El control constitucional en Ecuador y Colombia: un análisis comparado

Álvaro Gutiérrez Godoy

1. Prefacio

El presente ensayo tiene como objeto analizar comparativamente, desde la perspectiva ecuatoriana y colombiana, la figura del control constitucional, entendida como el conjunto de mecanismos, materiales y formales, establecidos en un ordenamiento jurídico, diseñados con el fin de salvaguardar la supremacía de la Constitución dentro del cualquier ordenamiento jurídico.

Para lo anterior, se han tenido en cuenta, en primer lugar, los textos constitucionales de las dos naciones, las normas que desarrollan el tema en particular, la doctrina pertinente y la jurisprudencia, que dada la novedad de la constitución ecuatoriana se ha limitado, salvo en algunos casos, al caso colombiano.

En cuanto a la metodología, se ha tomado como guía, los temas más relevantes analizados por el profesor Agustín Grijalva Jiménez en su artículo "Perspectivas y desafíos de la Corte Constitucional", documento que hace parte de la complicación, que sobre temas constitucionales ha realizado el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del Ecuador; así mismo, se ha contado con la ayuda del doctor Juan Montaña Pinto, asesor de la Corte Constitucional ecuatoriana, quien ha colaborado a través de sus impresiones y comentarios respecto de las particularidades de la constitución ecuatoriana y sus puntos de encuentro con la carta magna colombiana.

2. La Corte constitucional

Desde la perspectiva ecuatoriana, "es el máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia"[1], y es la respuesta al deseo, de la Asamblea Constituyente de 2008, de fortalecer el anterior Tribunal Constitucional, otorgándole mayores atribuciones. En el caso colombiano, la Corte Constitucional es el órgano al cual "se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución[2]" y nace, a partir de la vigente constitución de 1991, como consecuencia de la escisión en un órgano independiente, de las funciones que anteriormente desempeñaba la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

En cuanto a su composición las dos son cuerpos colegiados[3], integrados por nueve funcionarios; la forma de su elección difiere sustancialmente, en uno y otro caso, siendo para el caso ecuatoriano, el resultado de la designación que realicen una comisión calificadora integrada por dos personas nombradas por cada una de las funciones, Legislativa, Ejecutiva y de Transparencia y de Control Social, a través de un proceso de concurso público, con veeduría[4]; además dicha designación se hará, a futuro renovando por tercios cada tres años, con todo el periodo de cada miembro será de nueve años sin reelección inmediata.

En Colombia, la constitución establece que los miembros de la Corte son elegidos el Senado de la República (una de las dos cámaras en las que se divide el Congreso de la República, quien es el órgano legislativo), para períodos individuales de ocho años, de ternas que le presenten el Presidente de la República, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado (tribunal supremo de los contencioso –administrativo). En ningún caso, los miembros elegidos podrán ser reelegidos[5].

Más allá de los cuestionamientos políticos propios del devenir normal de cualquier estado, y de las posibilidades de que estos sistemas de integración de las cortes, garanticen la independencia de las mismas, es importante resaltar que en el caso ecuatoriano a diferencia del colombiano, se ha previsto dicho sistema en concomitancia con la posibilidad de reelección presidencial, lo cual no se presenta en el caso colombiano, por ser la reelección del jefe de estado, producto de una reforma constitucional posterior.

3. Interpretación constitucional

Sea lo primero manifestar que considerar a la Corte Constitucional como la máxima instancia de interpretación constitucional, es una de las reformas más importantes de la constitución ecuatoriana, tal atribución que en el orden constitucional anterior correspondía al congreso, desde la nueva carta política de 2008, ha pasado a ser una atribución de la corte constitucional, lo cual constituye un importante avance en la materia, en efecto, como lo manifiesta el profesor Grijalva Jiménez "mal puede el Congreso o la Asamblea Nacional dictar leyes y al mismo tiempo, vía interpretación de la Constitución, decidir si son constitucionales o no, es decir ser juez y parte"[6].

En Colombia, si bien la carta política no es explicita; es claro como dada su naturaleza de ser "la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución", es ella la llamada a detentar tal facultad, sin embargo, ha sido la misma corte quien a través de sus sentencias a dejado claro que si bien es la máxima autoridad en la materia, no es la única con esa facultad, la cual, a su vez y de manera correlativa se constituye en un deber:

> *"De conformidad con la Constitución Política, todas las autoridades están sometidas al imperio de la Constitución y de la Ley. Por ello, la interpretación constitucional no es tarea reservada a las autoridades judiciales, porque el legislador y las autoridades administrativas realizan sus funciones, adecuando su comportamiento a los postulados de la Carta. (subraya fuera de texto)*
>
> *Corresponde a la Corte Constitucional, conforme se desprende del artículo 241 de la Constitución, el control constitucional de normas con fuerza de ley. Así, al ser guardiana de la supremacía e integridad de la Carta, la interpretación que la Corte haga del texto constitucional es vinculante para todos los operadores jurídicos, sea la administración o los jueces"*[7]. *(subraya fuera de texto)*

Frente a lo anterior, y teniendo en cuenta que el artículo 424 de la Constitución Ecuatoriana establece que "La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra norma del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica", podría considerarse como aplicable al entorno ecuatoriano, el concepto de interpretación constitucional esbozado por la corte constitucional colombiana.

No obstante lo anterior, en ambos casos, serán las cortes quienes, al final, tengan la última palabra al respecto, al ser la máxima instancia de interpretación de la Constitución.

