado;
- f) Los efectos retroactivos que puede producir la declaratoria de inconstitucionalidad, en ciertos casos;
- g) El Tribunal Constitucional de España no controla, de oficio, ningún precepto jurídico; y,
- h) Ningún ciudadano español puede presentar un recurso de inconstitucionalidad.

## 5. El Control Constitucional en el Perú.

El Tribunal Constitucional es el “órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad”<sup>26</sup> y ejerce ésta función:

Fundamentalmente a través de las acciones de inconstitucionalidad, pero además, a través de los recursos extraordinarios en procesos de habeas corpus, amparo, habeas data y acción de incumplimiento, y, a través de los conflictos de competencia y de atribuciones<sup>27</sup>.

Lo anterior, de conformidad con el artículo 202 de la Constitución, que dice:

**Artículo 202°.-** Corresponde al Tribunal Constitucional:

1. Conocer, en instancia única, la acción de inconstitucionalidad.
2. Conocer, en última y definitiva instancia, las resoluciones denegatorias de habeas corpus, amparo, habeas data y acción de incumplimiento.
3. Conocer los conflictos de competencia, o de atribuciones asignados por la Constitución, conforme a la Ley.

---

<sup>26</sup> Artículo 1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

<sup>27</sup> [www.tc.gob.pe](http://www.tc.gob.pe)

El órgano de control de la constitucionalidad se encuentra integrado por 7 magistrados elegidos para cinco años y nombrados de la siguiente forma, según la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, en su Artículo 8:

**Artículo 8º.-** El Congreso Nacional designa una Comisión Especial integrada por un mínimo de cinco y un máximo de nueve congresistas, respetando en lo posible la proporción de cada grupo parlamentario en el Congreso, para encargarse de recibir las propuestas y seleccionar a los candidatos que, a su juicio, merecen ser declarados aptos para ser elegidos. Declarados aptos uno o más candidatos, el Congreso procede a la elección mediante votación individual por cédulas, con el voto favorable de dos tercios del número legal de sus miembros.

#### **1) La acción de inconstitucionalidad.-**

De acuerdo con el Artículo 200 inciso primero numeral 4 de la Constitución, ésta procede en contra de normas que tienen rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravengan la Constitución en la forma o en el fondo.

Están facultados para interponerla:

- 1) El Presidente de la República;
- 2) El Fiscal de la Nación;
- 3) El Defensor del Pueblo;
- 4) El 25% del número legal de congresistas;

- 5) Cinco mil ciudadanos con firmas aprobadas por el Jurado Nacional. Si la norma es una ordenanza municipal, está facultado para impugnarla el 1% del los ciudadanos del respectivo ámbito territorial, siempre que este porcentaje no exceda del número de firmas anteriormente señalado;
- 6) Los presidentes de Región con acuerdo del Consejo de Coordinación Regional, o los alcaldes provinciales con acuerdo de su Consejo, en materias de su competencia; y,
- 7) Los colegios profesionales, en materias de su especialidad.

La declaratoria de inconstitucionalidad produce los siguientes efectos:

- Deja sin efecto a la norma declarada inconstitucional, lo que quiere decir que deja de existir en el ordenamiento jurídico peruano;
- Si se declara la inconstitucionalidad de una norma, se debe entender que también declara la inconstitucionalidad de aquella a la que debe extenderse por conexión o consecuencia;
- Efectos “erga omnes”;
- Vincula a todos los poderes públicos; y,
- Efectos a futuro, nunca retroactivos. Excepción a la regla: Se pueden reabrir aquellos procesos penales y tributarios en los que se aplicaron las normas declaradas inconstitucionales, en el primer caso, cuando favorece al reo, y, en el segundo, por violación a lo dispuesto en el Art. 74 de la Constitución.

No está por demás señalar que contra las sentencias del Tribunal Constitucional no cabe impugnación alguna.

## **2) El recurso extraordinario en procesos de habeas corpus, amparo, habeas data y acción de incumplimiento.- Consideraciones previas.-**

### **Acción de Habeas Corpus.-**

“Procede ante el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza la libertad individual o los derechos constitucionales conexos”<sup>28</sup>.

Están legitimados para presentar esta acción:

- La persona perjudicada o cualquier otra a su favor, sin necesidad de tener su representación; y,
- La Defensoría del Pueblo.

### **Acción de Habeas Data.-**

“Procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los derechos a que se refiere el artículo 2º, incisos 5,6 y 7 de la Constitución”<sup>29</sup>, es decir, aquellos relacionados con: el acceso a la información, que por ley, es pública; al resguardo de la información, que por ley, es personal; el honor, la buena reputación, intimidad personal y familiar, voz e imagen propias.

El afectado es la persona legitimada para interponer una acción de habeas data.

### **Acción de Amparo.-**

Procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los demás derechos reconocidos por la Constitución. No

---

<sup>28</sup> Artículo 200 inciso primero numeral 1 de la Constitución y artículo 25 del Código Procesal Constitucional.

<sup>29</sup> Artículo 200 inciso primero numeral 3 de la Constitución.

procede contra normas legales ni contra resoluciones judiciales emanadas de procedimientos regulares<sup>30</sup>.

El afectado es la persona legitimada para interponer el proceso de amparo.

#### **Acción de Incumplimiento.-**

“Procede contra cualquier autoridad o funcionario renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo, sin perjuicio de la responsabilidades de ley”<sup>31</sup>.

Puede interponer esta acción:

- Cualquier persona frente a normas con rango de ley y reglamentos;
- Cualquier persona, si se trata de derechos con intereses difusos;
- La persona a cuyo favor se expidió el acto o quien invoque interés para el cumplimiento del deber omitido; y,
- Defensoría del Pueblo.

#### **El Recurso Extraordinario o de Agravio Constitucional en las acciones antes mencionadas.-**

En las acciones de habeas corpus, habeas data, amparo e incumplimiento, el recurso extraordinario, también conocido como recurso de agravio constitucional, procede cuando el Tribunal de segundo grado ha declarado infundada o improcedente la acción respectiva, y se lo plantea ante el Tribunal antes mencionado. Pero si éste lo deniega, procede un recurso de queja ante el Tribunal Constitucional.

Si el Tribunal Constitucional conoce el recurso de agravio constitucional

y considera que la resolución impugnada ha sido expedida incurriéndose en un vicio del proceso que ha

---

<sup>30</sup> Artículo 200 inciso primero numeral 2 de la Constitución.

<sup>31</sup> Artículo 200 inciso primero numeral 6 de la Constitución.



afectado el sentido de la decisión, la anula y ordena se reponga el trámite al estado inmediato anterior a la ocurrencia del vicio. Pero, si el vicio incurrido sólo alcanza a la resolución impugnada, el Tribunal lo revoca y procede a pronunciarse sobre el fondo<sup>32</sup>.

**En cuanto a las sentencias del Tribunal Constitucional, en este recurso.-**

El Tribunal Constitucional puede declarar fundadas o infundadas las acciones de habeas corpus, habeas data, amparo e incumplimiento.

Si declara fundada la acción de habeas corpus, puede disponer alguna de las siguientes medidas:

- 1) La puesta en libertad de la persona privada arbitrariamente de este derecho; o,
- 2) Que continúe la situación de privación de libertad de acuerdo con las disposiciones legales aplicables al caso, pero si lo considera necesario, ordenará cambiar las condiciones de la detención, sea en el mismo establecimiento o en otro, o bajo la custodia de personas distintas de las que hasta entonces la ejercía; o,
- 3) Que la persona privada de libertad sea puesta inmediatamente a disposición del Juez competente, si la agresión se produjo por haber transcurrido el plazo legalmente establecido para su detención; o,
- 4) Que cese el agravio producido, disponiendo las medidas necesarias para evitar que el acto vuelva a repetirse.

Si declara fundada la acción de amparo, hace los siguientes pronunciamientos:

---

<sup>32</sup> Artículo 20 inciso segundo del Código Procesal Constitucional.

- 1) Identifica el derecho constitucional vulnerado o amenazado;
- 2) Declara nula la decisión, acto o resolución que haya impedido el pleno ejercicio de los derechos constitucionales protegidos con determinación, en su caso, de la extensión de sus efectos;
- 3) Restituye o restablece al agraviado en el pleno goce de sus derechos constitucionales ordenando que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban antes de la violación;
- 4) Ordena y define con precisión la conducta a cumplir con el fin de hacer efectiva la sentencia.

Si declara fundada la acción de habeas data, puede disponer alguno o algunos de los pronunciamientos antes mencionados (para el amparo), con las modificaciones pertinentes.

Si declara fundada la acción de incumplimiento, se pronunciará preferentemente respecto a:

- 1) La determinación de la obligación incumplida;
- 2) La orden y la descripción precisa de la conducta a cumplir;
- 3) El plazo perentorio para el cumplimiento de lo resuelto, que no podrá exceder de 10 días;
- 4) La orden a la autoridad o funcionario competente para iniciar la investigación del caso para efecto de determinar responsabilidades penales o disciplinarias, cuando la conducta del demandado así lo exija.

### **3) Los Conflictos de competencia y de atribuciones.-**

De acuerdo con el Artículo 202 inciso primero numeral 3 de la Constitución peruana, corresponde al Tribunal Constitucional conocer los conflictos de

competencia, o de atribuciones asignadas por la Constitución, conforme a la ley, es decir, de aquellos que surjan entre:

- 1) El Poder Ejecutivo con uno o más gobiernos regionales o municipales;
- 2) Dos o más gobiernos regionales o municipales o de ellos entre sí; y,
- 3) Los poderes del Estado entre sí o con cualquiera de los demás órganos constitucionales, o a éstos entre sí.

Son órganos constitucionales: Los poderes ejecutivo, legislativo, judicial, el Congreso Nacional de la Magistratura, el Jurado Nacional de Elecciones, el Sistema Electoral, el Ministerio Público, la Defensoría del Pueblo.

Estos conflictos pueden surgir cuando alguno de los poderes u órganos antes mencionados “adopta decisiones o rehuye deliberadamente actuaciones, afectando competencias o atribuciones que la Constitución y las leyes orgánicas confieren a otros”<sup>33</sup>, pero, si éstos se dan por competencias o atribuciones manifestadas en una norma con rango de ley, la vía a seguir es la de inconstitucionalidad.

Únicamente pueden demandar los titulares de las entidades “afectadas”.

La sentencia que dicta el Tribunal Constitucional contiene:

- 2) La determinación de los poderes o entes estatales a que correspondan las competencias o atribuciones controvertidas; y, de ser el caso,
- 3) La determinación de las competencias y atribuciones rehuidas deliberadamente por la entidad demandada, y el plazo para que las cumpla o ejerza.

---

<sup>33</sup> Artículo 110 inciso primero del Código Procesal Constitucional.

Efectos de la sentencia:

- 1) Vincula a todos los poderes públicos;
- 2) "Erga omnes": se aplica a todos;
- 3) Anula las disposiciones, resoluciones y actos viciados de incompetencia;  
y,
- 4) Resuelve las situaciones jurídicas que sean producto de los actos administrativos viciados de incompetencia.

### **La declaratoria de inaplicabilidad de los preceptos jurídicos.-**

Esta atribución de los jueces de la justicia ordinaria tiene su fundamento en el Artículo 138 inciso segundo de la Constitución peruana, que dice:

**Artículo 138°**.-En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior.

La declaratoria antes mencionada produce efectos, únicamente, en el caso concreto, es decir, inter partes, y en el Perú se la considera como un medio difuso de control de la constitucionalidad.

A diferencia de la excepción de inconstitucionalidad colombiana y la declaratoria de inaplicabilidad ecuatoriana, los jueces peruanos que declaran la inaplicabilidad de un precepto jurídico por ser incompatible con la Constitución, no deben poner en conocimiento de tal declaratoria, ni enviar un informe de la misma al Tribunal Constitucional peruano, para que éste declare la inconstitucionalidad de tal precepto jurídico, si así lo considera. Esto por el simple hecho de que la Constitución de aquel país no exige tal puesta en

conocimiento ni tal informe a los jueces, y tampoco le atribuye al Tribunal Constitucional el conocer declaratoria de inaplicabilidad alguna, ya que el Art. 202 de la Constitución, antes citado, es muy claro, y no sólo eso, sino taxativo.

### **5.1. Aspectos positivos y negativos del Control Constitucional en el Perú.-**

#### **Aspectos positivos:**

- a) El control de la constitucionalidad se concentra en un solo órgano, el Tribunal Constitucional; y,
- b) El efecto que produce la declaratoria de inconstitucionalidad de una norma, sobre aquellas a las que se extiende por conexión o consecuencia.

