

ECUADOR

Debate

CONSEJO EDITORIAL

José Sánchez-Parga, Alberto Acosta, José Laso Ribadeneira,
Simón Espinosa, Diego Cornejo Menacho, Manuel Chiriboga,
Fredy Rivera Vélez, Marco Romero.

Director: Francisco Rhon Dávila. Director Ejecutivo del CAAP

Primer Director: José Sánchez Parga. 1982-1991

Editor: Fredy Rivera Vélez

Asistente General: Margarita Guachamín

REVISTA ESPECIALIZADA EN CIENCIAS SOCIALES

Publicación periódica que aparece tres veces al año. Los artículos y estudios impresos son canalizados a través de la Dirección y de los miembros del Consejo Editorial. Las opiniones, comentarios y análisis expresados en nuestras páginas son de exclusiva responsabilidad de quien los suscribe y no, necesariamente, de ECUADOR DEBATE.

© ECUADOR DEBATE. CENTRO ANDINO DE ACCION POPULAR

Se autoriza la reproducción total y parcial de nuestra información, siempre y cuando se cite expresamente como fuente a ECUADOR DEBATE.

SUSCRIPCIONES

Valor anual, tres números:

EXTERIOR: US\$ 45

ECUADOR: US\$ 15,50

EJEMPLAR SUELTO: EXTERIOR US\$. 15

EJEMPLAR SUELTO: ECUADOR US\$ 5,50

ECUADOR DEBATE

Apartado Aéreo 17-15-173B, Quito-Ecuador

Tel: 2522763 . Fax: (5932) 2568452

E-mail: caap1@caap.org.ec

Redacción: Diego Martín de Utreras 733 y Selva Alegre, Quito.

PORTADA

PuntoyMagenta

DIAGRAMACION

Martha Vinueza

IMPRESION

Albazul Offset



ISSN-1012-1498

Quito-Ecuador, agosto del 2007

PRESENTACIÓN / 3-5

COYUNTURA

Fin de la representación, pugna de representatividades
y democracia caudillista / 7-24

José Sánchez-Parga

Conflictividad socio-política: Marzo-Junio 2007 / 25-30

TEMA CENTRAL

Constitución, institucionalidad y derecho en Ecuador / 31-44

Agustín Grijalva

Derecho y política: reformas actuales en los países Arabes / 45-64

Baudouin Dupret

El reto de tomarnos en serio el Estado social de Derecho / 65-80

Judith Salgado

La eficacia de los derechos fundamentales
en las relaciones entre particulares / 81-92

Rosario Valpuesta Fernández

Sociedad, Estado y derecho / 93-106

Pedro Fernández de Córdoba

¿Reconocimiento constitucional es sinónimo
de no discriminación y derechos? / 107-124

Margarita Camacho Zambrano

DEBATE AGRARIO

Los desafíos del desarrollo local en las microregiones del Sur de Manabí
y la Cuenca Alta del Río Jubones / 125-158

Fernando Guerrero C.

ANÁLISIS

Aportes de asilados y refugiados a la cultura en México
a finales del siglo XX / 159-168

Rodolfo Casillas

Transición socialista en la era de la globalización:

Notas para reflexionar / 169-184

Mario González Arencibia

RESEÑAS

Trazos del tiempo: la caricatura política en el Ecuador
a mediados del siglo XX / 185-186

María Elena Bedoya H.

La Trama de Penélope. Procesos Políticos
e instituciones en el Ecuador / 187-190

Flavia Freidenberg

Más allá de la ideología sobre el "comportamiento"
de los mexicanos / 191-194

Juan Fernando Regalado

TEMA CENTRAL

Constitución, institucionalidad y derecho en Ecuador¹

Agustín Grijalva*

En tiempos en que se discute la promulgación de una Nueva Constitución, a partir de inquirir sobre la precariedad en el tiempo y en su capacidad de ordenar la vida ciudadana, de las anteriormente existentes, el artículo analiza que tal precariedad tiene también como una de sus fuentes, la ausencia de institucionalidad, no solo en los procedimientos y normas, sino además en las legislaciones que coartan la autonomía y horizontalidad de relación entre los Poderes del Estado, provocando la permanente pugna de poderes. Propone la constitución de un Tribunal autónomo de Garantías Constitucionales, fortalecido en sus instituciones y dedicado, explícitamente, a garantizar los derechos de la población consignados en la Constitución Política.

