

¿Constitución sin constitucionalismo? Urgencia de un Tribunal Constitucional independiente*

*Agustín Grijalva Jiménez***

En este artículo se desarrollan dos temáticas relacionadas: 1. una aproximación a la importancia jurídica y política de la Corte o Tribunal Constitucional, y 2. una serie de propuestas para la nueva Constitución ecuatoriana para ser discutida por la Constituyente de 2007-2008. Estos planteamientos derivan en una propuesta de articulado constitucional sobre la integración y funciones del Tribunal o Corte Constitucional. Las ideas centrales del análisis y de la propuesta responden al objetivo político de fortalecimiento del Tribunal Constitucional mediante la preservación de su independencia, así como la especialización y fortalecimiento de sus atribuciones. Más específicamente, se propone un Tribunal realmente independiente del Congreso y con poder para controlar la constitucionalidad de sus actos.

FORO

IMPORTANCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Hoy que en Ecuador se discute la necesidad de una nueva Constitución, es conveniente y necesario preguntarse sobre la vigencia de la Constitución y del Derecho Constitucional. ¿Por qué en el país el respeto a la Constitución es tan precario? A esta simple pregunta corresponden sin duda muchas respuestas complejas. Aquí solo nos aproximamos a una de ellas: el examen de la independencia y poder de la justicia constitucional, y en particular del Tribunal Constitucional. El razonamiento

* Parte de este texto se basa en el informe para el proyecto “Control Constitucional en el Ecuador y en Colombia”, financiado por el Fondo de Investigaciones de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, Quito, 2007. La propuesta sobre articulado fue desarrollado en el marco del las mesas de discusión sobre “Las Izquierdas y la Constituyente” organizadas por ILDIS, Quito, 19 de junio de 2007. Una versión simplificada fue publicada en la Revista Electrónica del Programa Andino de Derechos Humanos de la Universidad Andina. <http://www.uasb.edu.ec/>

** Coordinador académico y docente de la Maestría Internacional en Derecho, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

de partida es sencillo: para que la Constitución tenga vigencia, es decir para que sea una ley por sobre todas las demás leyes y normas inferiores a la ley, es necesario un juez ante el cual reclamar por su violación, un juez que determine estas violaciones y que tenga poder para sancionarlas.¹

Por esta razón, la oleada mundial de nuevas democracias y nuevos sistemas constitucionales que se inició en los años ochenta del siglo XX, y mostró sus mayores intensidades en Asia, Europa Oriental y América Latina, ha incluido el desarrollo de tribunales constitucionales.² Estas instituciones son concebidas como un mecanismo básico para garantizar la eficacia de la Constitución. Un Tribunal Constitucional vendría a ser, para usar un símil, lo que es un árbitro para asegurar que se cumpla un reglamento en cualquier juego. Sin árbitro, en cierto sentido, no hay reglamento aunque éste exista, pues no se dan condiciones suficientes para su eficacia. Sin Tribunal Constitucional –o más ampliamente justicia constitucional– no hay, en cierto sentido, Constitución pues ésta queda reducida a una declaración o programa político sin medios jurídicos reales para asegurar su eficacia.

Por supuesto, la mera existencia de un Tribunal Constitucional no asegura la eficacia de la Constitución. El Tribunal Constitucional –o el órgano que desempeñe sus funciones– debe ser independiente y tener poder real, debe ser altamente profesional y respetado por la opinión pública y la comunidad jurídica. Sin estas condiciones –igual que con un pésimo árbitro y un juego caótico– lo mejor a lo que se puede aspirar es a una Constitución precaria.

La justicia constitucional tiene una importancia vital para la protección de los derechos humanos. Hoy los tribunales constitucionales son fundamentalmente tribunales de derechos humanos,³ puesto que su labor se orienta a la protección de estos derechos contra las acciones del Estado, e incluso contra las leyes u otras normas jurídicas violatorias de la Constitución.

Los tribunales constitucionales protegen estos derechos por una vía directa y una vía indirecta. La vía directa está integrada por todas las acciones –técnicamente llamadas *garantías*– que el ciudadano o un colectivo puede utilizar para exigir que se respete un derecho humano. En Ecuador, el amparo, el hábeas corpus y el hábeas data son las garantías fundamentales.

1. Este es el clásico y contundente argumento de *Marbury vs. Madison* (1803).

2. O alternativamente la asignación de funciones de control constitucional a la Corte Suprema.

3. Héctor Fix Zamudio, “Justicia Constitucional y Derechos Humanos en América Latina”, en Luis López Guerra, coord., *La Justicia Constitucional en la Actualidad*, Quito, Instituto de Derecho Público Comparado-Universidad Carlos III de Madrid / Comisión Europea / Tribunal Constitucional del Ecuador / Corporación Editora Nacional, 2002.

La vía indirecta consiste en la llamada *acción de inconstitucionalidad*. Cuando una ley u otra norma jurídica viola un derecho humano⁴ –lo cual es perfectamente posible– el Tribunal Constitucional puede declarar la inconstitucionalidad de esa ley o norma, dejarla insubsistente, por contrariar tales derechos. Por supuesto, si la ley ha sido promulgada violando los procedimientos que la Constitución establece, esta sería otra razón para su inconstitucionalidad. Es lo que se denomina *inconstitucionalidad por la forma*.

Pese a su importancia, en Ecuador el Tribunal Constitucional y las garantías constitucionales son aún instituciones lejanas e incluso incomprensibles para la mayoría de ciudadanos. Sin embargo, ello solo confirma la falta de condiciones para la eficacia de la Constitución, y no disminuye ni la necesidad, ni la importancia de tales instituciones para la vigencia de los derechos humanos.

EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y LOS CONFLICTOS POLÍTICOS

En Ecuador el problema central del Tribunal Constitucional es su dependencia política.⁵ Así como sucede con la Fiscalía, la Contraloría y la Defensoría del Pueblo, los partidos políticos utilizan su poder de designación y remoción de los miembros del Tribunal para influir sobre sus procesos decisorios o incluso determinarlos.