#### **Aspectos negativos:**

- a) El Tribunal Constitucional no es un órgano judicial;
- b) Los magistrados del Tribunal Constitucional no son vitalicios;
- c) El hecho de que el Tribunal Constitucional conozca las resoluciones denegatorias de habeas corpus, amparo, habeas data y acción de incumplimiento. Esto debe corresponder únicamente, a la jurisdicción ordinaria;
- d) El hecho de que el Tribunal Constitucional del Perú no controle de oficio, ningún precepto jurídico;
- e) El hecho de que resuelva los conflictos de competencia o de atribución asignados por la Constitución, conforme a la Ley;
- f) El hecho de que la declaratoria de inconstitucionalidad produzca efectos retroactivos en ciertos casos; y,

- g) El hecho de que el Tribunal Constitucional no tenga competencia para conocer la declaratoria de inaplicabilidad de un precepto jurídico por inconstitucional.

**CAPÍTULO III**  
**EL CONTROL CONSTITUCIONAL EN EL ECUADOR**  
**Y**  
**EN ESPECIAL**  
**LA DECLARATORIA DE INAPLICABILIDAD DE LAS NORMAS**  
**CONTRARIAS AL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL**

**6. El Control Constitucional en el Ecuador.-**

En el Ecuador, el órgano supremo del control constitucional es el Tribunal Constitucional. Los vocales de éste, que duran cuatro años en sus cargos con posibilidad de reelección, son designados por el Congreso Nacional, por mayoría de sus integrantes, de la forma señalada en el Artículo 275 inciso tercero y siguientes de la Constitución:

**Art. 275.- [Conformación].-**

Dos, de ternas enviadas por el Presidente de la República;

Dos, de ternas enviadas por la Corte Suprema de Justicia, de fuera de su seno;

Dos, elegidos por el Congreso Nacional, que no ostenten la dignidad de legisladores;

Uno, de la terna enviada por los alcaldes y los prefectos provinciales;

Uno, de la terna enviada por las centrales de trabajadores y las organizaciones indígenas y campesinas de carácter nacional, legalmente reconocidos; y,

Uno, de la terna enviada por las cámaras de la Producción legalmente reconocidas.

De acuerdo con los artículos 276 de la Constitución y 12 numeral 6 de la Ley Orgánica de Control Constitucional, el Tribunal Constitucional controla la constitucionalidad al:

- Conocer y resolver la demandas de inconstitucionalidad, de fondo o de forma, que se presenten sobre leyes orgánicas y ordinarias, decretos – leyes, decretos, ordenanzas; estatutos, reglamentos y resoluciones, emitidos por órganos de las instituciones del Estado;
- Conocer y resolver la inconstitucionalidad de los actos administrativos de toda autoridad pública;
- Conocer las resoluciones que denieguen el habeas corpus, el habeas data y el amparo, y los casos de apelación previstos en la acción de amparo;
- Dictaminar sobre las objeciones de inconstitucionalidad que haya hecho el Presidente de la República, en el proceso de formación de las leyes;
- Dictaminar de conformidad con la Constitución, tratados o convenios internacionales previo a su aprobación por el Congreso Nacional;
- Dirimir conflictos de competencia o de atribuciones asignadas por la Constitución; y,
- Conocer y resolver los informes sobre la declaratoria de inconstitucionalidad que presenten los jueces, tribunales y salas.

Contra las resoluciones que dicta el Tribunal Constitucional, no cabe recurso alguno.



**1) Las demandas de inconstitucionalidad en contra de leyes orgánicas, ordinarias, decretos – leyes, decretos, ordenanzas, estatutos, reglamentos y resoluciones:**

Toda demanda de inconstitucionalidad, sea en contra de las normas jurídicas antes mencionados como en contra de los actos administrativos de toda autoridad pública, tiene por objeto "la defensa objetiva del orden constitucional y la depuración del ordenamiento jurídico"<sup>34</sup>, y no "implica un interés particular, sino uno general, de la sociedad civil y el Estado, para preservar la supremacía constitucional"<sup>35</sup>.

Están legitimados para presentarla, en contra de los preceptos jurídicos que se mencionan en este numeral:

- a) El Presidente de la República;
- b) El Congreso Nacional, previa resolución de la mayoría de sus miembros;
- c) La Corte Suprema de Justicia, previa resolución del Tribunal en Pleno;
- d) Mil ciudadanos en goce de los derechos políticos, o cualquier persona, previo informe favorable del Defensor del Pueblo sobre su procedencia.

La declaratoria de inconstitucionalidad produce los siguientes efectos:

- Cesa la vigencia del precepto jurídico declarado inconstitucional. Cabe citar la siguiente observación hecha por el Dr. Jorge Zavala Egas:

La Constitución dice en el No. 1 del Art. 276 que los efectos de la inconstitucionalidad declarada es la de suspender total o parcialmente sus efectos. Eso es un error del constituyente, pues nos obliga a los operadores jurídicos a considerar la norma válida, pero con efectos

<sup>34</sup> López, Guerra Luis, comp., La justicia constitucional en la actualidad, Quito, 2002, p. 241.

<sup>35</sup> Ibid.

suspendidos, cuando en realidad su validez se ha consumado, pues se la ha sancionado con su extinción por infringir el principio de jerarquía<sup>36</sup>.

Y continúa:

La suspensión pretendida afecta la eficacia de la norma, pero en nada lesiona su validez, esto es, impide la aplicación de una norma existente, lo cual contradice la realidad, pues lo que el Tribunal Constitucional ha decidido es la muerte de la norma y, como toda muerte, sin retorno posible, pues en Derecho no se acepta la resurrección. La conceptualización de la Ley del Control Constitucional es acertada, pues decir que el efecto es cesar la vigencia, implica declarar su invalidez y fallecimiento<sup>37</sup>.

- Vincula a todo órgano público, por lo que no puede ser invocada ni aplicada por juez o autoridad alguna;
- "Erga omnes", es decir, generales y obligatorios;
- Cosa juzgada, "lo que impide cualquier reapertura de la controversia jurídico constitucional sobre el mismo texto legal"<sup>38</sup>
- A futuro, nunca retroactivos, por lo que no afecta a las situaciones jurídicas surgidas al amparo de tales normas y antes de la declaratoria de su inconstitucionalidad; y,
- Causa ejecutoria, por lo que no es susceptible de recurso alguno.

## **2) Las demandas de inconstitucionalidad en contra de los actos administrativos de toda autoridad pública:**

---

<sup>36</sup> Fundación KONRAP ADENAUER, Derecho Constitucional para Fortalecer la Democracia Ecuatoriana, Quito, 1999, p. 383.

<sup>37</sup> Ibid.

<sup>38</sup> López Guerra, Luis, comp., La Justicia Constitucional en la actualidad, Quito, 2002, p. 243.

El Artículo 24 de la Ley Orgánica de Control Constitucional dice:

**Art. 24.- [Acto administrativo].-** Para efectos de la demanda de inconstitucionalidad se entenderá por acto administrativo las declaraciones que crean, modifican o extinguen situaciones jurídicas individuales, así como los de mero trámite que influyan en la decisión final.

Están legitimados para demandar la inconstitucionalidad de un acto administrativo de cualquier autoridad pública:

- a) El Congreso Nacional, previa resolución de la mayoría de sus miembros;
- b) La Corte Suprema de Justicia, por resolución del Tribunal en Pleno;
- c) Los concejos provinciales o los concejos municipales;
- d) Mil ciudadanos; y,
- e) Cualquier persona, previo informe del Defensor del Pueblo sobre la procedencia de la demanda.

La declaratoria de inconstitucionalidad de un acto administrativo produce los siguientes efectos:

- Extinción del acto administrativo declarado inconstitucional;
- Vincula a todo órgano público, por lo que no puede ser invocado o aplicado;
- “Erga omnes”, es decir, de carácter general y obligatorio;
- Cosa juzgada;
- A futuro, no retroactivos, por lo que no afecta a las situaciones jurídicas firmes creadas al amparo de dicho acto administrativo, antes de su revocatoria; y,

- Causa ejecutoria, por lo que no cabe recurso alguno.

### 3) Las resoluciones que deniegan el habeas corpus, el habeas data y los casos de apelación previstos en la acción de amparo:.....

**El Habeas Corpus:** Es una acción que procede cuando una persona cree estar ilegalmente privada de su libertad.

Alejandro Ponce Martínez manifiesta que se la ha establecido “con el fin de evitar la arbitrariedad en las detenciones y privaciones de la libertad física, especialmente, aunque no únicamente, como consecuencia del irregular ejercicio de la acción penal por parte del Estado”<sup>39</sup>.

Se la interpone ante el alcalde de la jurisdicción en donde se encuentra privada de su libertad la persona, o ante quien haga sus veces, estando legitimados para ejercer esta acción:

- a) La persona afectada; o,
- b) Cualquier persona, sin necesidad de mandato escrito.

Si el alcalde deniega el habeas corpus, la persona puede recurrir ante el Tribunal Constitucional. Éste puede ratificar lo resuelto por el alcalde u ordenar la inmediata libertad del procesado, sin perjuicio de que continúe el proceso.

**El Habeas Data:** Esta acción procede cuando una persona natural o jurídica, nacional o extranjera, desea tener acceso a documentos, bancos de datos e informes que sobre sí misma, o sobre sus bienes, están en poder de entidades públicas, o, de personas naturales o jurídicas privadas, así

---

<sup>39</sup> Fundación KONRAP ADENAUER, Derecho Constitucional para Fortalecer la Democracia Ecuatoriana, Quito, 1999, p.327.

como conocer el uso y finalidad que se les haya dado, se les esté dando o se les esté por dar.

La actual Constitución, de manera confusa, no menciona ante quien debe ser propuesta, simplemente dice, en su Artículo 94 inciso segundo, que la persona podrá **solicitar ante el funcionario respectivo**, la actualización de los datos o su rectificación, eliminación o anulación, si fueren erróneos o afectaren **ilegítimamente** sus derechos. “Esto llevó a equivocaciones,..., puesto que, lamentablemente, algunos abogados interponían esta acción ante la propia entidad de quien requerían la información”<sup>40</sup>, pero, ante quien verdaderamente debe ser “propuesta”, es ante el juez o tribunal de primera instancia del domicilio del poseedor de la información o datos requeridos, como lo señala el Artículo 37 de la Ley Orgánica de Control Constitucional, ya que el “intentar acceder a la información directamente no es propiamente la acción, aunque el trámite previo es adecuado con el fin de no usar la función judicial sin motivos legítimos”<sup>41</sup>

Están legitimados para ejercer esta acción:

- a) La persona natural o jurídica, nacional o extranjera, que considere tener derecho; y,
- b) Los padres, tutores y curadores, en nombre de sus representados.

Si el juez o tribunal deniega el habeas data, la persona interesada puede apelar ante el Tribunal Constitucional. Éste puede confirmar lo resuelto por el juez o tribunal de primera instancia, o, declarar a lugar el recurso, ante lo

---

<sup>40</sup> INREDH, Garantías Constitucionales, Manual Técnico, Quito, 2000, p. 118.

<sup>41</sup> Ibid.

cual, las personas requeridas deberán entregar la información solicitada, o rectificarla, de ser el caso.

**El Amparo Constitucional:** Procede cuando una persona, sea natural o jurídica, requiere la adopción de medidas urgentes destinadas a cesar, evitar la comisión o remediar inmediatamente las consecuencia de un acto u omisión **ilegítimos** de una autoridad pública, o persona que preste un servicio público o actúe por delegación o concesión de una autoridad pública, que viole o pueda violar **cualquier derecho** consagrado en la Constitución o en un Tratado o Convenio internacional vigente, y que, de modo inminente, amenace con causar daño. También procede en contra de los particulares, cuando su conducta afecte grave y directamente un interés comunitario, colectivo o un derecho difuso (Ver Resolución No. 2 del Pleno de la Corte Suprema de Justicia de 15 de abril del 2002, publicada en el R. O. No. 559 de 19 de abril del 2002).

En definitiva, esta acción tiene por objeto la tutela judicial efectiva de los derechos consagrados en la Constitución y los consignados en las declaraciones, pactos, convenios y demás instrumentos internacionales vigentes en el Ecuador, a excepción de aquellos garantizados por los “recursos” de habeas corpus y habeas data.

Las decisiones judiciales, es decir, las providencias que un juez, tribunal o sala dicten dentro de un proceso, no son susceptibles de acción de amparo. De acuerdo con el Artículo 47 de la Ley Orgánica de Control Constitucional, se lo puede interponer:

- Ante cualquier juez de lo civil o tribunal de instancia de la sección territorial en que se consume o pueda producir sus efectos el acto ilegítimo violatorio de los derechos constitucionales protegidos; y,
- Ante cualquier juez o tribunal de lo penal, en días feriados o fuera del horario de atención de juzgados y tribunales.