Cuando en Ecuador se discute la necesidad de una nueva Constitución, la número XX, es conveniente preguntar y reflexionar sobre la vigencia misma de la Constitución y del Derecho Constitucional. ¿Por qué en el país la Constitución tiene una vigencia tan precaria? A esta pregunta corresponden sin duda muchas respuestas complejas. Aquí solo nos aproximamos a una de ellas: el examen de la independencia y poder de la jurisdicción constitucional. El razonamiento de partida es: para que la Constitución tenga vigencia, es decir para que sea una ley por sobre todas las demás leyes y normas inferior

res a ésta, es necesario un juez ante el cual reclamar por su violación, un juez que determine estas violaciones y que tenga poder para sancionarlas.

Es quizá que, por esta razón, que la oleada mundial de nuevas democracias y nuevos sistemas constitucionales que se inició en la década de los ochenta del siglo XX, con mayores intensidades en Asia, Europa Oriental y América Latina, ha incluido el desarrollo de tribunales constitucionales. 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

¹ Profesor, 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. Una versión anterior resumida fue publicada en la Revista electrónica del Programa Andino de Derechos Humanos.

* Universidad Andina

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 han dado condiciones suficientes para su eficacia. Sin Tribunal Constitucional – o más ampliamente jurisdicción constitucional, lo cual incluye a todos los jueces – no hay Constitución, la Constitución 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 la Corte 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, lo realmente existente es una situación de inestabilidad político-jurídica, en una Constitución precaria.

Esto además, tiene, una importancia vital para la protección de los derechos humanos. Hoy, los Tribunales Constitucionales son fundamentalmente tribunales de derechos humanos, puesto que su labor se orienta a la protección de estos derechos contra las acciones violatorias del Estado, de los particulares, e incluso contra las leyes u otras normas contrarias a la Constitución.

Los tribunales constitucionales por tanto protegen los derechos por vía directa y otra 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 sus derechos. En Ecuador, el amparo, el habeas corpus y habeas data son garantías fundamentales. La vía indirecta consiste en la llamada acción de inconstitucionalidad, la cual consiste en que cuando una ley u otra norma jurídica viola un derecho humano –lo cual es perfectamente posible– el Tribunal Constitucional puede declarar la inconstitucionalidad de esa ley o norma, dejarla insubsistente, por contrariar los derechos que la Constitución establece.

En el país el Tribunal Constitucional y las garantías constitucionales son aún instituciones lejanas y a veces 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. Bajo este criterio es importante examinar el caso ecuatoriano.

Independencia del Tribunal Constitucional Independiente

En Ecuador el problema central del Tribunal Constitucional es su dependencia política. 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 de este organismo para influir sobre sus procesos decisorios²; no se ha

2 Según la Constitución de 1998 el Tribunal Constitucional es elegido por el Congreso en su mayoría de ternas enviadas por el Ejecutivo, la Corte Suprema, organizaciones indígenas y campesinas, cámaras de la producción y gobiernos seccionales.

concebido la existencia de un órgano de control constitucional realmente independiente de las fuerzas partidarias operantes en el Congreso y en las constituyentes. Por el contrario, tanto partidos políticos como cámaras, sindicatos, indígenas, campesinos y otras organizaciones sociales que participan en la conformación del Tribunal perciben a éste como un espacio de poder que puede y debe ser objeto de negociación y distribución, más no como un órgano jurisdiccional que necesita ser independiente de aquellos grupos de presión y poder para cumplir adecuadamente su función constitucional y política³. Esta situación deriva en efectos negativos tanto sobre el Tribunal Constitucional como sobre el control constitucional.

La dependencia del Tribunal respecto del Congreso y de los partidos políticos influye en el tipo de sentencias desarrollada por el Tribunal. La gran mayoría de estos fallos son de *inconstitucionalidad simple*, esto es: se limitan a declarar si una ley es inconstitucional. Es decir, el Tribunal no utiliza la amplia gama de tipos de sentencias que la doctrina constitucional moderna ha desarrollado, y que le permiten por ejemplo precisar cual interpretación de una ley es constitucional y cual inconstitucional (sentencias interpretativas). Aunque esta limitación se debe también a razones de cultura jurídica, es claro que los fallos de inconstitucionalidad simple permiten

al Tribunal evitar sistemáticamente conflictos con el Congreso, pues así puede eludir situaciones en que se le acuse de realizar tareas legislativas. Esta es una estrategia que provee cierta seguridad política pero que empobrece significativamente la calidad de la jurisprudencia y del control constitucional los cuales requieren ineludiblemente diversidad en los tipos de sentencias.