En el país no se ha concebido la existencia de un órgano judicial de control constitucional realmente *independiente*, tanto de las fuerzas partidarias operantes en el Congreso como del Ejecutivo. Por el contrario, tanto los partidos políticos como otros sectores sociales que participan en el nombramiento de los magistrados del Tribunal perciben a éste como un espacio de poder que puede y debe ser objeto de negociación y distribución, no como un órgano jurisdiccional que necesita ser independiente de ellos para cumplir adecuadamente su función constitucional y política.⁶

4. Esta situación puede ser incluso meramente potencial, como en el caso de un proyecto de ley. Para el efecto se establecen mecanismos como un control previo por parte del Tribunal Constitucional, o la objeción presidencial por inconstitucionalidad.

5. Independencia, por supuesto, no significa aislamiento o asepsia política. En Ecuador como en todo el mundo los tribunales constitucionales, dados los tipos de asuntos que resuelven, están sujetos a frecuentes presiones políticas de partidos, grupos de presión, opinión pública, etc., pero estas presiones no pueden ni deben ser tan intensas que sustituyan o eliminen sistemáticamente los parámetros y racionalidad jurídica que deben primar en las decisiones de estos órganos. La labor interpretativa de un Tribunal Constitucional no solo es jurídica sino también política, pero en un sentido estrictamente específico que implica un alto grado de independencia respecto de otros actores políticos. Para ampliar este tema véase Fernando De Trazegnies, “El Rol Político del Abogado Litigante”, en Galo Chiriboga y Luis Verdesoto, coords., *Los Abogados y la Democracia en América Latina*, Quito, ILSA, 1986.

6. Así por ejemplo, en 1994, una propuesta de reforma constitucional de los movimientos sociales planteaba crear una Corte Constitucional para conocer solo sobre inconstitucionalidad, y un Tribunal de Garantías Constitucio-

Esta dependencia afecta también la actividad legislativa en el sentido que impide que el Tribunal actúe efectivamente como *juez del legislador*, esto es, como el órgano judicial encargado de asegurar que el legislador actúe con libertad política pero dentro del marco que la Constitución le impone, y que por tanto tal actuación goce de adecuada juridicidad y legitimidad. Ante la falta de un efectivo control constitucional, el proceso legislativo viola frecuentemente los procedimientos constitucionales de formación de la ley y de reforma constitucional. En otros casos el contenido mismo de las leyes aprobadas por el Congreso, es contrario a uno o varios derechos fundamentales,⁷ dando lugar a la paradoja de que la ley viole estos derechos en lugar de desarrollarlos.

También los mecanismos de control político ejercidos por el Congreso sobre otras funciones o instituciones públicas pueden requerir eventualmente control constitucional para que no violen derechos, como el debido proceso. Si bien el control político, a diferencia del jurídico,⁸ actúa voluntariamente bajo criterios de oportunidad y necesidad ello no significa que pueda ser arbitrario. Así por ejemplo, las destituciones presidenciales o de otros altos funcionarios, en varias ocasiones, no se han ajustado al procedimiento establecido para el juicio político.

Por otra parte, el Tribunal debe funcionar como un foro judicial para la oposición parlamentaria, cuando ésta constituye una minoría en el Congreso y desea cuestionar la constitucionalidad de una ley aprobada por el Presidente y la mayoría legislativa. Es decir, el Tribunal cumple una importante función de protección de derechos no solo de minorías sexuales, culturales, etc., sino también de resguardo a los derechos de las minorías políticas, y por tanto del sistema democrático.

En contraste, cuando es la oposición al Presidente la que predomina en el Congreso, hay siempre algún riesgo de que ello genere crisis políticas profundas, las cuales, en Ecuador, han derivado incluso en destituciones claramente inconstitucionales del Presidente de la República o de diputados. En tal situación el Tribunal ha sido reemplazado en su rol arbitral por las Fuerzas Armadas, la cual dado su monopolio de la fuerza ha “legitimado” a uno u otro sector político. Este tipo de desenlaces de las cri-

nales para proteger derechos humanos. En este último caso el proyecto ampliaba la representación en el Tribunal de organismos de derechos humanos, de defensa de los niños, mujeres, organizaciones del medio ambiente, entre otras, ver Foro Democrático, *El Pueblo decide su destino: propuesta de reformas constitucionales*, Quito, CDS, 1994.

7. Un caso paradigmático a este respecto fue el de la detención en firme establecida en las reformas al Código de Procedimiento Penal.
8. El control jurídico, que el Tribunal Constitucional ejerce, actúa en cambio obligatoriamente bajo criterios normativos. Para profundizar en esta diferenciación consultar Manuel Aragón, “La Interpretación de la Constitución y el Carácter Objetivado del Control Constitucional”, en Eduardo Ferrer Mac-Gregor, coord., *Interpretación Constitucional*, México, Editorial Porrúa, pp. 26-34.

sis si bien evita la violencia, desmantela las bases constitucionales del Estado de Derecho, lo cual obviamente facilita nuevas y recurrentes crisis.

Adicionalmente, la dependencia del Tribunal respecto al Congreso hace que el órgano de control constitucional se vea sistemáticamente afectado por la inestabilidad del legislativo. De esta forma, la volatilidad de las mayorías parlamentarias, tan propia del Ecuador, es una fuente constante de presiones políticas sobre el Tribunal. Estas presiones incluyen la posibilidad de juicio político o de remoción por otras vías de los miembros del Tribunal, así como la negación de reelección de los vocales por parte de sus partidos.

En definitiva, es urgente entender en el Ecuador que las pugnas entre Legislativo y Ejecutivo, así como al interior del Congreso, son en cierta medida procesos políticos normales pero que requieren de instituciones que los procesen.⁹ Una de estas instituciones es el Tribunal Constitucional, el cual desde el punto de vista político debe operar como árbitro jurídico en estos conflictos políticos.¹⁰ La politización partidaria del Tribunal, empero, lo deslegitima en ese rol, impidiéndole mediar adecuadamente en el conflicto, y muchas veces intensificándolo. Así, se propicia la actuación autoritaria sea del Ejecutivo o del Congreso.