Finalmente, es importante destacar que en el ámbito ecuatoriano, la Corte a proferido sentencias de interpretación, consecuentes con la etapa de ajuste que se vive en la actualidad, en ellas, la Corte aclara, a petición de parte, el alcance y la debida interpretación las normas constitucionales, al respecto, la Corte Constitucional en sentencia interpretativa del 10 de diciembre de 2008, entiende que "La interpretación constitucional tiene como fin, mantener la unidad del texto, analizado en su conjunto, resaltando las concordancias, la eficacia y la fuerza normativa de toda la Constitución; especialmente en momentos como el que vive el Ecuador, de transición política"[8]

4. El control abstracto

El control abstracto, podría definirse como el control de constitucionalidad que realiza el órgano competente, a instancias de quien esté legitimado en la causa y completamente al margen de todo caso en concreto y de la aplicación que haya podido tener esa norma (que a veces todavía no se ha aplicado siquiera)[9], en este caso, como lo afirma Schlaich citado por el profesor Brage "el tribunal lleva a cabo un control de constitucionalidad con total abstracción de la aplicación concreta del derecho y se limita a resolver una discrepancia abstracta en torno a la conformidad (o disconformidad) de un texto legal con el texto de la propia constitución[10].

4.1 Legitimación en la causa

En el caso ecuatoriano, la constitución del 2008 ha ampliado la legitimación activa, facultado a cualquier ciudadano que lo considere procedente el acceso a la jurisdicción constitucional[11], lo cual, en opinión del profesor Grijalba "Siendo más democrático, exigirá de la Corte Constitucional desarrollar adecuadas estructuras institucionales que permitan calificar, con criterio y agilidad, la admisibilidad de tales acciones"[12]

Tal facultad ciudadana también se ha previsto en el caso colombiano, en efecto el artículo 241 de la CPC, le otorga a cualquier ciudadano, la posibilidad de demandar una norma, sea por razones de forma o de fondo[13], o como lo define la profesora Girón "La acción de inconstitucionalidad permite a todo ciudadano acusar directa y abiertamente, sin necesidad de demostrar interés particular o concreto, y sin vínculo procesal de ninguna especie cualquier ley o decreto con fuerza de ley que estime como inconstitucional"[14].

4.2 Efecto jurídico

Otro de los elementos que vale la pena analizar, es el efecto o la consecuencia jurídica que se deriva de la declaratoria de inconstitucionalidad, al respecto, el profesor Grijalva Jiménez, nos aclara que "mientras los artículos 276-1 y 278 de la Constitución Política de 1998 establecían que se suspende totalmente o parcialmente los efectos de las normas declaradas inconstitucionales por el Tribunal Constitucional; la Constitución de 2008 establece que la declaratoria de inconstitucionalidad tendrá como efecto la invalidez del acto normativo impugnado"[15].

De lo anterior, podemos concluir que, basados en la normativa y a la expectativa del necesario desarrollo

jurisprudencial, para el caso ecuatoriano la declaratoria de inconstitucionalidad conlleva a la desaparición del ordenamiento jurídico de la norma acusada, haciendo tránsito a cosa juzgada constitucional, con efectos generales (*erga omnes*) y hacia el futuro (*ex nunc*)[16].

En el ámbito colombiano, y según lo plantea la profesora Girón:

> *"Las sentencias que en materia de control constitucional dicta la Corte Constitucional tienen efectos generales* (erga omnes) *(...), obligatorios y constitutivos o sea hacia el futuro (ex nunc). Igualmente hacen tránsito a cosa juzgada constitucional, lo que significa que las decisiones adoptadas por la Corte en cumplimiento de su misión de asegurar la integridad y la supremacía de la Carta, adquieren un carácter definitivo, incontrovertible e inmutable, de tal manera que sobre aquellos asuntos tratados y dilucidados en procesos anteriores, no resulta admisible replantear litigio alguno ni emitir un nuevo pronunciamiento de fondo.*
>
> *La cosa juzgada material limita la competencia del legislador para reproducir el contenido material de la norma contraria a la Carta Fundamental. Por ello, el inciso segundo del artículo 243 de la Carta Política añade que: "Ninguna autoridad podrá reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexequible por razones de fondo, mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución". Cuando el legislador desconoce esta prohibición, la Corte debe proferir un fallo de inexequibilidad por la violación del mandato dispuesto en el artículo 243 de la Constitución Política"*[17]

Bástenos decir, que como consecuencia lógica, no hará transito a cosa juzgada constitucionalidad las normas en las que se evidenciaron vicios de forma en el procedimiento de formación de la ley (Cosa juzgada relativa), al respecto, si la Corte al realizar el correspondiente examen, encuentra que el vicio formal es de carácter subsanable, deberá actuar según lo preceptuado por el artículo 241 de la Constitución Política de Colombia, es decir, devolverá la ley al órgano legislativo para que subsane el defecto encontrado; no obstante lo anterior, si el defecto o la omisión es insubsanable, se procederá a declarar su inconstitucionalidad, quedando siempre la posibilidad de realizar nuevamente todo el procedimiento de creación legislativa; y quedando abierta la posibilidad que posteriormente y como consecuencia de una demanda de inconstitucionalidad, la Corte vuelva a revisarla, ya basada en aspectos materiales. Con todo, la posibilidad de demandar por vicios de forma una norma tiene un término de caducidad de un año, contado a partir de la publicación de la respectiva norma.

Además de la cosa juzgada absoluta y relativa, la doctrina y la jurisprudencia, han acuñado el término de tránsito constitucional[18], al respecto, el profesor Riascos Gómez anota:

> *"Estudiada una norma bajo la vigencia de un ordenamiento constitucional y declarada exequible, nada impide que con la entrada en vigencia de una nueva Carta dicha norma resulte inconstitucional, lo cual hace procedente un nuevo juicio, sin que pueda hablarse de cosa juzgada. Ahora bien, los pronunciamientos relativos a vicios formales de la norma acusada, quedan cobijados por los efectos de la cosa juzgada, pues estos debieron ajustarse a la normatividad constitucional existente al momento de su promulgación, sin que sea viable un juicio de constitucionalidad respecto de formalidades o trámites que no existían al momento de la promulgación de la norma"*[19]

En lo que respecta al tránsito a cosa juzgada de las sentencias constitucionales, poseen tal carácter algunos apartes de las sentencias en forma explícita y otros en forma implícita, al respecto el profesor Riascos Gómez explica:[20] "Primero, goza de cosa juzgada explícita la parte resolutiva de las sentencias, por expresa disposición del artículo 243 de la Constitución. Segundo, goza de cosa juzgada implícita los conceptos de la parte motiva que guarden una unidad de sentido con el dispositivo de la sentencia, de tal forma que no se pueda entender éste sin la alusión a aquéllos"[21].