Esta dependencia afecta también la actividad legislativa en el sentido de que impide que el Tribunal actúe efectivamente como *juez del legislador*. Ante la falta de un efectivo *control constitucional formal*, esto es de un control sobre la constitucionalidad del proceso legislativo, se viola frecuentemente los procedimientos constitucionales de formación de la ley o de toma de otras decisiones, como es el caso juicio político. Esto, a su vez, propicia recurrentes pugnas entre el Ejecutivo y el Congreso, constante reacomodo de mayorías parlamentarias y nuevos ciclos de inestabilidad política que minan aún más el carácter jurídico de la Constitución.

Igualmente grave resulta que el Congreso expida leyes *materialmente contrarias a la Constitución*. Es decir leyes que violan derechos o principios constitucionales. La Constitución impone a los legisladores un marco jurídico-axiológico dentro del cual pueden y deben realizar su tarea legislativa. Cuando los legisladores expiden leyes fuera de este

3 Así por ejemplo una propuesta de reforma constitucional de los movimientos sociales planteaba crear una Corte Constitucional para conocer solo sobre inconstitucionalidad, y un Tribunal de Garantías Constitucionales 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.

marco las leyes dejan de ser mecanismos de realización de derechos fundamentales y se convierten en formas institucionalizadas de violación —a veces masiva— de derechos⁴.

En definitiva, es necesario entender que la actividad legislativa hoy en día requiere como condición necesaria para su constitucionalidad la cooperación y coordinación constante con el Tribunal Constitucional. Es a este organismo al que corresponde perfeccionar, racionalizar y precisar la legislación en términos constitucionales, no solo en base a la confrontación abstracta entre Constitución y ley, sino además mediante el juzgamiento de casos concretos que involucran derechos de los ciudadanos. En este sentido el Tribunal Constitucional se erige en una suerte de foro institucional al cual acuden los ciudadanos, mediante sus organizaciones o individualmente, a reclamar y debatir jurídicamente cuando el Congreso o el ejecutivo han legislado o actuado en sentido contrario a la Constitución. De allí que algunos autores contemporáneos encuentran relaciones importantes entre Tribunal Constitucional y democracia deliberativa.

Desde el punto de vista político, el Tribunal Constitucional debería operar como árbitro en varios tipos de conflictos entre el Congreso y el Ejecutivo⁵. La politización partidaria del Tribunal, em-

pero, lo deslegitima en el cumplimiento de esta función, impidiéndole mediar adecuadamente en el conflicto y muchas veces por el contrario su actuación resulta en la intensificación misma del conflicto. Así, se propicia la actuación autoritaria sea del Ejecutivo o del Congreso. En los casos de crisis políticas profundas el Tribunal es reemplazado en su rol arbitral por las Fuerzas Armadas, como ha sucedido en varias destituciones presidenciales. Adicionalmente, al actuar el Tribunal con frecuencia como un mero mecanismo de racionalización jurídica de decisiones político-partidarias refuerza el interés de los partidos por captar cuotas de poder en su integración⁶, recreando el mismo las condiciones de su politización partidaria.

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 jueces del Tribunal, incluso de forma inconstitucional. El siguiente cuadro ilustra la persistente e indebida injerencia del Congreso sobre el Tribunal:

-
- 4 Un ejemplo reciente en Ecuador fue el de la detención *en firme*, la cual se estableció mediante reformas al Código de Procedimiento Penal y violaba groseramente los derechos constitucionales al debido proceso, a la presunción de inocencia y a la libertad.
 - 5 En los estados federales la mediación se extiende a los conflictos entre estados y de éstos con el gobierno federal.
 - 6 Es frecuente que la prensa en Ecuador calcule o prediga los fallos de alta relevancia política del TC, considerando el número de "votos" de cada partido en el Tribunal.

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 Reformas 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 deja sin efecto nueva designación de TC.	Nueva mayoría legislativa TC queda inactivo por meses.
2007	TC restituye a 50 diputados destituidos por el Tribunal Supremo Electoral	Destitución del TC (24 de Abril)

Elaboración: Agustín Grijalva y Luis Ávila

Fuentes: Ramiro Ávila, Justicia Constitucional y Derechos Humanos en Foro 4, Quito, Corporación Editora Nacional, 2005.