EL TRIBUNAL Y LOS DERECHOS¹¹

Un grave efecto político y jurídico de la debilidad del Tribunal Constitucional, ya sugerido más arriba, es la precariedad en la protección de los derechos fundamentales. Una baja incidencia de las decisiones de la jurisdicción constitucional sobre el conjunto del sistema jurídico y político determina una débil protección de derechos.¹² Sin control constitucional adecuado, la actividad judicial, la ley misma, así como otras normas jurídicas, y la gestión pública se convierten, paradójicamente, en fuentes frecuentes de violación antes que de realización de derechos fundamentales, generando una erosión estructural del Estado Constitucional.

No solo el Congreso sino también el Ejecutivo puede violar derechos fundamentales mediante sus actos y normas.¹³ De hecho, si la Constitución es visualizada co-

9. La introducción de mecanismos *semiparlamentarios*, por ejemplo, puede ser otro de estos mecanismos.

10. En los estados federales la mediación se extiende a los conflictos entre estados y de éstos con el gobierno federal.

11. Para un examen de la relación entre derechos y garantías ver el artículo de Ramiro Ávila, publicado en esta revista.

12. Desplegar la evidencia de esta aseveración requiere un artículo aparte. Remitimos al lector a la siguiente obra de próxima publicación: Claudia Escobar, "Estudio Comparativo del Proceso de Judicialización Constitucional en Colombia y en el Ecuador", tesis de la maestría internacional en Derecho, Serie Magister, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2006.

13. Hay por supuesto que diferenciar a la justicia constitucional de la administrativa, debiendo esta última respon-

mo un programa social, las dos vías inmediatas de realización de este programa son las políticas públicas y la jurisprudencia constitucional. Esta última mediante la dilucidación del contenido concreto de los derechos sociales y económicos, y de ser necesaria su protección judicial, encauza constitucionalmente las políticas públicas cuando ellas se desvían radicalmente de estos parámetros hacia lógicas clientelares, populistas o de pura eficiencia económica.¹⁴

Por tanto, entre las tareas claves de un Tribunal Constitucional está la definición, junto con el legislador, del *contenido de los derechos fundamentales*, lo cual es vital para su protección. Esta labor el Tribunal debe realizarla mediante su jurisprudencia, la cual requiere una compleja labor interpretativa de alto nivel técnico, entre otras por la siguiente razón: los derechos humanos en la Constitución están formulados en forma de *principios*, esto es como directrices, normas imperativas pero muy generales que establecen marcos u orientaciones básicas.¹⁵ Por ejemplo, ¿qué implican principios o derechos como el derecho a la información, a la intimidad, a la igualdad, o a la salud? Es al conocer casos concretos en que se violan estos derechos cuando el juez constitucional va definiendo el contenido de los mismos, conforme a la propia Constitución. Esta labor de definición o “*concreción*” de derechos permite entonces determinar en qué consiste más exactamente un derecho, y permite su mejor protección en casos similares.¹⁶

Así mismo, los derechos establecidos en una Constitución pueden entrar en colisión. Por ejemplo, cuando se difunde información sobre un personaje público, el derecho a la información puede entrar en conflicto con el derecho a la intimidad. Cuando se impide ciertas prácticas médicas, como una transfusión de sangre, por razones religiosas, la libertad religiosa puede entrar en tensión con el derecho a la salud e incluso a la vida. Estas situaciones el Tribunal constitucional las resuelve *pesando o ponderando los derechos* en juego en cada caso, y su jurisprudencia provee información sobre cómo estas valoraciones pueden jugar hacia futuro. Así, por ejemplo, es-

der también al modelo de Estado constitucional. Para una aproximación al tema véase Antonio Manuel Peña Freire, *La Garantía en el Estado Constitucional de Derecho*, Madrid, Editorial Trotta, 1997, pp. 265-279.

14. Por ejemplo cuando ciertas medidas o políticos de educación o salud son regresivas y configuran la violación de derechos sociales.
15. La distinción técnica entre principios y reglas puede encontrarse en una amplia bibliografía contemporánea. Para una introducción es recomendable: Iván Vila Casado, *Nuevo Derecho Constitucional*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2002, pp. 329 a 342. Un tratamiento algo más sofisticado se encuentra en Gustavo Zagrebelsky, *El Derecho Dúctil*, Madrid, Editorial Trotta, 1997, pp. 109 a 126 (El Derecho por Principios).
16. Por ejemplo, en un famoso caso sobre libertad de información y derecho a la intimidad el Tribunal Constitucional Español definió el *contenido de este derecho* en el sentido de que la libertad de información protegía el derecho a comunicar información que sea 1. veraz y 2. de interés público. Véase STC 171/90 y STC 172/90 publicado en Luis López Guerra, *Las Sentencias Básicas del Tribunal Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998, pp. 202-248 (casos comandante Patiño I y II).

tableciendo límites relativos o condiciones para la libertad de información o la libertad religiosa que permitan la simultánea protección de éstos e incluso otros derechos.

En la jurisprudencia constitucional ecuatoriana tanto la concreción como la ponderación de derechos son casi inexistentes. Esto implica que la Constitución, sea cual sea ésta, no está siendo adecuadamente desarrollada por los jueces constitucionales. Debido a la ausencia de este proceso de definición de la Constitución vía jurisprudencia, el Tribunal Constitucional con excesiva frecuencia en un caso “aplica” la Constitución de uno modo, y luego en otro caso similar el propio tribunal u otras autoridades la aplican de otro modo.

PROPUESTAS PARA LA NUEVA CONSTITUCIÓN

Pese a las limitaciones señaladas, la reforma constitucional de 1996 ratificada por la Constituyente de 1998 expresa un proceso lento, incluso errático, pero positivo, de fortalecimiento de la dimensión jurídica del Tribunal Constitucional. Este proceso, iniciado en 1945 con el Tribunal de Garantías Constitucionales (TGC) ha incluido una serie de innovaciones adecuadas, tales como ampliación de las facultades del Tribunal y de los períodos de sus magistrados (mal llamados vocales), integración del organismo con profesionales del Derecho (hasta 1992 no se requería ser abogado), y una actividad relativamente progresiva si bien aun insuficiente en la protección de derechos.