De otro lado, y respecto de los efectos de la declaración de inconstitucionalidad en el tiempo, si bien la regla general es el efecto a futuro de la decisión (*ex nunc*), la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia establece que "las sentencias de esta Corporación sobre los actos sujetos a su control en los términos del artículo 241 de la Constitución Política, tienen efectos hacia el futuro a menos que la Corte resuelva lo contrario"[22], al respecto, la misma Corte consciente de las implicaciones que acarrea la retroactividad de las decisiones con carácter general, ha dicho[23] "la modulación de efectos de las sentencias en el tiempo debe ser rigurosamente excepcional atendidas las reales circunstancias de aplicación de las decisiones. Y ello por cuanto dicha excepcionalidad es la que mejor armoniza con la garantía de la seguridad jurídica y la protección de la supremacía constitucional, Así mismo, ha sido enfática en afirmar así mismo que ante la ausencia de claras razones para modular en el tiempo los efectos del fallo lo que procede es aplicar la regla general[24].

De otro lado, la Corte, a través de su desarrollo jurisprudencial, ha acudido a la técnica de la sentencia interpretativa[25], la cual, se concibe como una forma de modular las decisiones de la corte, ampliando el abanico de posibilidades de sus decisiones, al respecto, el profesor Olano García comenta:

> *"En este tipo de decisiones, la Corte restringe el alcance normativo de la disposición acusada, ya sea limitando su aplicación, ya sea limitando sus efectos. Estas sentencias interpretativas suponen entonces que se expulsa una interpretación de la disposición, pero se mantiene una eficacia normativa de la misma, es decir, si una de las interpretaciones es contraria a la Constitución y la otra resulte conforme con ella, el Tribunal Constitucional no puede declarar la inconstitucionalidad de la disposición, sino sólo del sentido interpretativo que colisiona con ella. Se dice que es una sentencia manipulativa, pues después del pronunciamiento del Tribunal Constitucional, el texto de la norma subsiste con un criterio de interpretación constitucionalmente admisible, que probablemente no fue el deseado por el legislador."*[26]

5. Control constitucional de normas conexas

El numeral 3° del artículo 436 de la Constitución Ecuatoriana, dispone que la Corte Constitucional pueda declarar de oficio la "inconstitucionalidad de normas conexas en los casos sometidos a su conocimiento". Al respecto, el profesor Grijalva señala que "esta atribución permitirá a la Corte no permanecer impasible e impotente cuando detecte normas jurídicas inconstitucionales relacionadas directamente con normas jurídicas de las cuales se ha demandado su inconstitucionalidad"[27]

En el caso colombiano, la Constitución Política no le ha otorgado expresamente la facultad de realizar el control constitucional de normas conexas, sin embargo ha sido la misma Corte quien ante la problemática ha decidido realizar dicho control, al respecto en la sentencia C-1404 de 2000 ante una objeción presidencial por inconstitucionalidad de un proyecto de ley, la Corte sostuvo:

> *"(...) en ciertas ocasiones se hace necesario que esta Corporación se pronuncie sobre aspectos que no fueron planteados explícitamente por el Gobierno, pero cuyo análisis resulta ser un presupuesto indispensable para el estudio de las razones de inconstitucionalidad formuladas en las objeciones mismas. Los motivos que justifican esta extensión excepcional de la competencia de la Corte, son de doble naturaleza: lógica y constitucional. Lo primero, porque las reglas de derecho que se han de aplicar al estudio de las objeciones, se derivan, en no pocos casos, de otras reglas o principios más generales, no mencionados en las objeciones, pero que resultan insoslayables para fundamentar cualquier decisión. Lo segundo, porque dado que el mandato del artículo 241-8 Superior califica las decisiones de la Corte en estos casos como definitivas, si no se efectúa en ellas el análisis de constitucionalidad de los mencionados temas conexos, éstos quedarán cobijados por el efecto de cosa juzgada constitucional que se deriva de la decisión final sobre la objeción como tal y, en consecuencia, ningún ciudadano podrá controvertirlos en el futuro. En otros términos, al pronunciarse sobre tales asuntos conexos, esta Corporación no está coartando el derecho de los ciudadanos de ejercer la acción pública de inconstitucionalidad, ni sustituyendo el trámite que en esos casos se haya de surtir, por la sencilla razón de que una vez la Corte emita su fallo, la mencionada acción no será procedente respecto de los temas que se relacionan directamente con el objeto central de la providencia.".*

6. Control constitucional de actos administrativos

El artículo 434-4 de la Constitución ecuatoriana, le otorga a la Corte Constitucional la competencia para "Conocer y resolver a petición de parte, la inconstitucionalidad de actos administrativos con efectos generales emitidos por toda autoridad pública. La declaratoria de inconstitucionalidad tendrá como efecto la invalidez del acto administrativo". Al respecto, el profesor Grijalva puntualiza lo siguiente: "sí los efectos del acto administrativo son individuales, lo que procede es el amparo o recurso de protección"[28].

Esta acción de protección, consagrada en el artículo 88, reemplaza a la acción de amparo de la anterior constitución y está incluida dentro del capítulo III "Garantías Jurisdiccionales", dichas garantías constituyen los mecanismos mediante los cuales, los ciudadanos pueden ejercitar los derechos que les asisten en virtud de la propia constitución, tales son: Las medidas cautelares que se pueden solicitar con el objeto de evitar o hacer cesar la violación o amenaza de violación de un derecho[29], la acción de habeas corpus[30], el acceso a la información pública[31], hábeas data[32], la acción por incumplimiento[33] y la acción extraordinaria de protección[34].