El Tribunal y los derechos

Un grave efecto político y jurídico de la debilidad del Tribunal Constitucional 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 determina una débil protección de derechos. Sin control constitucional adecuado, la misma ley así como otras normas jurídicas y la gestión pública se convierten, paradójicamente, en un medio de violación antes que de realización de derechos fundamentales, generando con ello una

erosión estructural del Estado de Derecho.

Entre las tareas específicas claves de un Tribunal está *la definición, junto con el legislador, del contenido de los derechos*, labor que debe realizarla mediante su jurisprudencia. En efecto, los derechos humanos en la Constitución están formulados en forma de principios, esto es como normas muy generales que establecen marcos u orientaciones básicas. Por ejemplo, ¿qué implican derechos como el derecho a la información, a la intimidad, a la igualdad, o a la salud? Es entonces, cuando ocurren casos concretos en los que se violan estos de-

rechos que el Tribunal en su conocimiento va definiendo el contenido de los mismos, conforme a la propia Constitución. Esta labor de definición o “concreción” de derechos permite ir determinando progresivamente en que consiste efectivamente un derecho, lo cual posibilita su mejor protección en casos similares.

Así mismo, los derechos establecidos en la Constitución pueden entrar en colisión en casos concretos. 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 por ejemplo, cuando los padres impiden una transfusión de sangre a un hijo en grave riesgo, por razones religiosas, la libertad religiosa puede entrar en tensión con el derecho a la salud e incluso a la vida. Estas situaciones deben ser resueltas por el Tribunal Constitucional *pesando o ponderando los derechos* inherentes en cada caso: y, su jurisprudencia provee información sobre como estas valoraciones pueden ser aplicadas hacia futuro, estableciendo, para el caso de los ejemplos citados, límites relativos o condiciones para la libertad de información o la libertad religiosa.

En la jurisprudencia constitucional ecuatoriana tanto la concreción como la ponderación de derechos son casi inexistentes. Esto implica que la Constitución, no está siendo adecuadamente interpretada y desarrollada por los jueces constitucionales.

Las reformas necesarias

Pese a las limitaciones señaladas, la reforma constitucional de 1996 ratifica

da por la Constituyente de 1998 expresa un proceso lento 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 positivas aunque insuficientes, tales como ampliación de las facultades del Tribunal y de los períodos de sus vocales, integración del organismo con profesionales del Derecho, y una actividad relativamente progresiva si bien aún débil en la protección de derechos. En la práctica, no han ocurrido tensiones con el Congreso a través de acciones revocatorias de las decisiones del Tribunal desde 1996.

Frente a estos avances persisten las deficiencias estructurales antes señaladas. La remoción inconstitucional del Tribunal por parte del Congreso en Noviembre del 2004, la forma como se ha designado a los siguientes tribunales y la suspensión de la justicia constitucional por varios meses durante el 2005 son una demostración de la persistencia de estas 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. A continuación se enuncian, los criterios y cambios que consideramos más urgentes:

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, definitiva-

mente inconveniente por múltiples razones.

Si bien 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, y ninguno es inherentemente superior al otro. De hecho, en América Latina tenemos ejemplos exitosos del funcionamiento de ambos sistemas, tales como la sala constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, y la Corte Constitucional de Colombia. De

ahí que lo realmente importante es que en uno u otro sistema haya independencia y alto nivel profesional.

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

Evolución del tribunal constitucional en Ecuador 1945 – 2007

Constitución	Órgano competente*	Integración/Nombramiento	Período/Requisitos
1945	Creación del Tribunal de Garantías Constitucionales (TGC)	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	Supresión del TGC. Corte Suprema de Justicia (CSJ) y Consejo de Estado cumplen estas funciones.	10 miembros. Congreso nombra seis. Se incluye un senador y dos diputados, altos funcionarios, sus delegados, y	Dos años, pueden ser reelegidos.
1967	Restablecimiento del TGC, con funciones disminuidas. CSJ continúa realizando principales funciones de control constitucional.	representantes corporativos. Se elimina representación de los trabajadores.	
1978	Se establece TGC, el cual realiza observaciones sobre constitucionalidad de decretos y otras normas (exceptuando leyes), lo cual puede ser revisado por el Congreso. CSJ mantiene otras funciones de control constitucional	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

Constitución	Organo competente*	Integración/Nombramiento	Periodo/Requisitos
1983	CSJ puede declarar reforma constitucional inaplicable** una ley TGC conoce el caso para determinar si suspende la norma jurídica. TGC puede suspender normas inconstitucionales, Congreso resuelve definitivamente	11 miembros nombrados por el Congreso, 3 directamente y 8 de temas 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	TGC, puede suspender leyes y otras normas. Sala Constitucional de CSJ 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.
1995-96 Reforma Constitucional	Todos los tribunales de última instancia puede inaplicar leyes inconstitucionales. Tribunal Constitucional (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 mismos requisitos que magistrados de la CSJ.
1998 Nueva Codificación	Todos los jueces pueden inaplicar normas inconstitucionales	9 miembros nombrados por mayoría absoluta en 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.