Frente a estos avances persisten las deficiencias estructurales antes señaladas. La remoción inconstitucional del Tribunal por parte del Congreso en numerosas ocasiones, la forma cómo se ha designado a los siguientes tribunales, la suspensión de la justicia constitucional por varios meses durante el 2005, son claras demostraciones de la persistencia de estas graves deficiencias. Por tanto, el Tribunal Constitucional ecuatoriano se halla actualmente en una fase crucial de desafíos respecto a su institucionalización, entre las cuales la principal, por ahora, es la de su independencia.

Para lograr este objetivo son necesarios varios cambios de orden político e institucional. En este artículo nos concentramos en estos últimos puesto que ellos son los que pueden incluirse en la nueva Constitución.

FORTALECER AL TRIBUNAL

La propuesta de una reforma constitucional para reemplazar al actual Tribunal Constitucional por una sala de la Corte Suprema es, en el caso ecuatoriano, definitivamente inconveniente por múltiples razones.

Es cierto que, como plantean varios autores, en teoría la concentración del control constitucional en una Corte Suprema o en un Tribunal Constitucional especializado no son –pese a sus relativas ventajas y desventajas– los factores decisivos para una buena justicia constitucional. Ambos sistemas pueden funcionar bien o pueden funcionar mal, y ninguno es inherentemente superior al otro. De hecho, en América Latina tenemos ejemplos exitosos de ambos sistemas, como lo son la sala constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, y la Corte Constitucional de Colombia. Lo realmente importante es que en uno u otro sistema haya independencia y alto nivel profesional.

Sin embargo, en el caso ecuatoriano este asunto no debe juzgarse en abstracto, pues existe una historia constitucional e institucional que tomar muy en cuenta. En Ecuador en el pasado y por varias ocasiones, la Corte Suprema reemplazó total o parcialmente al Tribunal o coexistió con él, y los resultados fueron muy negativos. El cuadro 1 publicado en anexos muestra esta errática evolución. De este cuadro se deducen cambios constantes en las funciones de control constitucional entre ambas instituciones.

En varias ocasiones se transfirió parte de las facultades del Tribunal de Garantías Constitucionales (TGC) a la Corte Suprema. Apenas creado en 1945, el TGC fue eliminado en 1946, para volver a reaparecer en 1967 por unos pocos años, debilitado frente a las atribuciones de control constitucional de la Corte Suprema de Justicia (CSJ). El TGC vuelve a reaparecer en 1978 básicamente con las mismas facultades de 1967, pero en 1983 y en 1992 se transfieren parte de sus facultades a la CSJ. En 1983 la Corte Suprema podía declarar inaplicable una ley, y el TGC suspenderla; en 1992 se atribuyó a una sala constitucional de la Corte Suprema la facultad de decidir finalmente sobre las suspensiones decididas por el TGC. Estas reformas lo único que lograron fue propiciar constantes y agudos enfrentamientos entre Tribunal Constitucional y Corte Suprema.

Estos constantes cambios tuvieron un alto desde las reformas constitucionales de 1995 y 1996 en que se crea el Tribunal Constitucional (TC), y se establece que los fallos de éste causan ejecutoria y no son susceptibles de recurso alguno. Desde entonces han transcurrido más de diez años de relativa pero comparativamente excepcional estabilidad de esta institución en la historia del país. Continuidad que hoy algunos pretenden desechar, para volver a los experimentos de los años ochenta e inicios del noventa del siglo anterior.

Pero no solo es el TC sino además la Corte Suprema la que sería afectada al transferirle nuevamente facultades especializadas de control constitucional. Desde 1992, es decir durante los últimos quince años, la Corte Suprema funciona como corte de casación, por tanto su organización en salas, su jurisprudencia y experiencia institu-

cional se han concentrado en este ámbito. La casación, como sabemos, es un *control de legalidad* que opera sobre las sentencias bajo consideraciones estrictamente de Derecho. La casación es por tanto una institución muy distinta del *control de constitucionalidad*, el cual se aplica a normas infraconstitucionales, para lo cual debe considerar aspectos no solo de derecho sino también de hecho.

En otras palabras, la casación se desarrolla fundamentalmente en el ámbito de la interpretación legal,¹⁷ en tanto el control constitucional complementa a ésta con métodos específicos de interpretación desarrollados por el moderno constitucionalismo.¹⁸ Se dirá que la creación de una sala constitucional se orienta justamente a evitar conflictos entre TC y CSJ, pero en realidad en el caso ecuatoriano, tal reforma solo trasladaría los conflictos al interior de la CSJ, generando conflictos entre la sala y el pleno, y lo que es peor sometiéndolo el control constitucional a cánones interpretativos que no le son propios.

En efecto, si la nueva Constitución incluye, como debe incluir, la facultad de presentar acciones de amparo contra sentencias judiciales violatorias del derecho constitucional al debido proceso, algunos de estos amparos van a dirigirse contra las sentencias de la actual Corte Suprema. Pero si es la misma Corte Suprema la que mediante una de sus salas resuelve finalmente sobre tales amparos, tendríamos una confluencia en que el órgano controlado es también el que controla.

Por otra parte los perfiles del juez constitucional y del juez de casación son diversos.¹⁹ El juez constitucional resuelve jurídicamente conflictos de alto contenido político o ético, lo cual le exige un particular conocimiento y sensibilidad respecto a la coyuntura política y social, una clara percepción de tendencias en la opinión pública, y un conocimiento especializado del Derecho constitucional y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Su labor interpretativa, como se expuso, requiere una constante dilucidación de principios constitucionales, y de su relación con las reglas.

Hay adicionalmente consideraciones de orden práctico que vuelven poco aconsejable eliminar el TC. Si los perfiles y funciones de los jueces constitucionales son distintos a los de la Corte Suprema, unos y otros pueden requerir formas de elección y períodos diversos. Por otra parte, una sala constitucional en la Corte Suprema, al menos con su actual estructura, difícilmente puede tener el número de jueces y el per-

17. Lo cual no la vuelve ajena a la Constitución.

18. Para una breve introducción al tema véase Iván Vila Casado, *Nuevo Derecho Constitucional*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2002, pp. 329 a 342.