Está legitimada para interponer esta acción cualquier persona, por sus propios derechos o como representante **legitimado** de una colectividad.

Si el juez o tribunal niegan el amparo, al actor puede apelar ante el Tribunal Constitucional. Si éste último concede el amparo, ordena la suspensión definitiva del acto u omisión impugnados disponiendo la ejecución inmediata de todas las medidas que considere necesarias para remediar el daño o evitar el peligro sobre el derecho violado.

**4) Dictámenes sobre las objeciones de inconstitucionalidad que haya hecho el Presidente de la República, en el proceso de formación de las leyes:**

Si el Presidente de la República objeta un proyecto de ley, por inconstitucionalidad total o parcial del mismo, el Congreso Nacional debe enviar aquel proyecto al Tribunal Constitucional para que dictamine sobre aquella inconstitucionalidad. Si el Tribunal Constitucional dictamina la inconstitucionalidad total del proyecto, éste debe ser archivado. Si dictamina la inconstitucionalidad parcial, el Congreso Nacional debe enmendarlo, para que luego sea sancionado por el Presidente de la República. Si dictamina que no hay inconstitucionalidad, el Congreso Nacional ordena su promulgación.

Éste es un control constitucional previo, porque se lo efectúa antes de que el proyecto de ley aprobado por el Congreso sea promulgado y, por ende, pase a formar parte del ordenamiento jurídico.

**5) Dictámenes sobre la constitucionalidad de los Tratados y convenios internacionales, previo a su aprobación por el Congreso Nacional:**

Todo tratado o convenio internacional que requiere de la aprobación del Congreso Nacional debe, previamente, ser puesto a consideración del Tribunal Constitucional, para que éste dictamine si guarda o no conformidad con la Constitución. Si guarda conformidad, el Congreso lo puede aprobar. Si no es así, se debe reformar la Constitución y luego sí aprobar el Tratado, de lo contrario no puede ser aprobado.

A éste también se lo considera como un medio de control constitucional previo.

**6) Dirimencia en conflictos de competencia o de atribuciones asignadas por la Constitución:**

El Tribunal Constitucional dirime todo conflicto de competencia que surja entre los órganos o entidades cuyas atribuciones establece la Constitución.

La demanda de competencia debe ser planteada por el órgano que reclama la competencia. Posteriormente, el Tribunal resuelve.

**7) Conocimiento y resolución de los informes sobre la declaratoria de “inconstitucionalidad” que presenten los jueces, tribunales y salas:**

Esta declaratoria, su informe y la competencia del Tribunal Constitucional para conocerla y resolverla, se tratarán en el próximo número principal.



## **6.1. Aspectos positivos y negativos del Control Constitucional en el Ecuador.-**

### **Aspectos positivos:**

- a) El control de la constitucionalidad de los preceptos jurídicos es mixto; y,
- b) El control previo de la constitucionalidad de los Tratados y convenios internacionales.

### **Aspectos negativos:**

- a) El Tribunal Constitucional debería ser un órgano judicial, ya que para el ejercicio de sus atribuciones requiere de Independencia, y de ésta se encuentra revestida, únicamente, la Función Judicial, en relación con el resto de Instituciones del Estado, así como los órganos que la conforman, entre sí;
- b) Los vocales del Tribunal Constitucional no son vitalicios, cuando lo deberían ser, ya que permitiría, entre otras cosas, el que haya continuidad en lo resuelto por éstos, por lo menos en el tiempo mediano, evitando contradicciones entre una resolución y otra. Pero, como actualmente son designados (Ver el Artículo 275 de la Constitución) y dados los requisitos que exige la propia Constitución para llegar a tan Alto Tribunal (Ver el Artículo 275 inciso segundo de la Constitución), no sería adecuado el que lo sean;
- c) El hecho de que pueda conocer las resoluciones que deniegue el habeas corpus, el habeas data y el amparo;

- d) El hecho de que deba dictaminar sobre las objeciones de inconstitucionalidad que haya hecho al Presidente de la República, en el proceso de formación de las leyes;
- e) El Tribunal Constitucional no controla, de oficio, la constitucionalidad de los preceptos jurídicos;
- f) El que una persona deba contar, para presentar una demanda de inconstitucionalidad, con el informe favorable del Defensor del Pueblo sobre su procedencia; y,
- g) El hecho de que el Tribunal Constitucional dirima los conflictos de competencia o de atribuciones asignados por la Constitución.

**7. Análisis de los Artículos 274 de la Constitución Política de la República del Ecuador y 12 numeral 6 de la Ley Orgánica de Control Constitucional, referentes a la declaratoria de inaplicabilidad de un precepto jurídico por inconstitucional, con especial interés en el primero.-**

El Artículo 274 de la Constitución manifiesta:

**Art.- 274.- [Inaplicabilidad de la ley].-**

Cualquier juez o tribunal, en las causas que conozca, podrá declarar inaplicable, de oficio o a petición de parte, un precepto jurídico contrario a las normas de la Constitución o de los tratados y convenios internacionales, sin perjuicio de fallar sobre el asunto controvertido.

Esta declaración no tendrá fuerza obligatoria sino en las causas en que se pronuncie. El juez, tribunal o sala presentará un informe

sobre la declaratoria de inconstitucionalidad, para que el Tribunal Constitucional resuelva con carácter general y obligatorio.

El Artículo 12 numeral 6 de la Ley Orgánica de Control Constitucional manifiesta:

**Art. 12.- [Atribuciones y deberes].-** Son atribuciones y deberes del Tribunal Constitucional:

6. Conocer los informes que se le presenten sobre declaratorias de inconstitucionalidad pronunciadas por las salas de la Corte Suprema de Justicia o por los demás tribunales de última instancia; y resolver con carácter de obligatoriedad general la inaplicabilidad de un precepto legal si fuera contrario a la Constitución. Tal resolución no tendrá efectos sobre el fallo.

Para el cumplimiento de lo prescrito en el inciso anterior, la sala de la Corte Suprema o el respectivo tribunal de última instancia, remitirá al Tribunal Constitucional el correspondiente informe, dentro de los siguientes treinta días de haberse ejecutoriado la sentencia o auto; y,...

Como se puede ver, el Artículo 12 numeral 6 de la Ley Orgánica de Control Constitucional no mantiene absoluta conformidad con la disposición constitucional del 274. Es por ello que, para analizar la declaratoria de inaplicabilidad, se partirá de la disposición constitucional, por lo dispuesto en el Artículo 272 de la Constitución, que dice: “La Constitución prevalece sobre cualquier otra norma legal” y, posteriormente, se la relacionará con lo dispuesto

en el correspondiente Artículo de la Ley Orgánica de Control Constitucional, antes señalado.

## **ANÁLISIS.-**

### **1) Cualquier juez o tribunal. Incertidumbre sobre el alcance de la norma constitucional.**

Dado que en el Ecuador no existe la Unidad Jurisdiccional, cabe la siguiente pregunta: ¿Es esta una atribución exclusiva de los jueces o tribunales que conforman la Función Judicial?, o, ¿hay otros jueces o tribunales, ajenos a la Función Judicial, que la puedan ejercer?

El criterio de destacados juristas con respecto a este tema no es uniforme, por el simple hecho de que la norma constitucional no es clara en ese sentido (¿A quiénes comprende el “cualquier”?). Al parecer (y esto en base a las entrevistas efectuadas), la misma incluye a todo aquel que tenga jurisdicción, es decir, el poder de administrar justicia, sea que conforme o no la Función Judicial, incluyendo a los jueces militares y de policía, a los tribunales de arbitraje en derecho, a los tribunales de conciliación y arbitraje que resuelven conflictos colectivos (Artículo 35 numeral 13 de la Constitución) y a las autoridades de los pueblos indígenas que **ejercen funciones de justicia**, conforme al Artículo 191 inciso cuarto de la Constitución. Pero, a pesar de lo anteriormente afirmado, siguen quedando serias dudas sobre el alcance de la norma constitucional.

Para evitar todo el sinnúmero de interpretaciones y de dudas, lo más adecuado sería que quienes están legitimados para presentar proyectos de reforma constitucional, presenten un proyecto de interpretación

constitucional, específicamente del Artículo 274, para que el Congreso lo discuta y apruebe, de conformidad con el Artículo 284 de la Constitución.

Ahora bien, lógicamente, y esto sin lugar a dudas, las autoridades administrativas, al momento de tramitar un proceso administrativo, no pueden declarar la inaplicabilidad de un precepto jurídico por inconstitucional. Pero ¿por qué?

La respuesta es sencilla, y está en el propio 274 de la Constitución, aunque no de manera clara: 1) No les está **expresamente** permitido aquello; 2) El proceso es administrativo y no judicial; y, 3) Al ser el procedimiento administrativo y no judicial, no se puede considerar que ejerzan jurisdicción, y peor aún que sean jueces. Pero, de todos modos, están obligadas a aplicar las normas de la Constitución, al igual que los jueces, tribunales y cortes, por disposición expresa del 273 de la Carta Magna.

## **2) En las causas que conozca.**

Es decir, el juez o tribunal puede declarar la inaplicabilidad de un precepto jurídico por inconstitucional en cualquier causa de carácter civil, laboral, comercial, penal, de tránsito, contencioso administrativo, contencioso tributario que tenga competencia para conocerla y tramitarla, de conformidad con la Ley (como es lógico), sin limitaciones de tipo alguno. En el caso de las autoridades de los pueblos indígenas que ejercen funciones de justicia, sería en todo conflicto interno que, según la Ley, tienen “competencia” para conocerlos y resolverlos, pero como no hay Ley que defina y establezca a qué se debe considerar como conflicto interno y,

mucho menos, que regule estas funciones de justicia que tienen las autoridades indígenas, es impracticable.

### 3) De oficio o A petición de parte.

Esto quiere decir que un precepto jurídico puede ser inaplicado por inconstitucional, ya sea porque el juez o tribunal lo considera así, o, ya sea porque una de las partes lo considera así y solicita al juez o tribunal que declare la inaplicabilidad del precepto jurídico inconstitucional, quedando a criterio de éstos el efectuarlo.

### 4) ¿Qué pueden declarar los jueces o tribunales en base a lo dispuesto por el 274 de la Constitución?

La pregunta parece absurda por lo ya manifestado en las respuestas anteriores, pero es necesaria y, para ello, previamente hay que comprender y diferenciar lo que es la declaratoria de inaplicabilidad de un precepto jurídico por inconstitucional, y lo que es la declaratoria de inconstitucionalidad de un precepto jurídico, y cuáles son los efectos de ambas, porque de lo contrario se puede crear confusión.

#### **La declaratoria de inaplicabilidad de un precepto jurídico por inconstitucional (Control Constitucional Difuso):**

Corresponde efectuarla a cualquier juez o tribunal, y sólo a éstos, ya sea de oficio o a petición de parte, cuando al tramitar un caso, observan que algún precepto jurídico **aplicable al mismo** es contrario, en cuanto a su contenido<sup>42</sup>, a las normas constitucionales o de los tratados y convenios internacionales (Supralegalidad de los Tratados y Convenios

<sup>42</sup> Ver lo manifestado por el Dr. Jorge Zavala Egas, en el libro Derecho Constitucional para Fortalecer la Democracia Ecuatoriana, en las páginas 377 y 378.

Internacionales). Esta inaplicabilidad obliga únicamente a las partes del proceso<sup>43</sup>, sin que los preceptos jurídicos declarados inaplicables pierdan vigencia en el ordenamiento jurídico, ya que el juez o tribunal no declaró la invalidez (inconstitucionalidad) de éstos, sino simplemente su inaplicabilidad para resolver el caso concreto, por lo que tranquilamente otro juez o tribunal, con distinto criterio, puede aplicar aquel precepto jurídico en un caso que esté tramitando.

### **La declaratoria de inconstitucionalidad de un precepto jurídico:**

A diferencia de la anterior declaratoria, ésta invalida el precepto jurídico declarado inconstitucional, lo que conlleva a “su anulación y expulsión del Ordenamiento Jurídico y pérdida de su eficacia...”<sup>44</sup>, por lo que “no puede ser invocado ni aplicado por juez o autoridad alguna”<sup>45</sup>.

En el Ecuador, el único órgano que tiene la atribución exclusiva de declarar la inconstitucionalidad de cualquier precepto jurídico es el Tribunal Constitucional, siendo ésta una característica propia del Control Constitucional Concentrado.