Para el caso colombiano, es el Consejo de Estado[35] el encargado, en virtud de lo establecido por el artículo 237 de la CPC, el cual lo faculta para "Conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional", es decir, respecto de los decretos que no tengan fuerza de ley, los cuales son competencia de la Corte Constitucional.

7. Inconstitucionalidad por omisión

Esta causal de inconstitucionalidad esta descrita en la CE en el artículo 436-10, y se genera cuando un mandato especifico de consagración constitucional no es acatado debidamente por la autoridad estatal responsable de hacerlo.

La doctrina ha clasificado la inconstitucionalidad por omisión en absoluta y relativa[36]; la omisión absoluta se presenta cuando la autoridad responsable no ejecuta el mandato constitucional, y la omisión relativa se da, en los eventos en que la autoridad ejecuta el mandato parcialmente.

Otra clasificación la ofrece Nogueira Alcalá[37], quien considera que la inconstitucionalidad por omisión, pude ser de dos clases: La inconstitucionalidad por retardo y la inconstitucionalidad por negación; la primera se evidenciará cuando la autoridad no cumple con el mandato y la segunda en los eventos en que lo haga de forma deficiente.

La Corte Constitucional de Colombia, es varias jurisprudencias le ha dado tratamiento al tema en particular, al respecto, el profesor Ramírez Cleves, en su ensayo "El control de constitucionalidad sobre las omisiones legislativas en Colombia[38]" nos aclara: "Desde las Sentencias C- 543 de 1996 y las Sentencias C - 073 de 1996 y C-540 de 1997 entre otras, se ha dicho que cuando la demanda se estructura sobre la base de una omisión legislativa absoluta la Corte carece de competencia para tramitar el juzgamiento, ya que un cargo fundado en una omisión absoluta plantea una ausencia total de regulación. Es decir que no se cuenta con un parámetro normativo constitucional para realizar el control[39]".

Es importante destacar que para el caso ecuatoriano, esta decisión "inhibitoria" por parte de la autoridad constitucional, no tendrá cabida a la luz de lo preceptuado por el artículo 436-10, en efecto, el artículo es claro al atribuirle a la Corte la facultad de declarar la inconstitucio-

nalidad en que incurran las instituciones del Estado o autoridades públicas por omisión total o parcial, a lo que además añade, la posibilidad de que la Corte legisle sobre la materia[40].

De otro lado, respecto de la omisión relativa, el profesor Ramírez Cleves comenta:

> *"La Corte Constitucional afirma en la misma Sentencia C – 543 de 1996 que un cargo de inconstitucionalidad por omisión es relativo, cuando denuncia la ausencia de un elemento que la ley debería incluir para garantizar, por ejemplo, el derecho a la igualdad o el derecho al debido proceso de los particulares" En el caso del derecho a la igualdad se ha venido construyendo desde la dogmática jurisprudencial lo que podríamos denominar como un "Test de la inconstitucionalidad por omisión relativa", especialmente con la Sentencia C – 427 de 2000 en donde se especifica que se presenta dicho tipo de omisión cuando se verifican tres aspectos:*
>
> - *Que la norma excluya de sus consecuencias aquellos casos que, por ser asimilables, deberían subsumirse dentro de su presupuesto fáctico;*
> - *Que dicha exclusión no obedezca a una razón objetiva y suficiente y que al carecer de una razón objetiva y suficiente, la omisión produzca una desigualdad injustificada entre los casos que están y los que no están sujetos a las consecuencias previstas por la norma y*
> - *Que la omisión implique el incumplimiento de un deber constitucional del legislador.*
>
> *Igualmente se consagra en la sentencia C- 041 de 2002 que una omisión es relativa cuando se vincula con un aspecto puntual dentro de una normatividad específica; pero aquella se vuelve constitucionalmente reprochable si se predica de un elemento que, por razones lógicas o jurídicas debería estar incluido en el sistema normativo de que se trata, de modo que su ausencia constituye una imperfección del régimen que lo hace inequitativo, inoperante o ineficiente[41]".*

Otro caso que merece especial mención es la posibilidad de diferir las sentencias en el tiempo, en esta situación la corte decreta la exequibilidad de la norma por un tiempo determinado, no obstante que la considere inconstitucional, "ya que se considera que resulta menos gravoso para el sistema jurídico mantener un precepto inconstitucional por un determinado período de tiempo que contar con una laguna constitucional que no permita resolver situaciones urgentes, ya que la vulneración de derechos sería más gravosa si no existiera legislación alguna[42]", correlativo a la anterior decisión, la Corte conmina a la autoridad para que dentro de un plazo perentorio expida la norma que llenara el vacio originado por la expulsión de la norma inconstitucional acaecido el plazo estipulado.

8. Control de constitucionalidad previo

El control previo de constitucionalidad es la atribución que tiene la Corte Constitucional tiene para analizar la armonía de ciertas manifestaciones jurídicas con la carta magna. Al respecto la Constitución ecuatoriana establece el control previo de:

- *Tratados internacionales*[43];
- *Objeciones presidenciales por inconstitucionalidad*[44].
- *La constitucionalidad de las preguntas propuestas para consultas populares de carácter nacional y de los gobiernos autónomos descentralizados*[45].