19. César Landa, *Estudios sobre Derecho Procesal Constitucional*, México, Editorial Porrúa, 2006, pp. 94-109.

sonal necesario para desempeñar adecuadamente su labor, la cual es intensa y especializada dado el número y complejidad de algunas causas.

Tenemos, por tanto, con todas sus serias limitaciones, dos procesos de especialización institucional, el del TC y el de la CSJ, que la propuesta de una sala constitucional simplemente ignora. Es mejor dar continuidad, perfeccionar y consolidar lo que hoy tenemos, antes que volver a comenzar de cero y reiterar la discontinuidad en el desarrollo de nuestras instituciones. En el actual Tribunal hay, pese a sus deficiencias, conocimientos y experiencia acumulada, así como algunos asesores, y empleados que pueden contribuir positivamente a un Tribunal renovado, permaneciendo en él bajo concurso. Por supuesto esta relativa –y selectiva– continuidad no puede darse a costa de los profundos cambios que la institución requiere.

AMPLIACIÓN DEL PERÍODO DE LOS MAGISTRADOS DEL TC

El actual período de cuatro años es demasiado corto –el más corto junto con Honduras en América Latina–. Es necesario un período de al menos seis años o hasta nueve años que permita una mayor estabilidad y continuidad para el desarrollo de la jurisprudencia constitucional, y que además no coincida con los períodos legislativo y presidencial. También es conveniente una renovación parcial del Tribunal, por tercios, de forma que no todos los jueces inicien y terminen sus períodos simultáneamente y se logre así combinar permanentemente la experiencia de los magistrados con más años en funciones, con las innovaciones de nuevos magistrados. Estas reformas también contribuyen a aumentar el grado de independencia puesto que dificultan, a los organismos nominadores y de designación, el control de la mayoría de magistrados al interior del Tribunal.

NO REELECCIÓN

Para mejorar la independencia de los magistrados del Tribunal es necesario también suprimir la actual posibilidad de que sean reelegidos. La reelección es una fuente de dependencia respecto a quienes pueden reelegir, lo cual empeora si el período es corto como en el caso ecuatoriano. En el actual sistema ese inadecuado poder lo tiene finalmente el Congreso Nacional. Esta facultad del Congreso no tiene sentido puesto que el Tribunal Constitucional tiene entre sus principales funciones la de controlar la labor del Congreso, evitando que mediante el contenido o el procedimiento en la formación de las leyes se violen derechos fundamentales y, en general, la Constitución. Por tanto, la reelección de magistrados del Tribunal Constitucional quizás

más que cualquier otra institución genera dependencia, y por ello predomina su exclusión en la mayoría de países.

NUEVA FORMA DE DESIGNACIÓN

Ninguna forma de designación es perfecta ni asegura absoluta independencia del nombrado respecto a quien nombra. De hecho, para que cualquier sistema de designación funcione bien es necesario un acuerdo político previo, para tener un Tribunal realmente independiente, entendida tal *independencia* como libertad para juzgar en el marco del Derecho. Sin embargo, no todas las formas de designación son idénticas, ni las condiciones institucionales son irrelevantes. Normas adecuadas pueden expresar y facilitar este acuerdo político, que en el caso ecuatoriano es realmente urgente.

El actual sistema en que el Congreso elige a los miembros del Tribunal a base de ternas enviadas, no solo por la CSJ y el Presidente, sino además por sindicatos, cámaras empresariales, organizaciones de indígenas y campesinos, y gobiernos seccionales, es totalmente inadecuado para la elección de magistrados constitucionales. Estos magistrados por su propia condición de jueces y consiguiente necesidad de independencia nunca pueden ser “representantes” de sectores gremiales, sectoriales o corporativos. De hecho, el sistema ecuatoriano de designación es *sui generis* a este respecto, pues en general no se halla en otros países, y la experiencia histórica ecuatoriana ha demostrado claramente su inconveniencia, ya que genera una dependencia de los magistrados por vía doble: respecto a las organizaciones o sectores que los nominan, y a los partidos que los nombran en el Congreso.

Una alternativa a la actual forma de designación puede consistir en que cada función del Estado designe *directamente* un tercio de los miembros del Tribunal Constitucional, pues es necesario disminuir el actual predominio del Congreso en tal designación. La participación del Congreso, de mantenerse, debe además exigir una mayoría de dos tercios de sus miembros en la correspondiente designación, pues reglas de mayoría más exigentes implican consensos políticos más amplios.

Un sistema próximo a éste lo tiene Colombia, donde el Senado designa a los miembros de la Corte Constitucional de ternas enviadas por el Presidente de la República, la Corte Suprema y el Consejo de Estado, de esta forma se busca lograr cierto equilibrio de poder entre las tres clásicas funciones del Estado, aunque dándole alguna preeminencia a la Función Judicial.²⁰

20. Manuel José Cepeda, *La Defensa Judicial de la Constitución en Fernando Cepeda, Fortalezas de Colombia*, Bogotá, Editorial Planeta, pp. 149-151.

La designación del Tribunal por las tres funciones del Estado, como cualquier otro sistema de nombramiento, no deja de presentar ciertos riesgos políticos. Por ejemplo, si el Presidente de la República tiene un período largo o puede ser reelecto inmediatamente, le sería posible eventualmente obtener una mayoría en el Congreso, y por tanto puede también designar a la mayoría de magistrados del Tribunal, minando o al menos disminuyendo potencialmente su independencia.²¹

En el caso ecuatoriano, en particular, la participación del Congreso en la designación ha sido muy negativa. El Congreso sistemáticamente ha tratado de someter políticamente al Tribunal, sea mediante la designación de magistrados obsecuentes a los partidos, mediante constantes amenazas de juicios políticos, o por la reiterada e inconstitucional destitución de magistrados por simple resolución legislativa (ver cuadro 2). Esta experiencia plantea la inconveniencia de que en Ecuador el Congreso designe a los magistrados directa e incluso indirectamente. Mientras el Congreso participe de alguna forma en la elección, los partidos políticos tendrán un mayor incentivo para controlar los procesos de postulación, nominación e impugnación y una justificación, aunque fuere inconstitucional, para remover a los magistrados que han nombrado.