### **Análisis de la incongruencia entre los incisos primero y segundo del Artículo 274 de la Constitución:**

Como se afirmó anteriormente, a los jueces, tribunales o salas no les está permitido declarar la inconstitucionalidad de ningún precepto jurídico, sólo su inaplicabilidad en el caso concreto.

En el inciso primero, el asambleísta ha manifestado que los jueces, tribunales (o salas) pueden **declarar la inaplicabilidad** de un precepto

<sup>43</sup> Artículo 274 inciso segundo de la Constitución.

<sup>44</sup> Jorge Zavala Egas, Derecho Constitucional para Fortalecer la Democracia Ecuatoriana, p. 381.

<sup>45</sup> Artículo 22 inciso primero de la Ley Orgánica de Control Constitucional.

jurídico por inconstitucional, pero en el inciso segundo dice que éstos deben presentar un informe sobre la **declaratoria de inconstitucionalidad**. Siguiendo la lógica de la redacción, ¿cómo el juez, tribunal o sala va a presentar un informe sobre algo que nunca declaró?, en otras palabras, ¿cómo van a presentar un informe sobre una declaratoria de inconstitucionalidad, si declararon una inaplicabilidad por inconstitucional?

Para el común de los mortales, esto puede generar confusión porque se puede preguntar: ¿Qué mismo declara el juez, tribunal o sala, ¿la inaplicabilidad o la inconstitucionalidad de un precepto jurídico? Porque en el inciso primero dice que le está permitido declarar la inaplicabilidad de un precepto jurídico, pero en el inciso segundo dice que debe presentar un informe sobre la declaratoria de inconstitucionalidad. ¿Acaso les está permitido también declarar la inconstitucionalidad de un precepto jurídico?

Lo adecuado habría sido que el asambleísta redacte el inciso segundo objeto de este análisis, de la siguiente forma: El juez....presentará un informe sobre la declaratoria de inaplicabilidad por inconstitucional, para..., o bien, el juez.... presentará un informe sobre la inconstitucionalidad del precepto jurídico declarado inaplicable, para... (En ambas afirmaciones, no se da a entender que el juez ha declarado la inconstitucionalidad, sino que ha habido una inaplicabilidad por inconstitucional)

##### **5) ¿Qué preceptos jurídicos pueden ser declarados por los jueces o tribunales como inaplicables por inconstitucionales?**

El artículo 274 inciso primero dice: "... **en las causas que conozca**, podrá declarar inaplicable,..., **un precepto jurídico contrario** a las normas de la



Constitución o de los tratados y convenios internacionales”, lo que da a entender que cualquier precepto jurídico contenido en una ley orgánica, general, especial, decreto – ley, decreto, estatuto, ordenanza, reglamento, resolución u otro acto de los poderes públicos, puede ser objeto de inaplicabilidad por inconstitucional, siempre que aquel precepto **sea aplicable** al caso que esté tramitando el juez, tribunal o sala, por lo que no le está permitido declarar la inaplicabilidad de un precepto jurídico que no sea aplicable al caso que está tramitando, o que sea aplicable a un caso que esté tramitando otro juez, tribunal o sala. En el caso de las autoridades indígenas que ejercen funciones de justicia, únicamente podrían declarar la inaplicabilidad de toda norma de derecho consuetudinario que sea contraria a las normas de la Constitución o de los Tratados y convenios internacionales, en la solución de conflictos internos.

Cabe señalar, que a los jueces tampoco les está permitido declarar la inaplicabilidad de una Ley, por ejemplo, la Ley General de Seguros, por la sencilla razón de que éstos, al momento de resolver un asunto X, no aplican en sí la Ley General de Seguros, sino un determinado artículo o disposición (precepto jurídico) de la Ley General de Seguros, y ese artículo o disposición, al ser **contrario** a la Constitución, debe ser inaplicado por éstos, en los términos antes mencionados.

**6) ¿Qué se entiende por: “sin perjuicio de fallar sobre el asunto controvertido”?**

Esta frase tiene una importancia suma en el Artículo 274 de la Constitución, por dos razones:

1.- Establece, **indirectamente**, en qué providencias el juez, tribunal o sala puede declarar la inaplicabilidad de un precepto jurídico por inconstitucional; y,

2.- Obliga al juez o tribunal a fallar, resolver el asunto controvertido, a pesar de haber declarado la inaplicabilidad de un precepto jurídico por inconstitucional.

En cuanto al número uno, cabe la siguiente pregunta: En la práctica procesal, en qué providencias se falla o resuelve sobre el asunto controvertido. Evidentemente en dos clases de providencias: los autos con fuerza de sentencia y las sentencias. En los casos de arbitraje, en el laudo arbitral. Si la disposición del 274 de la Constitución dice: sin perjuicio de **fallar sobre el asunto controvertido**, se sobrentiende, interpretando en su totalidad dicho artículo, que el juez, tribunal o sala puede declarar la inaplicabilidad de un precepto jurídico por inconstitucional, únicamente ya sea en un auto con fuerza de sentencia, en sentencia, o en el laudo arbitral, según el caso, nunca mediante decreto, ni mediante decreto con fuerza de auto, ni mediante auto, ya que mediante éstos no se falla o resuelven asuntos controvertidos.

En cuanto al número dos, se debe reiterar lo antes afirmado, es decir, a pesar de que el juez o tribunal declaró inaplicable un precepto jurídico por inconstitucional, ya sea en un auto con fuerza de sentencia, en sentencia, o en el laudo arbitral, éste está en la obligación de fallar, resolver sobre el conflicto o asunto controvertido, por tres sencillas pero importantísimas razones:

- 1) El derecho a la tutela judicial efectiva de que goza toda persona y que se encuentra consagrado en el Artículo 24 numeral 17 de la Constitución y el cual implica, entre otras cosas, el obtener una resolución justa y motivada, **en el menor tiempo posible**;
- 2) La prohibición que tiene el juez o tribunal de retardar la administración de justicia, por disposición del Artículo 193 de la Constitución, por lo que, en caso de retardarla, atentaría contra el derecho mencionado en el número anterior y contra la seguridad jurídica; y,
- 3) En el caso de los jueces y tribunales que pertenecen a la Función Judicial, por el Principio de Independencia del cual se encuentra revestidos en el ejercicio de sus atribuciones y deberes (Artículo 199 de la Constitución).

Estos tres motivos, hacen inviable el reformar la Constitución en el sentido de que se suspenda el trámite del proceso hasta que el Tribunal Constitucional resuelva el informe presentado por el juez referente a la inaplicabilidad de un precepto jurídico inconstitucional, como se lo planteó en el Anteproyecto.

**7) Una vez que declaran la inaplicabilidad de un precepto jurídico por inconstitucional, ¿qué deben hacer los jueces o tribunales?**

De acuerdo con el Artículo 274 inciso segundo de la Constitución, el juez o tribunal debe presentar un **INFORME** sobre la declaratoria de inconstitucionalidad (entiéndase declaratoria de inaplicabilidad por inconstitucional), para que el Tribunal Constitucional resuelva con carácter general y obligatorio.

Ahora surge la siguiente pregunta: ¿Cuándo debe presentar ese informe el juez o tribunal?

De acuerdo con el Artículo 12 numeral 6 inciso segundo de la Ley Orgánica de Control Constitucional, en la parte que guarda conformidad con la Constitución, éste debe presentar el antedicho informe, **dentro de los siguientes treinta días de haberse ejecutoriado la sentencia o auto.**

(Obsérvese que la Ley no menciona a los laudos, por lo que si un tribunal de arbitraje en derecho declara inaplicable un precepto jurídico por inconstitucional, no se sabe cuando debe presentar el informe).

¿Cuál es la razón por la que el juez o tribunal, en éste caso de la Función Judicial, debe presentar el informe una vez que se ha ejecutoriado la sentencia o auto en el cual declaró la inaplicabilidad de un precepto jurídico por inconstitucional?

De nuevo, la razón fundamental radica en el importantísimo Principio de Independencia de la Función Judicial consagrado en el Artículo 199 de la Constitución. En palabras del Dr. Antonio Rodríguez Vicéns, "lo que se trata es de proteger que la Administración de Justicia común, no tenga una injerencia del Tribunal Constitucional"<sup>46</sup>, en lo que a las providencias se refiere, a parte de que, desde el punto de vista procesal, las partes pueden recurrir, dentro de los plazos o términos previstos en la Ley, el auto con fuerza de sentencia o sentencia en el cual se declaró tal inaplicabilidad, y el juez de apelación o de casación, según el caso, puede confirmar la inaplicabilidad o considerar que ésta no es viable.

---

<sup>46</sup> Ver entrevista al Dr. Antonio Rodríguez Vicéns. Anexo III.

Pero, el Dr. Ernesto López Freire hace una muy interesante observación de lo que puede ocurrir en la práctica, y pone un ejemplo: Si las sentencias de segunda instancia causan ejecutoria, y en una de éstas se declaró la inaplicabilidad de un precepto jurídico por inconstitucional, y la parte que recibió agravio presenta el recurso de casación fundamentándose en esa inaplicación, ¿qué debe hacer la respectiva sala de la Corte Suprema, si el informe sobre la inaplicación del precepto jurídico ya fue enviado por la sala de la Corte Superior, al Tribunal Constitucional? ¿Qué pasa si la Corte Suprema casa la sentencia de segunda instancia, y expide la que en su lugar correspondiere, aplicando el precepto jurídico anteriormente inaplicado y, al mismo tiempo, el Tribunal Constitucional declara la inconstitucionalidad del precepto jurídico inaplicado por el juez de segunda instancia?

Dado el Principio de Independencia y a que no se puede retardar la administración de justicia, lo jurídicamente correcto sería que la sala de la Corte Suprema de Justicia sustancie el recurso en los plazos y términos que establece la Ley, y emita su fallo cuando lo tenga que emitir, pero siempre estando atenta a cualquier resolución que emane del Tribunal Constitucional y que se publique en el Registro Oficial, con respecto al precepto jurídico inaplicado en segunda instancia. Además, recuérdese que la declaratoria de inconstitucionalidad no tiene efecto retroactivo, por lo que si la sala de la Corte Suprema emitió su fallo antes de que el Tribunal Constitucional resuelva el informe, la potencial declaratoria de inconstitucionalidad no produciría efectos sobre aquel.

**8) Una vez que el Pleno del Tribunal Constitucional tiene conocimiento del informe sobre la declaratoria de inaplicabilidad de un precepto jurídico por inconstitucional, ¿qué debe resolver?**

El Artículo 274 inciso segundo parte final de la Constitución, en principio, puede ser confuso, ya que dice: ... para que el Tribunal Constitucional resuelva con **carácter general y obligatorio**. Más confuso y hasta erróneo es aún el Artículo 12 numeral 6 de la Ley Orgánica de Control Constitucional, al decir que el Tribunal Constitucional debe resolver con carácter de obligatoriedad general **la inaplicabilidad** de un precepto jurídico si fuere contrario a la Constitución (Nótese que no menciona a los Tratados y Convenios Internacionales).

Dadas así las cosas, surgen las siguientes preguntas: Qué debe resolver el Tribunal Constitucional con el carácter de general y obligatorio: ¿La inaplicabilidad del precepto jurídico por inconstitucional?, o, ¿La inconstitucionalidad del precepto jurídico declarado inaplicable por el juez, tribunal o sala, y que llegó a su conocimiento gracias al informe presentado por éste?

Ya que el Artículo 274 de la Constitución trata sobre la declaratoria de inaplicabilidad de un precepto jurídico por inconstitucional y el Artículo 12 numeral 6 de la Ley Orgánica de Control Constitucional se refiere a la obligatoriedad general de **la inaplicabilidad**, se puede entender que Tribunal Constitucional debe resolver el declarar la **inaplicabilidad** del precepto jurídico por inconstitucional, con el carácter de general y

obligatorio, y no el declarar **la inconstitucionalidad** del mismo, lo cual es absolutamente equivocado, por lo siguiente:

1. ¿Cómo el Tribunal Constitucional va a declarar la inaplicabilidad de un precepto jurídico por inconstitucional, con efectos generales y obligatorios, en base al informe presentado por el juez, tribunal o sala, si al conocer ese informe no están juzgando los hechos juzgados por éste, y por ende, no hay precepto jurídico que deba aplicar o inaplicar?