Además de las situaciones anteriormente descritas, establecidas por el artículo 438 de la Constitución ecuatoriana, la Corte tiene la facultad de calificar el procedimiento pertinente para las reformas constitucionales[47], su participación dentro del proceso de enjuiciamiento político[47] y de destitución[48] y abandono del cargo[49] del Presidente de la República, la verificación del decreto de disolución de la Asamblea por parte del Presidente de la República[50]

En el caso colombiano, el control previo que le corresponde hacer a la Corte Constitucional versa, en primer lugar sobre los proyectos de ley, al respecto la profesora Girón nos explica: "El Presidente de la República puede objetar por inconstitucionales los proyectos de ley aprobados por el Congreso de la República, antes de impartirles su sanción, supuesto en el cual debe retornar a la Cámara para su reexamen. Si las Cámaras insistieren, el proyecto pasa a la Corte Constitucional, para que en los seis días siguientes decida sobre su exequibilidad mediante fallo, lo que obligaría al Presidente a sancionar la ley. Si lo declara inexequible, el proyecto se archivará sin producir efecto alguno. Puede ocurrir, sin embargo, que el proyecto sea sólo parcialmente inconstitucional, en cuyo caso se introducirán al proyecto los ajustes necesarios en conformidad con el dictamen de la Corte y a ésta se remitirá el proyecto para su fallo definitivo. En este proceso, los términos de que disponen el procurador, el magistrado sustanciador y la Sala Plena se reducen cada uno a seis días[51]".

En cuanto a las leyes estatutarias, las cuales tienen un procedimiento más estricto para su promulgación, la Corte Constitucional tiene el deber de examinar su constitucionalidad tanto formal como material con anterioridad a su expedición.[52]

En cuanto a los decreto legislativos que el Gobierno tiene la facultad de expedir en vigencia de los llamados estados de excepción, la Corte tiene el deber de analizarlos tanto de forma como de fondo una vez estos son expedidos[53].

Respecto de tratados internacionales y de las leyes que los aprueban, la Corte debe obligatoriamente analizar su constitucionalidad, al respecto la profesora puntualiza:

> *"Si la Corte los declara constitucionales, el gobierno podrá efectuar el canje de notas; en caso contrario no podrán ser ratificados. En el supuesto de inexequibilidad parcial, esto es, cuando una o varias normas de un tratado multilateral fueran declaradas inconstitucionales por la Corte, el presidente de la República solo podrá manifestar el consentimiento formulando la correspondiente reserva. Por otra parte, si la inconstitucionalidad fuere de la ley por vicios de procedimiento subsanables y no del tratado, la Corte deberá la devolverá al Congreso o al Gobierno, según el caso, para que, de ser posible, enmiende el defecto observado. Si éste es subsanado, se enviará de nuevo la ley a la Corte para que decida sobre su exequibilidad"*[54].

Además de lo anterior, y limitándose solamente a los aspectos formales, la Corte cumple con la función de analizar:

- *La convocatoria a un referendo o a una asamblea Constituyente para reformar la Constitución sólo por los vicios de forma previstos en el Título XII de la Constitución*[55].
- *Las consultas populares y de los plebiscitos del orden nacional*[56].
- *Referendos para la derogación de leyes*[57].

9. Control difuso de constitucionalidad

El control difuso se caracteriza por la competencia que tienen los tribunales y jueces para conocer de cualquier asunto de carácter constitucional, de otro lado, el control concentrado se define como la concentración de la competencia de conocer de la constitucionalidad de las normas legales a un órgano *ad hoc*, conocimiento que tiene lugar de manera directa y no incidental, a instancia solo de determinados órganos políticos y con efecto *erga omnes*[58], a su vez, la concomitancia de estos en un sistema jurídico, se denomina sistemas mixtos de control de constitucionalidad.

A la luz de lo anterior, es claro como los dos sistemas sujetos al presente análisis se enmarcan dentro de la última clasificación, puesto que han concebido este órgano ad hoc, denominado en los dos casos Corte Constitucional, y así mismo, la misma constitución en uno y otro caso, ha facultado a los jueces para ejercer la función de garantes de la constitución.

Dado que en apartes anteriores hemos analizados las funciones de las Cortes en los dos países, nos circunscribiremos al rol que cumplen los jueces sobre el particular.

En el caso ecuatoriano, la Constitución establece en su artículo 428 que cuando un "juez de oficio o a petición de parte, considere que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución, suspenderá la tramitación de la causa y remitirá en consulta el expediente a la Corte Constitucional", al respecto el profesor Grijalva opina: "Se ha dicho que esta reforma elimina el así el control difuso y generará retardo procesal. Sin embargo, esta eliminación no es tan clara puesto que los artículos 425 y 426 de la nueva Constitución mantienen en los jueces la facultad de inaplicar normas inconstitucionales[59]". Así mismo, anota: "En consecuencia, la Ley Orgánica de Control Constitucional y la jurisprudencia deberán clarificar en qué casos los jueces pueden o deben optar por la suspensión o la inaplicabilidad[60]".

El asunto lo esclarece el Código Orgánico de la Función Judicial, el cual establece en su artículo 4:

> *"Art. 4.- PRINCIPIO DE SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL.- Las juezas y jueces, las autoridades administrativas y servidoras y servidores de la Función Judicial aplicarán las disposiciones constitucionales, sin necesidad que se encuentren desarrolladas en otras normas de menor jerarquía. En las decisiones no se podrá restringir, menoscabar o inobservar su contenido.*
>
> *En consecuencia, cualquier jueza o juez, de oficio o a petición de parte, sólo si tiene duda razonable y motivada de que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución, suspenderá la tramitación de la causa y remitirá en consulta el expediente a la Corte Constitucional, la que en un plazo no mayor a cuarenta y cinco días resolverá sobre la constitucionalidad de la norma.*
>
> *Si transcurrido el plazo previsto la Corte no se pronuncia, el proceso seguirá sustanciándose. Si la Corte resolviere luego de dicho plazo, la resolución no tendrá efecto retroactivo, pero quedará a salvo la acción extraordinaria de protección por parte de quien hubiere sido perjudicado por recibir un fallo o resolución contraria a la resolución de la Corte Constitucional.*
>
> *No se suspenderá la tramitación de la causa, si la norma jurídica impugnada por la jueza o juez es resuelta en sentencia.*
>
> *El tiempo de suspensión de la causa no se computará para efectos de la prescripción de la acción o del proceso".*