Si se elimina la designación de magistrados por parte del Congreso, puede en cambio introducirse una designación directa de un tercio del Tribunal por parte del Presidente de la República, puesto que éste provee cierta legitimidad dado su carácter de dignatario de elección popular, y solo puede incidir en la selección de un tercio de los miembros de la Corte. Los otros dos tercios son designados por la Corte Suprema y el Consejo de la Judicatura, es decir, por el sector judicial. De esta forma el mayor peso en el nombramiento proviene del sector judicial, pero el Presidente aporta a la legitimidad democrática de la Corte, sin poner en riesgo su independencia.

En todo caso, a este sistema de nombramiento es conveniente agregarle un mecanismo previo y adicional que contribuya a una mejor selección: una fase de postulación e impugnación. Esta fase no constituye un concurso de méritos y oposición sino un filtro o barrera que debe superar todos quienes deseen ser considerados elegibles.²² En esta fase las organizaciones de la sociedad civil debe participar activamente en la impugnación, la cual incluye un sistema de audiencias públicas, para que se

21. Estudios políticos empíricos en países donde se suceden presidentes con y sin mayoría en el Congreso muestran que la independencia judicial tiende a disminuir cuando el Presidente controla la mayoría parlamentaria. Ver por ejemplo Rebecca Bill Chávez, *The Rule of Law in Nascent Democracies: Judicial Politics in Argentina*, Stanford University Press, 2004, Helmke Gretchen, 2002, "The Logic of Strategic Defection: Court-Executive Relations in Argentina under Dictatorship and Democracy" *American Political Science Review* 96(2): 291-303.

22. Un sistema análogo lo establece la actual Constitución venezolana en su art. 271.

consideren elegibles solo a quienes realmente lo son y posteriormente, de este grupo se seleccionen a los magistrados a base de méritos profesionales y académicos impidiendo así el acceso al Tribunal de quienes no reúnen el perfil y los requisitos para estas funciones.

ELIMINACIÓN DEL JUICIO POLÍTICO

Según la actual Constitución los miembros del Tribunal pueden ser enjuiciados políticamente y, de ser del caso, destituidos por el Congreso. Esta es otra fuente de su dependencia; históricamente el Congreso ecuatoriano ha sido irresponsable en el ejercicio de esta facultad puesto que ha procedido a remover al conjunto del Tribunal sin seguir siquiera el procedimiento constitucional y legal del juicio político (ver cuadro 2).

La eliminación del juicio político, empero, crea un problema de rendición de cuentas, puesto que el Tribunal Constitucional debe responder ante alguna instancia pública, y ante la ciudadanía en general. La alternativa consiste en considerar al Tribunal Constitucional como parte de la Función Judicial para que se someta al control administrativo del Consejo de la Judicatura. De esta forma, cuando la actividad de un magistrado evidencie responsabilidades administrativas, civiles e incluso penales, debe responder ante el Consejo, como cualquier otro juez de la República.

Para cerrar, al menos en lo formal, la posibilidad de destitución inconstitucional de los miembros del Tribunal debe establecerse que estos no pueden ser destituidos por quienes los nombraron.

FORTALECIMIENTO DE LAS FACULTADES DEL TRIBUNAL

La independencia no es suficiente para obtener un control constitucional adecuado. Un Tribunal Constitucional puede ser independiente pero débil en sus atribuciones, como lo era hasta las reformas constitucionales del 26 de agosto de 2005 el Tribunal chileno, o dependiente y con importantes atribuciones, como lo es hoy el Tribunal ecuatoriano. Pero un control constitucional efectivo requiere la confluencia de ambas condiciones: independencia y atribuciones suficientes y adecuadas. La nueva Constitución, en todo caso, debe incluir nuevas atribuciones y suprimir otras que la Constitución de 1998 hoy contiene.

Un eje transversal que debe cruzar todas las atribuciones del Tribunal que se añadan o mantengan es el de la eficacia de las sentencias y de la jurisprudencia constitucional. De nada sirven nuevas atribuciones si las decisiones del Tribunal son intrascendentes. La interpretación final de la Constitución debe ser claramente radicada en

el Tribunal Constitucional. En línea con este poder debe precisarse que los efectos de una sentencia, que declara la inconstitucionalidad de un acto normativo, consiste en la invalidez jurídica de éste y no la mera suspensión de sus efectos,²³ como equivocadamente indican los arts. 276 numeral 1 y 278 primer párrafo de la Constitución de 1998. En esta misma lógica, la jurisprudencia constitucional debe ser fuente obligatoria de Derecho, los dictámenes de las consultas que el Tribunal absuelva deben ser vinculantes y con efecto general, y el incumplimiento de sentencias constitucionales debe ser severamente sancionado.

En esta línea de fortalecimiento del control constitucional debe incluirse la inconstitucionalidad por omisión,²⁴ pues la Constitución puede violarse no solo por lo que se hace, por acciones positivas, sino por lo que se deja de hacer, como cuando el Congreso no realiza las designaciones de altos funcionarios públicos, o deja de dictar leyes específicas, en el plazo que la Constitución le ordena, lo cual puede acarrear incluso la violación de derechos fundamentales.

Una nueva atribución para considerar es el control sobre reformas constitucionales y convocatoria a consultas populares, orientadas a reformas constitucionales, así como convocatorias a constituyentes. En todos estos casos el Tribunal puede controlar más que aspectos materiales el hecho de que se acaten los procedimientos constitucionales, de forma que se obvien o disminuyan los conflictos políticos que estos importantes cambios jurídicos han implicado en el Ecuador.

Otro cambio muy importante consiste en atribuir al Tribunal la facultad de seleccionar los casos de amparo, hábeas corpus y hábeas data sobre los que desea pronunciarse. Esta reforma disminuiría dramáticamente el número de amparos que el Tribunal conoce, pero a cambio daría a los magistrados más tiempo para concentrarse en casos complejos claves cuya resolución tiene mayor impacto en el conjunto del sistema jurídico y político mediante el sistema de jurisprudencia obligatoria. En otras palabras el tiempo que hoy se invierte en cantidad de las sentencias constitucionales puede invertirse en calidad.