Lo que hace el Tribunal Constitucional, al conocer un informe de declaratoria de inaplicabilidad de un precepto jurídico por inconstitucional, es analizar la motivación que tuvo el juez, tribunal o sala para **considerar como inconstitucional** al precepto jurídico inaplicado, y al mismo tiempo, el propio Tribunal, confronta al precepto jurídico inaplicado con las disposiciones constitucionales y de los tratados y convenios internacionales, para tener la certeza de si es o no inconstitucional, y posteriormente resolver. El informe únicamente sirve de base para que el Tribunal efectúe el análisis, pero no se limita a éste. El Tribunal Constitucional, en los casos de inaplicabilidad de preceptos jurídicos, nunca puede analizar los hechos juzgados por el juez, tribunal o sala, ni tampoco la motivación para resolver el caso concreto, ya que la Constitución no se lo permite. En definitiva, no puede analizar la sentencia, el auto, ni el laudo (según el caso).

2. La declaratoria de inaplicabilidad de un precepto jurídico por inconstitucional, ¿puede producir efectos generales y obligatorios?

La respuesta es NO. Toda declaratoria de inaplicabilidad por inconstitucional produce efectos inter partes, y sólo obliga a las partes del proceso, justamente porque **se inaplica** un precepto jurídico **aplicable** a un **caso concreto**. No se conoce de precepto jurídico que sea inaplicable por inconstitucional a un caso general, porque ningún caso es general. Todo caso es particular, y todo precepto jurídico se aplica o inaplica a un caso particular.

3. ¿Cuál sería el objeto de que el Tribunal Constitucional declare la inaplicabilidad de un precepto jurídico por inconstitucional, con efectos generales y obligatorios, si tiene la atribución de declarar la inconstitucionalidad del mismo, con iguales efectos? No es lógico. No habría diferencia entre la declaratoria de inaplicabilidad por inconstitucional y la declaratoria de inconstitucionalidad. Además, el propio Tribunal Constitucional ya lo manifestó en el caso signado con el Nro. 003 – 2001 – DI:

Que la competencia del Tribunal Constitucional dentro de lo establecido en el artículo 274 del texto constitucional, radica en declarar la inconstitucionalidad con carácter general y obligatorio respecto de la inaplicabilidad de un precepto jurídico contrario a la Constitución; y no se trata de que el Tribunal declare con carácter general y obligatorio la inaplicabilidad de un precepto jurídico<sup>47</sup>.

---

<sup>47</sup> Registro Oficial No 448, miércoles 7 de noviembre del 2001.



## **CAPÍTULO IV CONCLUSIONES**

### **ANÁLISIS PREVIO.-**

Como introducción a este análisis, es preciso señalar que el Tribunal Constitucional ha conocido y resuelto, en estos ocho años de vigencia de la actual Constitución, únicamente informes de inaplicabilidad presentados por jueces y tribunales que conforman la Función Judicial, no así informes de inaplicabilidad por parte de jueces militares y de policía, tribunales de arbitraje en derecho, tribunales de conciliación y arbitraje que resuelven conflictos colectivos y, mucho menos, de autoridades de los pueblos indígenas que ejercen funciones de justicia.

En cuanto a los informes antes mencionados, éstos llegan a cincuenta y dos.

Al Dr. Antonio Rodríguez Vicens no le sorprende la cifra, la cual le parece muy baja. Pero a los doctores Ernesto Albán Gómez y Ernesto López Freire les agradó hasta cierto punto el número, ya que antes de que entre en vigencia la actual Constitución, ni la Corte Suprema, ni los tribunales de última instancia, habían hecho uso de similar atribución que les confería la Constitución de 1978. Para ambos, esta cifra demuestra en algo un progreso, pero para el Dr. Ernesto López, no lo suficiente.

### **1) Órganos de la Función Judicial que han declarado la inaplicabilidad de un precepto jurídico por inconstitucional.-**

#### **Corte Suprema:**

- Presidente de la Corte Suprema de Justicia (competente en razón del fuero); y,

- Primera Sala de los Laboral y Social de la Corte Suprema de Justicia.

#### **Cortes Superiores:**

- Quinta Sala de la Corte Superior de Justicia de Quito;
- Segunda Sala de la Corte Superior de Justicia de Riobamba;
- Corte Superior de Justicia de Esmeraldas;
- Segunda Sala de la Corte Superior de Justicia de Azogues; y,
- Segunda Sala de lo Penal, Colusorios y de Tránsito de la Corte Superior de Justicia de Quito.

#### **Tribunales de lo Contencioso Administrativo y de lo Fiscal.-**

- Segunda Sala del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo, Distrito Quito; y,
- Primera Sala del Tribunal Distrital de los Fiscal.

#### **Tribunales Penales.-**

- Tribunal Segundo de lo Penal de Loja.

#### **Juzgados:**

- Juzgado Segundo de lo Penal de Cotopaxi;
- Juzgado Segundo de lo Civil de Cotopaxi;
- Juzgado Segundo de lo Penal del Azuay;
- Juzgado Segundo de Tránsito del Azuay;
- Juzgado Tercero de Tránsito del Azuay;
- Juzgado Octavo de lo Civil de Cuenca;
- Juzgado Primero de Tránsito de Chimborazo;
- Juzgado Segundo de Tránsito de Chimborazo;
- Juzgado Sexto de Tránsito del Guayas;

- Juzgado Tercero del Trabajo del Guayas;
- Juzgado Décimo de lo Civil de Guayaquil;
- Juzgado Vigésimo Octavo de lo Civil de Guayaquil;
- Juzgado Séptimo de lo Civil de Pichincha; y,
- Juez Fiscal de Guayaquil.

**2) En cuanto a si una de las partes solicitó al juez, tribunal o sala el declarar la inaplicabilidad de un precepto jurídico por inconstitucional, o si el juez, tribunal o sala declaró de oficio tal inaplicabilidad.-**

De los cincuenta y dos casos sobre inaplicabilidad de preceptos jurídicos, apenas una fue a pedido de parte y gracias a que el juez consideró viable el declarar tal inaplicabilidad, las cincuenta y un restantes fueron de oficio.

En términos generales, para los tres juristas consultados esto demuestra una sola cosa: El abrumador desconocimiento por parte de la gran mayoría de abogados sobre el contenido de la Constitución y de los tratados y convenios internacionales, lo cual se demuestra al momento de litigar y no solicitar al juez que declare la inaplicabilidad de un precepto jurídico cuando este vulnera un derecho de su cliente, consagrado en los textos legales antes mencionados. Y esto, habiendo miles de preceptos jurídicos inconstitucionales que, igual, se aplican en miles de casos.

**3) En cuanto a los preceptos jurídicos contrarios a la Constitución que han sido inaplicados.-**

De sesenta preceptos jurídicos inaplicados, veinticinco corresponden a leyes ordinarias, uno a un reglamento, tres a decretos ejecutivos, uno a un

Decreto Supremo, veintinueve a resoluciones emitidas por la Corte Suprema de Justicia, y uno a una circular del Servicio de Rentas Internas.

Es preciso mencionar lo siguiente: En el caso signado con el Nro. 003 – 2001 – DI, la Corte Superior de Justicia de Esmeraldas declaró inaplicable por inconstitucional el artículo 31 de la Ley de Fabricación, Importación, Exportación, Comercialización y Tenencia de Armas, Municiones, Explosivos y Accesorios, porque entró en vigencia en la época de la dictadura militar, contraviniendo lo dispuesto en el artículo 24 numeral 1 de la Constitución. En definitiva, dicha Corte inaplicó aquel precepto jurídico porque consideró que había una inconstitucionalidad de forma en la Ley que lo contenía. De acuerdo con lo analizado en el anterior capítulo, los jueces, tribunales o salas únicamente pueden declarar inaplicable un precepto jurídico aplicable al caso concreto, cuando éste es **contrario** a la Constitución o Tratados y convenios internacionales (lo que en doctrina se conoce como inconstitucionalidad de fondo), no cuando éste, o la Ley que lo contiene (de acuerdo con el caso expuesto) es o puede ser inconstitucional por la forma. La Corte de Esmeraldas cometió un gravísimo error.

**4) En cuanto a los informes sobre inaplicabilidad de preceptos jurídicos inconstitucionales presentados al Tribunal Constitucional por los jueces, tribunales o salas.-**

De los cincuenta y dos casos resueltos por el Tribunal Constitucional, treinta y ocho contaban con el respectivo informe, diez con copias certificadas de la sentencia o auto en que se declaró la inaplicabilidad del precepto jurídico, dos no contaban con informe alguno porque los jueces omitieron

presentarlo, en uno de los casos los ministros se presentaron al Tribunal Constitucional para informarle sobre la inaplicabilidad de algunos preceptos jurídicos, y el que queda no se sabe porque no se encontró el expediente.

El Artículo 274 inciso segundo de la Constitución es muy claro: El juez, tribunal o sala que inaplicó un precepto jurídico por inconstitucional, debe presentar un **INFORME** al Tribunal Constitucional. La Constitución no menciona ni copia del auto o sentencia certificada, ni que el juez, tribunal o sala deba presentarse ante el Tribunal Constitucional para informarle sobre la inaplicabilidad, peor aún que no presente informe alguno. Lo curioso es que el Tribunal Constitucional dio trámite a aquellas copias certificadas de sentencias y autos, así como a inaplicabilidades cuyos informes nunca fueron presentados; en estos últimos casos, coincidió que se trataban de amparos constitucionales que fueron apelados y que, gracias a ello, el Tribunal Constitucional tuvo conocimiento de tales inaplicabilidades.

Pero, algunos informes también llaman la atención, ya que ciertos jueces, tribunales y salas solicitaron, demandaron o pidieron al Tribunal Constitucional que declare la inconstitucionalidad de los preceptos jurídicos inaplicados, lo cual no les está permitido, a más de que un informe no tiene por finalidad el solicitar, demandar o pedir algo, ni siquiera el recomendar, sino simplemente el poner en conocimiento de algo.

**5) En cuanto a las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en los casos de inaplicabilidad de preceptos jurídicos inconstitucionales.-**

De los cincuenta y dos casos conocidos por el Tribunal Constitucional, éste resolvió declarar la inconstitucionalidad en siete. Los términos utilizados fueron de lo más diversos: "Declarar con carácter general y obligatorio la inconstitucionalidad...", "aceptar parcialmente la demanda (¿?) por razones de fondo y suspender sus efectos...", "declarar la inconstitucionalidad...".

Más diversos aún fueron los términos utilizados en los restantes casos (cuarenta y cinco en total): "Declarar improcedente la declaratoria de inaplicabilidad...", "declarar que no hay lugar a la petición (¿?) formulada...", "disponer el archivo del expediente", "desechar la inconstitucionalidad...", "desechar la inaplicabilidad...", "desechar las pretensiones (¿?) planteadas...", "desechar la petición (¿?) de inaplicabilidad(¿?)...", "declarar que no hay lugar a la inconstitucionalidad...", "desechar el informe de inaplicabilidad y el pedido (¿?) de inconstitucionalidad...".

Para el Dr. Ernesto López Freire, constituye un error por parte del Tribunal Constitucional el utilizar tantos términos al momento de resolver. Si declara la inconstitucionalidad no habría tanto problema, ya que siempre hará mención a la inconstitucionalidad, pero cuando debe desechar el informe, no hay certeza de lo que resuelve, por lo que él considera que al momento de resolver, en este último caso, el Tribunal Constitucional debería decir: "Rechazase la inaplicación, y punto". O bien, también: Rechazase el informe sobre la declaratoria de inaplicabilidad.

Pero lo más grave de las resoluciones del Tribunal Constitucional no radica en lo antes mencionado, sino en lo mediocre de los fundamentos de derecho.

Como ejemplo lo siguiente:

En el caso de inaplicabilidad mencionado en el número tres de este capítulo (Corte Superior de Justicia de Esmeraldas), el fundamento del Tribunal Constitucional para “desechar la inconstitucionalidad del artículo 31...” en lo principal fue:

... las leyes dictadas dentro de los regímenes de facto tienen plena vigencia y al declararse a éstas inconstitucionales podría crearse inseguridad y caos en el ordenamiento jurídico...<sup>48</sup>.

El Tribunal Constitucional debió fundamentar su resolución en la imposibilidad que tienen los jueces, tribunales y salas de declarar la inaplicabilidad de un precepto jurídico por una inconstitucionalidad “de forma”, debido a que la disposición del 274 de la Constitución habla de aquellos preceptos jurídicos **contrarios** (en cuanto a su contenido) a la Constitución, no lo debía hacer en base a que se podría crear inseguridad y caos en el ordenamiento jurídico.

En términos generales, la gran mayoría de los fundamentos del Tribunal Constitucional no son claros, en muchos el Tribunal se ha limitado a transcribir artículos, sin **explicar** el por qué de su fundamento, en otros pareciera que no analizara la constitucionalidad de los preceptos jurídicos inaplicados, sino su legalidad, y en dos principalmente, cometió un grave error al fundamentar, al decir:

Casos Nos. 004 – 2002 – DI y 005 – 2002 – DI.-

---

<sup>48</sup> Registro Oficial No. 448, miércoles 7 de noviembre del 2001.