Al respecto y como lo vaticinó el profesor Grijalva, es una ley orgánica la que de la mayor claridad al asunto, no obstante lo anterior, y una vez analizado el proyecto de Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, encontramos que el artículo 145 regula el mismo tema, esta norma que sería igualmente especial al caso y posterior el mencionado artículo 4°, establece:

> *"Cualquier juez de oficio o a petición de parte, inaplicará una norma jurídica cuando tenga certeza de su inconstitucionalidad y remitirá un informe a la Corte Constitucional para que resuelva con efectos generales y abstractos. La jueza o el juez solo si tiene duda razonable y motivada de que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución, suspenderá la tramitación de la causa y remitirá en consulta el expediente a la Corte Constitucional, la que en un plazo no mayor a cuarenta y cinco días resolverá sobre la constitucionalidad de la norma.*
>
> *Si transcurrido el plazo previsto la Corte no se pronuncia el proceso seguirá sustanciándose presumiéndose la constitucionalidad de la norma. Si la Corte resolviere luego de dicho plazo, la resolución no tendrá efecto retroactivo, pero quedara a salvo la acción extraordinaria de protección por parte de quien hubiere sido perjudicado por recibir un fallo o una resolución contraria a la resolución de la Corte Constitucional.*
>
> *No se suspenderá la tramitación de la causa, si la norma jurídica impugnada por el juez es resuelta en sentencia. (subraya y negrita fuera de texto)*

Al respecto, es importante resaltar que la norma, de la forma en que se ha sido redactada en el proyecto, y a diferencia del Código Orgánico, no mantiene un criterio uniforme respecto al grado de convencimiento que el juez

debe tener sobre la inconstitucionalidad de la norma, a efectos de suspender el proceso, y en consecuencia remitir a consulta. Lo anterior, dado que el concepto de certeza difiere al de duda razonable de forma ostensible, como es lógico, una cosa es tener total convencimiento de algo y otra, tener dudas fundadas sobre ello, sin embargo en uno y otro caso, el deber de conducta del juez es el mismo: Suspensión y consulta, y ante el eventual silencio de la Corte durante el periodo previsto, la consecuente decisión aplicando el principio "*in dubio pro normae*"

En cuanto a los efectos, la norma añade lo siguiente:

> *"Efectos del fallo. El pronunciamiento de la Corte Constitucional tendrá los siguientes efectos:*
>
> *1. Cuando se pronuncie sobre la compatibilidad de la disposición jurídica en cuestión con las normas constitucionales, el fallo tendrá los mismos efectos de las sentencias en el control abstracto de constitucionalidad.*
>
> *2. Cuando se pronuncia únicamente sobre la constitucionalidad de la aplicación de la disposición jurídica, el fallo tendrá efectos entre las partes y para casos análogos. Para tal efecto, se deberá definir con precisión el supuesto factico objeto de la decisión, para que hacia futuro las mismas hipótesis de hecho tengan la misma solución jurídica, sin perjuicio de que otras hipótesis produzcan el mismo resultado".*

En el caso colombiano el control constitucional difuso, o excepcional tiene su fundamento en el artículo 4 de la Constitución Política, el cual establece que "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."

Al respecto, la profesora Girón anota: "Se trata de una forma de control que puede ser ejercida en Colombia por todas las esferas de la actividad estatal y, por tanto, por cualquier autoridad judicial o funcionario público debe inaplicar aquellas normas jurídicas que estimen contrarias a los preceptos constitucionales en el caso concreto bajo examen, sin necesidad de suscitar ningún incidente ante la Corte Constitucional, con efectos inter partes, esto es, la inaplica en la solución de ese caso específico, pero la norma continúa vigente"[61].

Al no hacer distinción alguna sobre los llamados a ejercer esta función, y como también lo afirma la profesora Girón[62] se debe entender que cualquier persona investida para decidir en derecho tiene la potestad de inaplicar normas por considerarlas contrarias a la Constitución, lo cual, implica que además de los jueces y de los servidores públicos, sean los particulares transitoriamente investidos con la potestad de administrar justicia, los destinatarios de la norma.

Notas

1 Artículo 429 de la Constitución de la República de Ecuador.
2 Artículo 241 de la Constitución Política de Colombia.
3 En el caso ecuatoriano, es la misma Constitución quien en su artículo 432 determina el número de miembros; en Colombia, es el artículo 44 de la Ley 270 de 1996 (Estatutaria de la Administración de Justicia).
4 Artículo 434 de la Constitución de la República de Ecuador.
5 Artículo 239 de la Constitución Política de Colombia.
6 GRIJALVA JIMENÉZ, Agustín. Perspectivas y desafíos de la Corte Constitucional. En: ÁVILA SANTAMARIA, Ramiro; GRIJALVA JIMÉNEZ, Agustín y MARTÍNEZ DALMAU, Rubén. Desafíos Constitucionales: La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva. Primera edición. Quito: Ecuador. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008. p. 262.
7 Sentencia T-397 de 2008 Corte Constitucional de Colombia.
8 Sentencia Interpretativa: 002-08-SI-CC de los casos acumulados: 0005-08-IC y 0009-08-IC Juez Sustanciador: doctor Roberto Bhrunis Lemarie.
9 BRAGE CAMAZANO, Joaquín. La Acción Abstracta de Inconstitucionalidad. Primera edición. Ciudad de México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, 2005. [consultado el 1/7/09]. Disponible en <www.bibliojuridica.org/libros/4/1734/8.pdf>. p. 105.
10 Ibid., p. 105
11 Artículo 439 de la Constitución de la República de Ecuador
12 GRIJALVA JIMENÉZ, Op. Cit., p. 262
13 Al respecto, no compartimos la opinión del profesor López Freire, quien afirma en su ensayo "El Control Constitucional" p. 26: " En Colombia únicamente están legitimados para interponer el recurso directo o abstracto de inconstitucionalidad el Presidente de la República, cualquier senador o diputado, el Fiscal General de la República (sic) y el Defensor del Pueblo".
14 GIRÓN REGUERA, Emilia. El Control de Constitucionalidad en Colombia. Ponencia en el VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. [consultado el 28/6/09]. Disponible en <www-en.us.es/cidc/Ponencias/ justicia/EmiliaGiron.pdf>. p. 9.
15 GRIJALVA JIMENÉZ, Op. Cit., p. 263.
16 Respecto a los efectos de la sentencia en el tiempo, el proyecto de Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional establece en su artículo 96 y en el