También en materia de amparo es necesario incluir la posibilidad de interponerlo contra decisiones judiciales que violen derechos fundamentales, y especialmente el derecho al debido proceso.

23. Julio César Trujillo, *Teoría del Estado en el Ecuador*, Quito, Corporación Editora Nacional / Universidad Andina Simón Bolívar, 2006, pp. 230 a 233. Jorge Zabala Egas, "El Control de la Supremacía Constitucional en el Ámbito Normativo por parte del Tribunal Constitucional", en Alberto Wray, edit., *Derecho Procesal Constitucional*, Quito, Universidad San Francisco de Quito, 2002, pp. 68-69.

24. Al respecto, para una visión sintética en Ecuador, ver Iván Castro Patiño, "Inconstitucionalidad por Omisión", en *Jornadas Internacionales de Derecho Constitucional*, Quito, Tribunal Constitucional del Ecuador, 2007, pp. 219-234.

Por otra parte, es necesario especializar al Tribunal y por tanto eliminar funciones que no le resultan inherentes, tales como el control de inconstitucionalidad de actos administrativos (actual art. 276 num. 1 y 2), lo cual puede ser demandado vía amparo cuando se violan derechos fundamentales, o conocido por el Tribunal Contencioso-Administrativo si se trata de actos normativos.

PROPUESTA DE ARTICULADO

Art... La Corte Constitucional será el máximo órgano de control e interpretación constitucional,²⁵ posee jurisdicción nacional, y tendrá su sede en Quito. Lo integrarán nueve magistrados, quienes tendrán sus respectivos suplentes. Desempejarán sus funciones durante nueve años, se renovarán por tercios cada tres años, y no podrán ser reelegidos.²⁶ Las normas para su organización y funcionamiento así como los procedimientos para su actuación se regularán mediante ley orgánica.

Art... Para ser magistrado de la Corte Constitucional, se requerirá:

1. Ser ecuatoriano por nacimiento.
2. Hallarse en goce de los derechos políticos.
3. Tener título de doctor en jurisprudencia, derecho o ciencias jurídicas.
4. Haber ejercido de forma destacada la profesión de abogado, la judicatura o la docencia universitaria en Derecho Constitucional o Derechos Humanos por un lapso mínimo de diez años.
5. Los demás requisitos de idoneidad que fije la ley.

No serán responsables por los votos que emitan y por las opiniones que formulen en el ejercicio de su cargo.

Art... Los magistrados de la Corte Constitucional y sus suplentes serán designados previo proceso de postulación y preselección, bajo veeduría e impugnación ciudadana que incluirá audiencias públicas y será organizado por una comisión de postulaciones y regulado por ley. Podrá además contarse con veeduría internacional. La comisión de postulaciones determinará los candidatos elegibles de entre los cuales se designará a los magistrados de la siguiente manera:

- tres elegidos por la Corte de Casación,
- tres elegidos por el Consejo de la Judicatura,

25. A diferencia de lo que sucede en la Constitución actual, la Corte Constitucional será parte del Poder Judicial y, por tanto, rendirá cuentas en el aspecto administrativo ante el Consejo Nacional de la Judicatura. Correlativamente se elimina el juicio político por parte del Congreso.

26. La posibilidad de juicio político contra los miembros de la Corte Constitucional será eliminado.

- tres por el Presidente de la República.

La Corte Constitucional elegirá, de entre sus miembros, un presidente y un vicepresidente, que desempeñarán sus funciones durante tres años y no podrán ser reelegidos.

Art... Los magistrados de la Corte Constitucional no podrán en ningún caso ser cesados en sus funciones por quienes los designan. La Corte Constitucional tendrá autonomía administrativa, financiera y técnica; se halla bajo supervisión del Consejo de la Judicatura. La destitución de un magistrado constitucional debido a una falta administrativa grave declarada por el Consejo de la Judicatura requerirá el voto de al menos seis magistrados.

Art... Competerá a la Corte Constitucional:

1. Conocer y resolver las demandas de inconstitucionalidad, de fondo o de forma, que se presenten sobre leyes, interpretarlas constitucionalmente y, de ser el caso, declarar su invalidez.
2. Conocer y resolver las demandas de inconstitucionalidad, de fondo o de forma, de actos normativos y de ser el caso, declarar su invalidez.
3. Conocer y resolver sobre las demandas de inconstitucionalidad por omisión, adoptando las medidas necesarias para cesar la violación constitucional.
4. Absolver consultas sobre interpretación constitucional. Sus dictámenes serán vinculantes y tendrán efecto general.
5. Conocer las resoluciones que denieguen el hábeas corpus, el hábeas data y el amparo y revisarlas, cuando a su juicio sea necesario pronunciarse sobre ellas, para el desarrollo de la jurisprudencia constitucional.
6. Dictaminar sobre las objeciones de inconstitucionalidad que haya hecho el Presidente de la República, en el proceso de formación de las leyes.
7. Dictaminar sobre tratados o convenios internacionales antes de su aprobación por el Congreso Nacional.
8. Dirimir conflictos de competencias o de atribuciones asignadas por la Constitución.
9. Decidir sobre la inconstitucionalidad de reformas constitucionales por vicios en el procedimiento legislativo.
10. Decidir, previo al pronunciamiento ciudadano, sobre la constitucionalidad de convocatoria a consulta popular sobre reformas constitucionales y convocatoria a asamblea constituyente.

La jurisprudencia constitucional constituye fuente obligatoria de Derecho.

Art... Las demandas de inconstitucionalidad podrán ser presentadas por cualquier ciudadano. En todos los casos, incluyendo demandas presentadas por autoridades u órganos públicos, se contará con la opinión no vinculante del Defensor del Pueblo.

La dirimencia de competencia prevista en el número 8 del mismo artículo será solicitada por quien la reclama.

Art... La sentencia que declara la inconstitucionalidad implica la invalidez jurídica de la disposición o el acto declarado inconstitucional. La sentencia es obligatoria para las partes desde que se ejecutoria, y tiene efectos generales desde su publicación en el Registro Oficial. La declaratoria generalmente no tendrá efecto retroactivo, salvo que viole derechos fundamentales, ni respecto de ella habrá recurso alguno.