Que, el pleno del Tribunal Constitucional en Resolución Nro. 088 – 2001 – TP, por unanimidad, rechazó la demanda de inconstitucionalidad por el fondo del artículo 231 del Código de Procedimiento Penal...<sup>49</sup>.

Que al existir Resolución del Pleno del Tribunal Constitucional con respecto a los mismos parámetros jurídicos de la declaratoria de inaplicabilidad del Juez Fiscal..., su pronunciamiento produce los mismos efectos jurídicos para los casos 004 – 2002 – DÍ y 005 – 2002 – DI, **por ser cosa juzgada**<sup>50</sup>

Sólo la declaratoria de inconstitucionalidad produce efecto de cosa juzgada, lo que quiere decir que, habiendo declarado el Tribunal Constitucional la inconstitucionalidad de una ley, decreto, etc, o artículo de tal ley o decreto, sería absurdo el presentar una demanda de inconstitucionalidad en contra de lo ya declarado inconstitucional, o en el caso que interesa, el declarar inaplicable por inconstitucional a un precepto jurídico que ya dejó de existir en el ordenamiento jurídico, porque su inconstitucionalidad ya fue declarada por el Tribunal Constitucional. Todo lo anterior no ocurre cuando el Tribunal Constitucional no declara la inconstitucionalidad de una ley, decreto, etc, por el hecho de que en un futuro mediato, puede cambiar de criterio si se presenta una demanda de inconstitucionalidad o un informe de inaplicabilidad, según el caso, o puede continuar considerando el no declarar la inconstitucionalidad de x ley o precepto jurídico. El hecho, en definitiva, consiste en que si el Tribunal Constitucional no declara la inconstitucionalidad de una ley, decreto, o un precepto jurídico, ello no

---

<sup>49</sup> Registro Oficial No. 30, miércoles 26 de febrero de 2003.

<sup>50</sup> Ibid.



produce efecto de cosa juzgada, por lo que se puede continuar presentando demandas de inconstitucionalidad en contra de aquellas leyes o preceptos jurídicos, o inaplicando aquellos preceptos jurídicos. Y en ese sentido también se ha manifestado el Dr. Ernesto Albán Gómez, y el propio Tribunal Constitucional. Como ejemplo se pueden citar los casos Nro. 002 – 2003 – DI y Nro. 0002 – 05 – TC, que tratan sobre la detención en firme. En este último caso, el Tribunal manifestó:

Las resoluciones del Tribunal Constitucional en esta materia deciden la inconstitucionalidad del precepto impugnado o desechan la demanda, pero en ningún caso declaran la constitucionalidad de la norma impugnada, por no ser de su competencia, por lo que las normas cuya inconstitucionalidad se ha demandado, de haber merecido un pronunciamiento anterior del Tribunal Constitucional desechando la demanda, pueden volver a ser demandas ya que respecto a ellas no existe cosa juzgada<sup>51</sup>.

## **8. Identificación de los problemas de aplicación y posibles alternativas de solución.-**

### **1) Mala aplicación por parte de los jueces.-**

En primer lugar, es realmente preocupante la cantidad preceptos jurídicos que han inaplicado los jueces y que han sido desechados por el Tribunal Constitucional por no considerarlos inconstitucionales. Eso puede significar tres cosas: o que los jueces han interpretado mal el alcance, tanto de los preceptos jurídicos como de las normas constitucionales, y por eso han inaplicado erróneamente los primeros, ante lo cual habría error judicial,

---

<sup>51</sup> Suplemento R.O. No. 382, Lunes 23 de octubre del 2006

violando principios y derechos consagrados en la Constitución, tales como la tutela judicial efectiva y la seguridad jurídica; o, que el Tribunal Constitucional ha hecho esa errónea interpretación, lo cual sería muy alarmante y deplorable por la importancia que tiene éste en el desenvolvimiento del Estado (y esto es lo que más preocupa al Dr. Ernesto López Freire); o, que el Tribunal Constitucional, al ser evidentemente un órgano pésimamente integrado, con influencias de todo tipo, por no ser independiente, haya resuelto no en base a un análisis constitucional y jurídico en sí, sino en base a cualquier otro tipo de análisis (incluso corrupción), teniendo por tanto los jueces la razón, como en el caso de la detención en firme.

De todas maneras, cualquiera que sea la razón, no por ésta deja de ser criticable la mala preparación que tienen los jueces en general, salvo muy contadas excepciones. La gran mayoría de éstos no continúa estudiando y preparándose y, por ende, no domina el Derecho, por lo que no son verdaderos jueces, y todo esto influye en el desempeño de sus funciones y atribuciones, y una de ellas, evidentemente, la que ha sido objeto de este estudio. Es por ello necesaria la implementación de **una** Escuela de Jueces, como órgano de la Función Judicial (necesario por la Independencia de ésta), con una exigencia académica severísima, constituyéndose en el primer paso para la verdadera Carrera **Judicial** (sólo de jueces, y no de secretarios, amanuenses, etc.), fundamental para cambiar esto. Pero no pasa por ser la única alternativa de solución: los respetables juristas entrevistados han manifestado que esto, en sí, implica un profundo cambio

cultural, más que un cambio en el ordenamiento jurídico, y para que haya ese cambio cultural se necesita de preparación y mucho estudio, tanto en las escuelas, colegios, universidades, como en el ejercicio de la profesión, no se diga para ser juez.

## **2) Negligencia por parte de los abogados.-**

En cuanto a los abogados, dos cosas son criticables:

- 1) ¿Cómo puede ser posible que habiendo en el ordenamiento jurídico ecuatoriano tantos preceptos jurídicos evidentemente inconstitucionales, apenas uno de cincuenta y dos casos de inaplicabilidad resueltos por el Tribunal Constitucional, fue a petición de parte?; y,
- 2) ¿Por qué los abogados no recurrieron el auto o sentencia en el cual el juez declaró inaplicable un precepto jurídico por inconstitucional? (No en el sentido de que recurran por recurrir)

Una es la respuesta a estas dos preguntas: Mala formación de los abogados. Y en esto coinciden los tres juristas entrevistados. Los abogados, o la gran mayoría de éstos, desconocen la Constitución y los tratados y convenios internacionales (como ya se manifestó), no les interesa estudiarlos, analizarlos, aumentar los conocimientos doctrinales en relación a estas materias, y lo que es peor, pocos están en capacidad de discutir sobre materia constitucional. En el Ecuador proliferan los abogados legalistas y escasean los abogados constitucionalistas, y esto es un gravísimo error que comienza en las universidades. A la Constitución y a los tratados y convenios internacionales, no se les da la importancia que debería dárseles, y en un mundo globalizado. Por eso el Ecuador está como

está. Así que esto implica un cambio en el ámbito académico, más que cultural.

### **3) Pésima conformación del Tribunal Constitucional.-**

El Tribunal Constitucional, por la forma en cómo son designados sus vocales, por los inadecuados requisitos que éstos deben reunir y por la falta de Independencia en el ejercicio de sus atribuciones, es que sus resoluciones son de lo más lamentable y burlescas. El estudio así lo demuestra. Es por ello que éste debería ser un órgano de la Función Judicial, independiente en el ejercicio de sus atribuciones, en relación a cualquier otra institución del Estado, así como de la justicia ordinaria, la justicia militar y policial, y el Consejo Nacional de la Judicatura, y sus “vocales” deberían ser vitalicios, y más que todo **juristas**, con un altísimo grado de preparación en materias relacionados con el Derecho Público. En cuanto a su elección, una alternativa sería la siguiente: Producida un vacante, el Congreso Nacional presenta una terna al Tribunal Constitucional para que los vocales sean los que elijan al nuevo vocal, con la opción de rechazar, cuantas veces sea, la terna presentada por el Congreso, si los que integran la misma no reúnen los requisitos exigidos por la Constitución para llegar a tan Alto Tribunal. De igual forma, los vocales deberían ser destituidos por el propio Tribunal, de incurrir en alguna de las causales previstas para tal efecto.

## **9. Conclusiones.-**

- 1.** El control de la constitucionalidad de los preceptos jurídicos va íntimamente relacionado al Principio de Supremacía de la Constitución.

2. En Occidente hay tres sistemas de control constitucional: El Difuso, el efectuado por un órgano Político y el Concentrado.
3. Cada país, o ha adoptado uno de estos sistemas, o los ha adoptado a sus respectivas realidades de tal manera que coexisten. España, por ejemplo, ha adoptado el Sistema Concentrado. Colombia, se podría decir que tiene un Control Constitucional Mixto (Difuso y Concentrado), sin dejar de admirar el control de oficio que ejerce, en ciertos casos, la Corte Constitucional, y que no se lo ha encontrado en ninguno de los Sistemas estudiados. Perú tiene un Control Constitucional Mixto (Difuso y Concentrado), al igual que el Ecuador, pero con sus obvias diferencias.
4. En cuanto a la declaratoria de inaplicabilidad de los preceptos jurídicos inconstitucionales en el Ecuador, previamente se debería establecer el alcance de la norma constitucional, en cuanto a quiénes les está permitido el efectuar tal declaratoria. Una vez establecido, el Congreso Nacional debería efectuar las reformas legales pertinentes (Ley Orgánica de Control Constitucional) y dictar las leyes necesarias, de ser el caso.
5. Reformar el inciso segundo de la Constitución dada la incoherencia en la redacción, en relación con el inciso primero. Aquel inciso debería hacer referencia al informe sobre la declaratoria de inaplicabilidad, no de inconstitucionalidad.
6. Los jueces y tribunales están autorizados a declarar la inaplicabilidad de un precepto jurídico por inconstitucional cuando el contenido de éste es contrario, o a la Constitución, o a los Tratados y convenios internacionales.

7. Los jueces y tribunales están obligados a fallar o resolver el asunto controvertido, a pesar de declarar la inaplicabilidad de un precepto jurídico en un auto con fuerza de sentencia, en sentencia, o en el laudo arbitral, en caso de los tribunales de arbitraje en derecho, o en la resolución, en caso de los tribunales de conciliación y arbitraje que resuelven conflictos colectivos.
8. En el caso de los jueces y tribunales que conforman la Función Judicial, éstos deben enviar el informe sobre la declaratoria de inaplicabilidad, al Tribunal Constitucional, una vez ejecutoriado el auto o la sentencia en que efectuó dicha declaratoria. La razón: Evitar que el Tribunal Constitucional interfiera en las decisiones judiciales (Principio de Independencia). En el caso de los tribunales de conciliación y arbitraje que resuelven conflictos colectivos, de los tribunales de arbitraje en derecho y de las autoridades de los pueblos indígenas que ejercen funciones de justicia, se desconoce cuando deben presentar dicho informe, porque la ley no menciona sus fallos. Y, es más, en el caso de las autoridades de los pueblos indígenas, ni siquiera hay Ley que regule sus funciones de justicia.
9. Una vez que el Tribunal Constitucional tiene conocimiento del informe sobre la declaratoria de inaplicabilidad de un precepto jurídico por inconstitucional, éste debe resolver: o el desechar el informe, o el declarar la inconstitucionalidad del precepto jurídico inaplicado. Sería ilógico que declare la inaplicabilidad del precepto jurídico con efectos generales y obligatorios.

**10.** Abogados, jueces y vocales del Tribunal Constitucional, desconocen la Constitución y los tratados y convenios internacionales, fundamentales para poner en práctica la facultad (en caso de los abogados) y atribución (en caso de los jueces) previstas en el Artículo 274 de la Constitución. De igual forma, las resoluciones del Tribunal Constitucional demuestran que debe haber un cambio profundo en dicha institución del Estado. En definitiva, el cambio es institucional, cultural y académico.