Notas

numeral 4 del artículo 97 que "Las sentencias que se dicten en ejercicio del control abstracto (...) surten efectos de cosa juzgada y producen efectos generales hacia el futuro. De manera excepcional se podrán diferir o retrotraer los efectos de las sentencias, cuando sea indispensable para preservar la fuerza normativa y superioridad jerárquica de las normas constitucionales y cuando no afecte la seguridad jurídica y el interés general". Así mismo. el artículo 133 permite el efecto diferido respecto de las sentencias de constitucionalidad para evitar la omisión normativa.

17 GIRÓN REGUERA, Op. Cit., p. 8.

18 Al respecto, se pueden consultar las siguientes sentencias de la Corte Constitucional colombiana: Sentencia No. C-416 de 1992; Sentencia No. C-417 de 1992, entre otras, la más reciente es la Sentencia No. C-571 de 2004.

19 RIASCOS GÓMEZ, Libardo. Control de constitucionalidad en Colombia, según la relatoría de la Corte Constitucional hasta 1999. [consultado el 2/7/09]. Disponible en <akane.udenar.edu.co/derechopublico/ControCol_Corte(B).pdf>. p. 17

20 Ibid., p. 23

21 Esta conclusión se soporta en el seguimiento que el autor hizo de la tradición jurisprudencial constitucional colombiana, al respecto, se puede analizar las siguientes sentencias de la Corte Suprema de Justicia: Sentencia del 20 de octubre de 1916. Magistrado Ponente Juan Méndez. Gaceta Judicial N° 25 página 250; Sentencia de julio 9 de 1928. Gaceta Judicial N° 35, página 550; Septiembre 17 de 1967. Gaceta Judicial N° 86, páginas 42 y 43.

22 Artículo 47 de la Ley 270 de 1996 o Ley Estatutaria de la Administración de Justicia.

23 Según Álvaro Tafur Galvis, magistrado ponente de la sentencia C- 243 DE 2005: En casos excepcionales la Corte ha aceptado diferir en el tiempo los efectos de sus fallos de inexequibilidad. Ver entre otras las sentencias C-221 de 1997 M.P Alejandro Martínez Caballero; C- 700 de 1999, M. P José Gregorio Hernández Galindo A.V. Alfredo Beltrán Sierra y José Gregorio Hernández Galindo. S.V. Vladimiro Naranjo Mesa y Eduardo Cifuentes Muñoz S.V. Álvaro Tafur Galvis; C-442/01 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra Salvamentos Parciales de Voto de los Magistrados Jaime Araujo Rentería, Alfredo Beltrán Sierra, Eduardo Montealegre Lynnet y Álvaro Tafur Galvis; C-737/01 M.P. Eduardo Montealegre Lynnet S.V. Marco Gerardo Monroy Cabra Salvamentos Parciales de Voto de los Magistrados Jaime Araujo Rentería, Alfredo Beltrán Sierra, Álvaro Tafur Galvis, Clara Inés Vargas Hernández. En otras ocasiones ante la ausencia de dicha excepcionalidad no ha accedido a modular dichos efectos ver entre otras las sentencias C-756/02 y C-245/02 M.P. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Sobre el mismo tema ver el Auto 311/01 M.P. Jaime Araujo Rentería.

24 Sentencia C- 243 de 2005 de la Corte Constitucional.

25 Es importante aclarar que el concepto de sentencia interpretativa, desde la perspectiva ecuatoriana, corresponde a lo comentado en el numeral 3 anterior.

26 OLANO GARCÍA, Hernán Alejandro. Tipología de nuestras sentencias constitucionales, [consultado el 2/7/09]. Disponible en http://www.javeriana. edu.co/Facultades/C_Juridicas/pub_rev/documents/13Olanoult.pdf . p. 577

27 GRIJALVA JIMENÉZ, Op. Cit., p. 263

28 GRIJALVA JIMENÉZ, Op. Cit., p. 264.

29 En el caso colombiano, no se conciben las medidas cautelares como una acción independiente, por lo que estas deben ser solicitadas al juez dentro del contexto de un proceso, no obstante lo anterior, mediante una acción de tutela es posible solicitar el cese de cualquier acto que afecte o ponga en riesgo cualquier derecho considerado como fundamental por a propia Constitución.

30 Consagrado en la Constitución Política de Colombia en el artículo 30 y desarrollado por la Corte, en diferentes sentencias tales como T-046 de 1993 y C-010 de 1994.

31 En Colombia existe el Derecho de petición de información, consagrado en el artículo 23 de la CPC y desarrollado por el Código Contencioso Administrativo en el artículo 25.

32 En el ámbito colombiano esto derechos están consagrados en el artículos 15 y 20 de la CPC, desarrollados en la ley 1266 de 2008.

33 Denominada en Colombia como la acción de cumplimiento, la cual fue consagrada en el artículo 87 de la Constitución Política de Colombia y desarrollada por la ley 393 de 1997.