Si transcurridos treinta días desde la fecha en que la sentencia se ejecutoria, el funcionario o funcionarios responsables no la cumplieren, el Tribunal, de oficio o a petición de parte, los sancionará de conformidad con la ley, la cual establecerá las responsabilidades administrativas, civiles y penales correspondientes.

DISPOSICIONES TRANSITORIAS

De la Corte Constitucional: Tres de los magistrados designados por primera vez al entrar en vigencia esta Constitución y escogidos por sorteo, cesarán en sus funciones al cumplirse tres años de su elección. Con el mismo procedimiento cesarán en sus funciones otros tres magistrados al cumplirse seis años de su elección.

Cuadro 1
SÍNTESIS DE LOS TIPOS DE CONTROL CONSTITUCIONAL EN ECUADOR

Constitución	Órgano competente*	Integración/ Nombramiento	Período Requisitos
1929	Control a priori es ejercido por el Consejo de Estado (CE) y por la Corte Suprema de Justicia (CSJ) Respecto a constituciones anteriores, se extiende control a posteriori abstracto del CE a decretos y estatutos dictados por el Ejecutivo. CE puede declararlos nulos.	CE: Once miembros de distinto origen. Cuatro son legisladores. CSJ: Designados por el Congreso	CE: CSJ: Seis años, reelegibles
1945	Control a priori pasa de CSJ al Tribunal de Garantías Constitucionales (TGC). TGC suspende leyes (control a posteriori) hasta que Congreso toma decisión final; TGC puede actuar solo a petición de un juez de última instancia. El Tribunal solo puede formular observaciones sobre normas inferiores a la ley.	Nueve miembros, Congreso nombra cinco. Se incluyen tres diputados, un representante de los trabajadores, altos funcionarios públicos, sus delegados y representantes corporativos.	Dos años, pueden ser reelegidos.
1946	CSJ reasume control a priori . CE reemplaza al TC en varias funciones, pero no realiza control constitucional de la ley. CSJ realiza control abstracto a posteriori formal.		CSJ: Cuatro años, pueden ser reelegidos. CE:

Constitución	Órgano competente*	Integración/ Nombramiento	Período Requisitos
1967	CSJ realiza control a priori CSJ suspende leyes debido a inconstitucionalidad por forma o fondo. TC hace observaciones sobre inconstitucionalidad de leyes y otras normas.	10 miembros, Congreso nombra seis. Se incluye un senador y dos diputados, altos funcionarios, sus delegados y representantes corporativos. Se elimina representación de los trabajadores.	Dos años, pueden ser reelegidos.
1978	Se elimina control a priori . CSJ puede inaplicar y suspender leyes hasta decisión final del Congreso. TC realiza observaciones sobre constitucionalidad de decretos y otras normas (exceptuando leyes), lo cual puede ser revisado por el Congreso.	11 miembros, Congreso nombra tres. Se excluye a diputados y senadores; se incluye a altos funcionarios, sus delegados y representantes corporativos	Un año, pueden ser reelectos
1983 reforma constitucional	CSJ puede declarar inaplicable una ley. TGC conoce el caso para determinar si <i>suspense</i> la norma jurídica. TGC puede suspender normas inconstitucionales; Congreso resuelve definitivamente.	11 miembros nombrados por el Congreso , 3 directamente y 8 de ternas enviadas por el presidente, la Corte Suprema, y por colegios electorales de los trabajadores y cámaras de la producción.	2 años, pueden ser reelegidos. Vocales nombrados por Ejecutivo, Legislativo deben reunir iguales requisitos que para magistrados de la CSJ.
1992 reforma constitucional	TC puede suspender leyes y otras normas. Sala Constitucional de CS tiene decisión final.	11 miembros nombrados por 2/3 del Congreso de entre varias listas. Todos los miembros deben ser abogados	4 años, pueden ser reelegidos.

Constitución	Órgano competente*	Integración/ Nombramiento	Período Requisitos
1995-96 re- forma consti- tucional	Se restablece control a priori como atribución del TC, incluyendo ciertos tratados. Todos los tribunales de última instancia pueden inaplicar leyes inconstitucionales. TC tiene decisión final en cuestiones de inconstitucionalidad.	9 miembros nombrados por mayoría absoluta (?) en el Congreso.	4 años, pueden ser reelegidos. Todos los miembros del TC deben reunir los mismos requisitos que magistrados de la CSJ
1998 nueva codificación	Todos los jueces pueden inaplicar normas inconstitucionales.	9 miembros nombrados por mayoría absoluta en el Congreso.	4 años, pueden ser reelegidos.

* Todas las constituciones ecuatorianas han incluido, al menos en términos formales, algún artículo en la Constitución estableciendo que el Congreso es el intérprete final de la Constitución.

Fuentes: Larrea, 1998; Salgado, 2004; Rivadeneira, 2005.

Cuadro 2
ACCIONES DE INTERVENCIÓN POLÍTICA SOBRE EL TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL EN ECUADOR
1978-2006

Año	Antecedentes	Tipo de acción
1997	Destitución del presidente de la República, Abdalá Bucaram (6 de febrero).	Destitución del TC
1999	TC juzga constitucionalidad de Ley para las Reforma de las Finanzas Públicas	Congreso destituye al TC
2001	Inconstitucionalidad de aumento del Impuesto al Valor Agregado	Presidente Gustavo Noboa plantea reemplazo del TC por sala constitucional en la Corte Suprema
2004	Reorganización de la Corte Suprema y del Tribunal Supremo Electoral por parte del Congreso (24 nov).	Congreso destituye al TC (noviembre-diciembre) Congreso designa nuevos vocales (25 nov.)
2005	Congreso nombra nuevo TC	Nueva mayoría legislativa deja sin efecto nueva designación de TC. TC queda inactivo por meses.
2007	TC restituye a 50 diputados destituidos por el Tribunal Supremo Electoral.	Destitución del TC (24 de abril).

Fuentes: Ramiro Ávila, "Justicia Constitucional y Derechos Humanos", en *Foro*, No. 4, Quito, Corporación Editora Nacional / Universidad Andina Simón Bolívar, 2005.

Elaboración: Agustín Grijalva y Luis Ávila.