## BIBLIOGRAFÍA

### Libros Consultados:

- Sagües, Néstor Pedro, Elementos de Derecho Constitucional, Tomo 1, 3ª edición, Astrea, Buenos Aires, 1999.
- Dueñas Ruiz, Oscar José, Lecciones de Teoría Constitucional, 1ª edición, Ediciones Librería del Profesional, Bogotá D.C., 2001.
- Obando, Hernán Alejandro, Derecho Constitucional e Instituciones Políticas, 3ª edición, Ediciones Librería del Profesional, Bogotá D.C., 2000.
- Vásquez del Mercado, Oscar, El Control Constitucional de la Ley, 1ª edición, Editorial Porrúa, Coyoacán, 1978.
- A. Vanossi, José Reinaldo, El Estado de Derecho en el Constitucionalismo Social, 3ª edición, Peudeba, Buenos Aires, 2000.
- Blanco Valdés, Roberto L., El Valor de la Constitución, Alianza Editorial, Madrid, 1994.
- Díaz Arenas, Pedro Agustín, Estado y Tercer Mundo, El Constitucionalismo, 3ª edición, Temis, S.F. de Bogotá, 1997.
- Wray Espinoza, Alberto, La Estructura del Orden Jurídico, El Control de la Constitucionalidad y la Administración de Justicia, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 1997.
- Naranjo Mesa, Vladimir, Teoría Constitucional e Instituciones Políticas, 7ª edición, Temis, S.F. de Bogotá, 1997.



- Aragón Reyes, Manuel, Constitución y Control de Poder, Universidad Externado de Colombia, 1999.
- López Guerra, Luis, La Justicia Constitucional en la Actualidad, Corporación Editora Nacional, Quito, 2002.
- Varios autores, Temas de Derecho Constitucional, Colección Profesional Ecuatoriana, Academia Ecuatoriana de Derecho Constitucional del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito, Quito, 2003.
- Wiecek, William M., Liberty Under Law. The Supreme Court in American Life, The John Hopking University Press, 1990, USA.
- Friendly, Fred W. y Elliot, Martha, The Constitution. That Delicate Balance. Landmark Cases that shaped the Constitution, 1984, USA.
- Hernández Terán, Miguel, La Tutela Judicial Efectiva como Instrumento esencial de la Democracia, Universidad Católica Santiago de Guayaquil, 2005.
- Fundación KONRAP ADENAUER, Derecho Constitucional para Fortalecer la Democracia Ecuatoriana, Tribunal Constitucional, Quito, 1999.
- Pólit Montes de Oca, Berenice, El Amparo Constitucional, su aplicación y límites, Volumen 19, Corporación Editora Nacional, Series "Estudios Jurídicos, Quito, 2002.
- Salgado Pesantes, Hernán, Manual de Justicia Constitucional Ecuatoriana, Corporación Editora Nacional, Quito, 2004.

- Bastida, Francisco J. y Requejo, Juan Luis, Cuestionario comentado de Derecho Constitucional. El Sistema de Fuentes y la Jurisdicción Constitucional, 2ª edición, Editorial Ariel S.A., Barcelona, 1999.
- Blanco Valdés, Roberto, Introducción a la Constitución de 1978, Alianza Editorial S.A., Madrid, 1998.
- Hernández Terán, Miguel, Seguridad Jurídica, Edino, Guayaquil, 2004.

#### **Diccionarios Consultados:**

- Gómez de Liaño, Fernando, Diccionario Jurídico, Ediciones Jurídicas, Mendoza.
- Guillermo Cabanellas, Diccionario de Derecho Usual, Tomo II, Librería Editorial DePalma, Buenos Aires, 1953.

#### **Legislación Consultada:**

- Constitución de la República de Colombia, con las reformas hasta el 2005.
- Código Contencioso Administrativo de Colombia.
- Decreto 2067 de 1991 (Colombia).
- Constitución de España.
- Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de España.
- Constitución Política del Perú.
- Ley Orgánica del Tribunal Constitucional del Perú.
- Código Procesal Constitucional del Perú.
- Constitución Política de la República del Ecuador.

- Ley Orgánica de Control Constitucional del Ecuador.

#### **Páginas Web Consultadas:**

- [www.conseil-constitutionnel.fr](http://www.conseil-constitutionnel.fr).
- [www.tribunalconstitucional.es](http://www.tribunalconstitucional.es).
- [www.tc.gob.pe](http://www.tc.gob.pe).
- [www.juridicas.unam.mx](http://www.juridicas.unam.mx).
- [http://en.wikipedia.org/wiki/Judicial\\_review](http://en.wikipedia.org/wiki/Judicial_review).
- <http://www.usergioarboleda.edu.co/Derecho/TeoriaAccionesConstidrTrejos.html>.
- [http://docencia.udea.edu.co/derecho/constitucion/accion\\_inconstitucionalidad.html](http://docencia.udea.edu.co/derecho/constitucion/accion_inconstitucionalidad.html).
- [http://docencia.udea.edu.co/derecho/constitucion/accion\\_tutela.html](http://docencia.udea.edu.co/derecho/constitucion/accion_tutela.html).
- [http://docencia.udea.edu.co/derecho/constitucion/jud\\_org\\_corteconstitucional.html](http://docencia.udea.edu.co/derecho/constitucion/jud_org_corteconstitucional.html).
- [http://docencia.udea.edu.co/derecho/constitucion/control\\_no\\_accion.html](http://docencia.udea.edu.co/derecho/constitucion/control_no_accion.html).

#### **Registros Oficiales Consultados:**

- Suplemento R.O. No. 331, Jueves 2 de diciembre de 1999.
- Suplemento R.O. No. 275, Jueves 1 de marzo del 2001.
- Suplemento R.O. No. 349, Lunes 18 de junio del 2001.
- Suplemento R.O. No. 398, Lunes 27 de agosto del 2001.
- R.O. No. 413, Lunes 17 de septiembre del 2001.

- R.O. No. 437, Lunes 22 de octubre del 2001.
- R.O. No. 448, Miércoles 7 de noviembre del 2001.
- R.O. No. 485, Miércoles 2 de enero del 2002.
- R.O. No. 539, Jueves 21 de marzo del 2002.
- R.O. No. 548, Jueves 4 de abril del 2002.
- R.O. No. 552, Miércoles 10 de abril del 2002.
- R.O. No. 27, Viernes 21 de febrero del 2003.
- R.O. No. 30, Miércoles 26 de febrero del 2003.
- R.O. No. 164, Lunes 8 de septiembre del 2003.
- R.O. No. 192, Viernes 17 de octubre del 2003.
- R.O. No. 374, Viernes 9 de julio del 2004.
- R.O. No. 463, Miércoles 17 de noviembre del 2004.
- R.O. No. 513, Jueves 27 de enero del 2005.
- R.O. No. 541, Jueves 10 de marzo del 2005.
- R.O. No. 547, Viernes 18 de marzo del 2005.
- Suplemento R.O. No. 274, Viernes 19 de mayo del 2006.

**Otros Documentos Consultados:**

- Acta No. 79. Sesión Matutina de la Asamblea Nacional Constituyente.  
Fecha: 8 de mayo de 1998.
- Acta No. 82. Sesión De la Asamblea Nacional Constituyente en la que se aprobó el Artículo 274 de la Constitución, entre otros artículos. Fecha: 4 de junio de 1998.

## ANEXO I

## CUADRO COMPARATIVO DEL CONTROL CONSTITUCIONAL EN COLOMBIA, ESPAÑA Y PERÚ

	Control Constitucional por un Órgano Político	Control Constitucional Difuso	Control Constitucional Concentrado	Control Constitucional Mixto				
				Preventivo	A Posteriori	Abstracto	Difuso	De Oficio
Colombia				X	X	X	X	X
España			X					
Perú				X	X	X	X	

## ANEXO II

### BREVE EXPLICACIÓN DE LOS MÉTODOS UTILIZADOS

Para efectuar el análisis, se obtuvo información:

- a) De los Registros Oficiales, desde agosto de 1998 hasta mayo del 2006; y,
- b) De las entrevistas a los doctores Ernesto Albán Gómez, Ernesto López Freire y Antonio Rodríguez Vicens.

En cuanto a las entrevistas, éstas fueron necesarias debido a ciertas inquietudes de orden práctico que surgieron a lo largo del análisis, principalmente en lo que se refiere a las alternativas de solución. Aunque algunos criterios, sobre todo los de carácter doctrinal, ya fueron mencionados en el anterior capítulo.

¿Por qué se entrevistó a aquellos doctores? Pues, por más que todo, la experiencia que tienen en la práctica jurídica y el profundo conocimiento doctrinal en materia de Derecho Constitucional, lo cual es de conocimiento público, y sus opiniones son muy respetadas.

## ANEXO III

## CASOS DE INAPLICABILIDAD DE PRECEPTOS JURÍDICOS INCONSTITUCIONALES

<b>Registro Oficial o Suplemento del Registro Oficial</b>	<b>Caso No.</b>	<b>Juez/Tribunal/Sala</b>	<b>Inaplicabilidad de</b>	<b>Presentó</b>	<b>Tribunal Constitucional resolvió</b>
Suplemento R.O. No. 331, Jueves 2 de diciembre de 1999	615 – 99 – IS	Quinta Sala de la Corte Superior de Justicia de Quito	Artículo 128 de la Ley de Tránsito	Copia certificada	Declarar la inconstitucionalidad de fondo de la parte pertinente del Artículo 128 de la Ley de Tránsito
Suplemento R.O. No. 275, Jueves 1 de marzo del 2001	001 – 2000 –DI	Segunda Sala del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, Distrito Quito	Artículo 1 del Decreto Ejecutivo No. 65 de 26 de agosto 1992, inciso primero del Art. 53 de la Ley de Modernización del Estado, inciso primero del Art. 28 e inciso segundo del Art. 29 del Decreto Ejecutivo No. 2328 de 29 de noviembre de 1994	Sentencia certificada	Declarar improcedente la declaratoria de inaplicabilidad de las normas antes mencionadas, porque no se encontraban vigentes.
					Declarar que no

<p>Suplemento R.O. No. 349, Lunes 18 de junio del 2001</p>	<p>003 – 2000 – DI</p>	<p>Presidente de la Corte Suprema de Justicia</p>	<p>Artículo 33 de la Ley para la Transformación Económica del Ecuador, modificado por el Artículo 5 de la Ley Reformatoria a la Ley para la Transformación Económica del Ecuador, la cual agregaba varios incisos al final del Art. 174 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero Nacional</p>	<p>Informe sobre la declaratoria</p>	<p>había lugar a la petición formulada debido a que el Artículo 174 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero fue sustituido mediante Decreto – Ley 200-1, por lo cual las disposiciones alegadas dejaron de tener vigencia, a más de que los incisos tercero, cuarto, quinto, sexto y séptimo del Art. 116 de la Ley para la Promoción de Inversión fueron declarados inconstitucionales en diciembre del 2000, por lo que no existen en el ordenamiento jurídico.</p>
<p>Suplemento R.O. No. 398, Lunes 27</p>	<p>002 – 2000 – DI Y</p>	<p>Quinta Sala de la Corte Superior de</p>	<p>Disposición transitoria décima de</p>	<p>Informes</p>	<p>Archivar el expediente, porque el órgano de control constitucional ya adoptó</p>



de Agosto del 2001	004 – 2000 – DI	Justicia de Quito	la Ley de Propiedad Intelectual		pronunciamiento sobre la temática cuya declaratoria de inconstitucionalidad solicitan los Ministros.
Registro Oficial No. 413, Lunes 17 de septiembre del 2001	001 – 2001 – DI Y 002 – 2001 – DI	Juez Segundo de lo Penal del Azuay	Artículo 5 de la Ley Reformativa de la Ley sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas y la Resolución Nro. 022 – CD.	En el un caso presentó copia certificada. No hay el expediente del otro caso.	Aceptar parcialmente la demanda por razones de fondo y suspender los efectos de la resolución del Consejo Directivo del CONSEP
Registro Oficial No. 437, Lunes 22 de octubre del 2001	763 – 98 – IS	Segunda Sala de la Corte Superior de Justicia de Riobamba	Inciso segundo del numeral tercero del Art. 871 del Código de Procedimiento Civil	Informe	Declarar que no es procedente la declaratoria de inaplicabilidad de aquel precepto jurídico
Registro Oficial No. 448, Miércoles 7 de noviembre del 2001	003 – 2001 – DI	Corte Superior de Justicia de Riobamba	Artículo 31 de la Ley de Fabricación, Importación, Exportación, Comercialización y Tenencia de Armas, Municiones, Explosivos y Accesorios	Resolución certificada	Desechar la inconstitucionalidad del Artículo 31 del Decreto Supremo 3757, que contiene la Ley antes mencionada
Registro Oficial No.		Primera Sala de lo	Artículo 2 del Reglamento de Carrera Judicial y		Declarar la