34 En el caso colombiano, la acción análoga correspondería a la acción de tutela contra decisiones en las que se hayan violado derechos fundamentales, tales como el derecho al debido proceso; esta facultad de la Corte Constitucional está consagrada en el artículo 241 – 9 de la Constitución Política de Colombia; función que fue desarrollada por los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991. Al respecto la Corte ha manifestado en repetidas ocasiones: "Aunque la regla general es la improcedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, en repetidas oportunidades esta Corporación se ha pronunciado sobre los eventos en que, de manera excepcional y sólo en la medida en que se vulneren dere-

Notas

chos fundamentales, ésta se torna procedente. Para el efecto la Corte hizo una enumeración que señala los parámetros uniformes a los que se les denominó causales genéricas de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales". La Sala Plena enumera los requisitos en la Sentencia C-590 de 2005.

35 Tribunal supremo de lo Contencioso Administrativo, sus características y funciones se encuentran descritas en los artículos 236 y siguientes de la Constitución Política de Colombia.

36 RUEDA LEAL, PAUL, "Fundamento teórico de la tipología de sentencias en procesos de constitucionalidad", en: Memorias II encuentro de derecho procesal constitucional iberoamericano y seminario de justicia constitucional, San José de Costa Rica, 8 y 9 de julio de 2004, CD-ROM. En: OLANO GARCIA. Op. Cit., p. 589.

37 NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO, "Sentencias de los tribunales constitucionales y sus efectos en América del Sur", en: Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional. Proceso y Constitución.#2, julio-diciembre de 2004, Editorial Porrúa, México, pág. 92, también publicada en:CD-ROM de Memorias II encuentro de derecho procesal constitucional iberoamericano y seminario de justicia constitucional San José de Costa Rica, julio de 2004. En: OLANO GARCIA. Op. Cit., 591

38 RAMÍREZ CLEVES, Gonzalo A., El control de constitucionalidad sobre las omisiones legislativas en Colombia. Ponencia en las Jornadas colombo –venezolanas de derecho constitucional de 2006 de la Universidad Externado de Colombia. [consultado el 3/7/09]. Disponible en http://icr.uexternado.edu.co/ Documentos/ponencia1.pdf p. 16.

39 Ibid., p. 16

40 Al respecto, el proyecto de Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, establece en el artículo 132 que ante las omisiones normativas absolutas la corte concederá un plazo para su expedición, si este no se cumple, será ella por vía jurisprudencial quien dicte las reglas básicas indispensables para garantizar la debida aplicación y acatamiento de las normas constitucionales.

41 RAMÍREZ CLEVES, Op. Cit., p. 18 – 19.

42 RAMÍREZ CLEVES, Op cit., p. 20

43 Artículo 438-1 de la Constitución de la República de Ecuador.

44 Artículo 438-3 de la Constitución de la República de Ecuador.

45 Artículo 438-2 de la Constitución de la República de Ecuador.

46 Artículo 443 de la Constitución de la República de Ecuador.

47 Artículo 129 de la Constitución de la República de Ecuador.

48 Artículo 130 de la Constitución de la República de Ecuador.

49 Artículo 145 de la Constitución de la República de Ecuador.

50 Artículo 148 de la Constitución de la República de Ecuador.

51 GIRÓN REGUERA, Op. Cit., p.12

52 Artículos 152 y 153 de la Constitución Política de Colombia.

53 Artículo 214-7 de la Constitución Política de Colombia.

54 GIRÓN REGUERA, Op. Cit., p.15

55 Artículo 241-2 de la Constitución Política de Colombia.

56 Artículo 241-3 de la Constitución Política de Colombia.

57 Artículo 241-3 de la Constitución Política de Colombia.

58 Kelsen, Hans. "El control de Constitucionalidad de las leyes. Estudio comparado de las constituciones austriaca y norteamericana" traducción de Domingo García Belaunde y nota introductoria de Francisco Fernández segado, Dereito, vol. IV, núm. 1, pp. 218 y ss. En: Brage op. Cit., p 69

59 GRIJALVA JIMENÉZ, Op. Cit., p. 268.

60 GRIJALVA JIMENÉZ, Op. Cit., p. 269.

61 GIRÓN REGUERA, Op. Cit., p.18.

62 Ibid., p.19

10. Bibliografía

- BRAGE CAMAZANO, Joaquín. La Acción Abstracta de Inconstitucionalidad. Primera edición. Ciudad de México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, 2005. [consultado el 1/7/09]. Disponible en < www.bibliojuridica.org/libros/4/1734/8.pdf>
- GIRÓN REGUERA, Emilia. El Control de Constitucionalidad en Colombia. Ponencia en el VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. [consultado el 28/6/09]. Disponible en <www-en.us.es/cidc/Ponencias/justicia/EmiliaGiron.pdf>
- GRIJALVA JIMENÉZ, Agustín. Perspectivas y desafíos de la Corte Constitucional. En: ÁVILA SANTAMARIA, Ramiro; GRIJALVA JIMÉNEZ, Agustín y MARTÍNEZ DALMAU, Rubén. Desafíos Constitucionales: La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva. Primera edición. Quito: Ecuador. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- LÓPEZ FREIRE, Ernesto. El Control Constitucional. En: PÉREZ ORDOÑEZ, Diego. La Constitución Ciudadana. Primera edición. Quito: Taurus, 2009.
- OLANO GARCÍA, Hernán Alejandro. Tipología de nuestras sentencias constitucionales, [consultado el 2/7/09]. Disponible en <http://www.javeriana. edu.co/Facultades/C_Juridicas/pub_rev/documents/13Olanoult..pdf >
- RAMÍREZ CLEVES, Gonzalo A., El control de constitucionalidad sobre las omisiones legislativas en Colombia. Ponencia en las Jornadas colombo –venezolanas de derecho constitucional de 2006 de la Universidad Externado de Colombia. [consultado el 3/7/09]. Disponible en <http://icr.uexternado.edu.co/Documentos/ponencia 1.pdf >
- RIASCOS GÓMEZ, Libardo. Control de constitucionalidad en Colombia, según la relatoría de la Corte Constitucional hasta 1999. [consultado el 2/7/09]. Disponible en <akane.udenar.edu.co/derechopublico/ ControCol_Corte(B).pdf>