485, Miércoles 2 de enero del 2002	004 – 2001 – DI	Laboral y Social de la Corte Suprema de Justicia	del Decreto Supremo No. 283, publicado en el Registro Oficial No. 50 del 1 de septiembre de 1970	Copias certificadas de las dos sentencias	inconstitucionalidad de los preceptos jurídicos antes mencionados
Registro Oficial No. 539, Jueves 21 de marzo del 2002	027 – 2001 – DI	Juez Segundo de lo Penal del Azuay	Artículo 216 numeral 9 del Código de Procedimiento Penal	Informe	Desechar la petición de inaplicabilidad de la norma contenida en el número 9 del Artículo antes mencionado.
Registro Oficial No. 548, Jueves 4 de abril del 2002	001 – 2002 - DI	Juez Séptimo de lo Civil de Pichincha	Inciso tercero del artículo 29 de la Ley para la Promoción de la Inversión y Participación Ciudadana	No presentó informe	Desechar la declaratoria de inaplicabilidad del tercer inciso del Artículo 29 de la Ley antes mencionada.
Registro Oficial No. 552, Miércoles 10 de abril del 2002	005 – 2001 – DI hasta 026 – 2001 – DI, 028 – 2001 – DI y 029 – 2001 - DI	Jueces de Tránsito Primero y Segundo de Chimborazo y Segundo y Tercero del Azuay	Resolución de la Corte Suprema de Justicia publicada en el Registro Oficial No. 380 de 31 de julio del 2001	Informes	Desechar las pretensiones planteadas por los Jueces de Tránsito
Registro Oficial No. 27, Viernes 21 de Febrero de 2003	007 – 2002 - DI	Primera Sala del Tribunal Distrital de lo Fiscal de Quito	Artículo 2 de la circular No 002 – A, expedida por la Directora General del Servicio de Rentas Internas, publicada en el RO. Nro. 31 de 8 de marzo de 2002	Trascripción de la resolución, con una exposición de motivos sobre la declaratoria de inaplicabilidad	Desechar la declaratoria de inaplicabilidad del artículo antes mencionado

Registro Oficial No. 30, Miércoles 26 de Febrero de 2003	004 – 2002 – DI Y 005 – 2002 – DI	Juez Fiscal de Guayaquil	Artículo 231 del Código de Procedimiento Penal	Copias certificadas del auto de llamamiento a juicio	Desechar la petición de inaplicabilidad, porque el Tribunal Constitucional, en resolución Nro. 088 – 2001 – TP, por unanimidad, rechazó la demanda de inconstitucionalidad por el fondo de aquel Artículo
Registro Oficial No. 164, Lunes 8 de Septiembre de 2003	001 – 2003 – DI	Segunda Sala Corte Superior de Justicia de Azogues	Artículos 106, 112, 113, 115, y 116 de la Ley de Tránsito y Transporte Terrestre	Informe	Desechar la declaratoria de inaplicabilidad presentada por aquella Sala
Registro Oficial No. 192, Viernes 17 de Octubre de 2003	003 – 2003 – DI	Juez Tercero del Trabajo del Guayas	Artículo 121 de la Ley de Mercado de Valores	Informe	Declarar que no hay lugar a la inconstitucionalidad de tal artículo
	002 – 2003 – DI	Juez Segundo de lo Penal de Cotopaxi	Reforma establecida en el Artículo 173-A, con relación al Art. 232, numeral cuarto, del Código de Procedimiento Penal	Copia de llamamiento a la etapa de juicio	Desechar la inconstitucionalidad del Artículo inaplicado
Registro Oficial No. 374, Viernes 9 de Julio del 2004	001 – 2004 – DI	Juez Segundo de lo Civil de Cotopaxi	Inciso Segundo del Artículo 255 del Código de Procedimiento Penal	Informe	Aceptar parcialmente la demanda y en consecuencia declarar inconstitucionales por el fondo, con

					carácter general y obligatoria, las palabra "ni" y "ni después", del Artículo 255
Registro Oficial No. 463, Miércoles 17 de Noviembre del 2004	002 – 2004 – DI	Juez Segundo de lo Penal de Cotopaxi	Artículo 217, numeral 7 del Código de Procedimiento Civil	Informe	Declarar inconstitucional por el fondo
Registro Oficial No. 513, Jueves 27 de Enero del 2005	003 – 04 – DI Y 004 – 04 – DI	Segunda Sala de lo Penal, Colusorios y de Tránsito de la Corte Superior de Justicia de Quito	Inciso quinto del Artículo 122 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas	Informes	Desechar el informe de inaplicabilidad y el pedido de inconstitucionalidad
Registro Oficial No. 541, Jueves 10 de marzo del 2005	0005 – 04 – DI	Juez Sexto de Tránsito del Guayas	Artículos 2, 3,5, 7 y 9 de la Resolución obligatoria expedida el 7 de octubre de 2003 por la Corte Suprema de Justicia	Informe	Desechar la declaratoria de inaplicabilidad presentado por el Juez, por presentación prematura, ya que su fallo no está ejecutoriado
Registro Oficial 547, Viernes 18 de marzo del 2005	008 y 009 – 03 – DI	Juez Décimo de lo Civil de Guayaquil y Juez Vigésimo Octavo de lo Civil de Guayaquil	Literales f y h del Art. 56 de la Ley General de Seguros y 58 ibídem	Informes	Desechar los informes de inaplicabilidad de los artículo antes mencionados
Suplemento R.O. No. 274, Viernes 19 de mayo del 2006	0002 – 06 - DI	Juez Octavo de lo Civil de Cuenca	Artículo 260 del Código Civil (Actual Codificación)	Informe	Declarar la inconstitucionalidad y suspender la aplicación con el carácter de general

					<b>y obligatorio</b>
Suplemento R.O. No. 274, Viernes 19 de mayo del 2006	0007 – 04 – DI Y 001 – 05 – DI	Tribunal Segundo de lo Penal de Loja Y Juez Segundo de lo Penal de Cotopaxi	Artículo 37 numeral 1 y 21 de la Ley de Migración	Informes	Desechar la declaratoria de inaplicabilidad

## ANEXO IV

## ENTREVISTAS

PREGUNTAS EFECTUADAS Y UN BREVE DESARROLLO DE LAS  
RESPUESTAS

(Las entrevistas, en su totalidad, se encuentran en el Porta Disquete)

**1.- ¿A quiénes les está permitido declarar la inaplicabilidad de un precepto jurídico por inconstitucional? ¿Cuál es el alcance del Art. 274 de la Constitución en ese sentido?**

Para el Dr. Antonio Rodríguez Vicens, la norma constitucional no se refiere exclusivamente a los jueces que conforman la Función Judicial, sino que la misma es aplicable a todos los jueces, inclusive los de policía, de las Fuerzas Armadas. Pero también habría que aplicar la norma constitucional que se refiere a la Unidad Jurisdiccional. De igual forma, la norma incluye a los árbitros, ya que éstos son creados por el sistema jurídico, y son jueces que sustituyen, en gran medida, a la Función Judicial.

En cambio, el Dr. Ernesto López Freire considera que la norma constitucional incluye a tres clases de jueces: 1) Los que son propiamente de la Función Judicial; 2) Los que ejercen la función de árbitros, ya que la Constitución abre la posibilidad de que ejerzan jurisdicción; y, finalmente, 3) Los tribunales de conciliación y arbitraje que resuelven conflictos colectivos de trabajo, de acuerdo con el Artículo 35 de la Constitución.

Por su parte, el Dr. Ernesto Albán Gómez considera que la Constitución dice "Cualquier juez o tribunal", lo que quiere decir que no se excluye, en principio, a

ningún juez o tribunal, del tipo que sea, inclusive los jueces militares, de policía y los tribunales de arbitraje, ya que éstos también ejercen jurisdicción.

**2.- ¿Por qué los jueces deben presentar el informe sobre la inaplicabilidad de un precepto jurídico, al Tribunal Constitucional, una vez que se ha ejecutoriado la sentencia o auto en el cual declaró tal inaplicabilidad? Ver el Artículo 12 numeral seis de la Ley Orgánica de Control Constitucional.**

Los tres juristas entrevistados coinciden en que lo que la Ley trata de hacer es de proteger que el Tribunal Constitucional no intervenga en las atribuciones y decisiones de la Función Judicial, por el Principio de Independencia.

**3.- Desde que entró en vigencia la actual Constitución hasta el mes de mayo del 2006, el Tribunal Constitucional ha resuelto cincuenta y dos casos de inaplicabilidad de preceptos jurídicos. De esos cincuenta y dos casos, apenas uno fue a pedido de parte y gracias a que el juez consideró viable el declarar tal inaplicabilidad, las cincuenta y un restantes fueron de oficio, ¿cómo interpreta esto, habiendo en nuestra legislación un sinnúmero de preceptos jurídicos inconstitucionales?**

El Dr. Ernesto Albán Gómez considera que los jueces están cumpliendo con su trabajo, a comparación de lo que ocurría antes de que entre en vigencia la actual Constitución. Pero que en el caso de los abogados, éstos no saben Derecho Constitucional, o la gran mayoría de ellos desconoce el tema, no le interesa, y eso se refleja en que apenas una de las declaraciones de inaplicabilidad fue a pedido de parte.

En cambio, el Dr. Ernesto López Freire, a pesar de que le agradó el número, es radical, y con mucha razón: Tanto los abogados como los jueces ignoran el

contenido del Artículo 274 de la Constitución, y de la Constitución en sí, e, inclusive, muchos jueces aún se admiran cuando se les solicita que declaren la inaplicabilidad de un precepto jurídico por inconstitucional: “Nosotros no somos competentes para declarar la inaplicación de nada. ¿De qué nos está hablando?”.

En términos mucho más enérgicos se manifiesta el Dr. Antonio Rodríguez Vicens, ya que tanto abogados como jueces desconocen la Constitución, y mucho menos la han estudiado. No se diga los Tratados y convenios internacionales. A más de la responsabilidad que tienen los primeros frente a sus clientes. Pero los jueces también tienen un altísimo grado de responsabilidad, ya que si el abogado es un ignorante de la Ley Fundamental, el juez es el que debe suplir esa ignorancia, pero no lo hace, porque también es un ignorante, y todo esto por la formación deficiente que ambos tienen.

**4.- Hay un alto número de preceptos jurídicos que han sido inaplicados por los jueces, y que, a consideración del Tribunal Constitucional, no son inconstitucionales. ¿Se puede hablar de error judicial? ¿Hasta qué punto es responsabilidad del juez, tribunal o sala, y hasta qué punto es responsabilidad de la parte que no recurrió el auto o sentencia en que se declaró tal inaplicabilidad y que, de una u otra forma, le pudo afectar? ¿Qué alternativas de solución propondría?**

Los tres juristas consultados coincidieron en que hay error judicial, pero no por ello deja de ser también responsabilidad del abogado que no recurrió el auto o sentencia en que se declaró tal inaplicabilidad, ya que éste está en la obligación de defender los intereses de sus clientes, y con mucha mayor razón



cuando tiene conciencia de que el juez se equivocó en su fallo. Pero se vuelve a lo ya señalado en la respuesta anterior: Si el abogado desconoce la Constitución, obviamente la defensa de su cliente va a ser de lo peor. Por lo que el cambio es cultural y académico, y esa sería la principal alternativa de solución que plantean.

**5.- ¿Por qué los fundamentos del Tribunal Constitucional, en la mayoría de resoluciones sobre casos de inaplicabilidad de preceptos jurídicos, no son claros, muchos tienen errores doctrinales y poco convincentes? ¿Qué solución plantearía Ud.?**

De nuevo los tres juristas consultados coinciden en cuanto a las causas: 1) Mala formación de aquellos que son designados vocales del Tribunal Constitucional; 2) No hacen un análisis jurídico de los casos puestos a su conocimiento, sino que se basan en otras consideraciones; y, 3) Graves sospechas de corrupción. En cuanto a las soluciones que plantean, coinciden tanto el Dr. Antonio Rodríguez Vicens como el Dr. Ernesto López Freire: el cambio es cultural. Si no cambiamos culturalmente, no llegaremos a ningún lado.

En cambio, el Dr. Ernesto Albán Gómez va más allá: Acepta que es necesario un cambio cultural, pero también manifiesta la necesidad de que el Tribunal Constitucional sea independiente en el ejercicio de sus atribuciones. No está muy seguro de que la solución sea que el Tribunal Constitucional forme parte de la Función Judicial, pero si pasa a ser, que no sea una Sala de la Corte Suprema, sino un órgano distinto de la misma, porque en casación, el razonamiento es estrictamente jurídico, no así en el control de la constitucionalidad, el Tribunal Constitucional tiene su dosis política. De igual

forma, no está de acuerdo que los vocales del Tribunal Constitucional sean vitalicios ni que sean reelegibles. Estos se deberían renovar cada seis o nueve años, ya que debe llegar gente con mentalidad nueva cada vez, porque la sociedad evoluciona. Pero asegura que todo esto es discutible. Lo fundamental es que el Tribunal sea independiente.