** La inaplicabilidad consiste en que un juez en el curso de un litigio específico decide no aplicar una norma jurídica por estimarla contraria a la Constitución. La decisión se aplica solo a ese caso.

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 reinstalarse en 1967 por unos pocos años, aunque debilitado frente a las atribuciones de control constitucional de la Corte Suprema de Justicia (CSJ). El TGC reaparece en 1978 básicamente con las mismas facultades de 1967, pero en 1983 y en 1992 se transfieren parte de estas 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 el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema.

Estos constantes cambios y conflictivas situaciones parecerán superarse a partir de las reformas constitucionales de 1995 y 1996 con las que se crea el Tribunal Constitucional (TC), estableciéndose que sus fallos 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 institucional se han concentrado en este ámbito. La casación, 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 legal⁷, en tanto el control constitucional complementa a ésta con métodos específicos de interpretación desarrollados por el moderno constitucionalismo⁸. 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 sometiendo el control constitucional a cánones interpretativos que no le son propios.

En efecto, si la nueva Constitución incluye, como debería 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 diversos⁹. 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 constitu-

7 Lo cual no la vuelve ajena a la Constitución.

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

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

cionales 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 personal 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, son ignoradas por la propuesta de una sala constitucional. Por ello, lo más adecuado 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 funcionarios asesores, que pueden contribuir positivamente a un Tribunal renovado, por supuesto sujetos al respectivo concurso de méritos. Esta relativa -y selectiva- continuidad no puede darse al margen de los profundos cambios que la institución requiere.

Ampliación del período de los magistrados: El actual período de cuatro años es junto con el de Honduras, el más corto en América Latina, siendo necesario un período de al menos seis años o hasta nueve años, hacia permitir 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 ter-

cios, 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.

Aplicación del principio de alternancia: 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.

Formas de designación: Ninguna forma de designación es perfecta ni asegura absoluta independencia del nombrado respecto a quien lo nombra. De hecho, para que cualquier sistema de designación funcione 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 en base a 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 ha demostrado claramente su inconveniencia, ya que genera una dependencia de los magistrados por doble vía: respecto a las organizaciones o sectores que los nominan, y a los partidos que los nombran desde el Congreso.

Una alternativa a la actual forma de designación podría consistir en que ca-

da 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, debería 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 se encuentra en 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 Judicial¹⁰.

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 podría también designar a la mayoría de magistrados del Tribunal, minando o al menos disminuyendo potencialmente su independencia¹¹.

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

11 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 Chavez, *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.

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. Esta experiencia plantea la inconveniencia de que en 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, podría en cambio introducirse una designación directa de un tercio del Tribunal por parte del Presidente de la República, puesto que éste proveería cierta legitimidad dado su carácter de dignatario de elección popular, y solo podría incidir en la selección de un tercio de los miembros de la Corte. Los otros dos tercios serían 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 provendría del sector judicial, pero el Presidente aportaría a la legitimidad democrática de la Corte, sin poner en riesgo su independencia.

En todo caso, a este sistema de nombramiento sería conveniente agregarle un mecanismo previo y adicional que contribuya a una mejor selección: una fase de postulación e impugnación. Esta fase no constituiría un concurso de méritos y oposición sino un filtro o barrera que deberían superar todos quienes deseen ser considerados elegibles¹². En esta fase las organizaciones de la sociedad civil deberían participar activamente en la impugnación, la cual incluiría un sistema de audiencias públicas, a efectos de que se consideren elegibles solo a quienes realmente son idóneos, posteriormente de este grupo se seleccionen a los magistrados en base a 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, como se ha demostrado en este análisis.

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

12 Un sistema análogo lo establece la actual Constitución venezolana en su artículo 271.

en considerar al Tribunal Constitucional como parte de la Función Judicial a efectos de 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, deberá responder ante el Consejo, como cualquier otro juez de la República.

A efectos de cerrar, al menos en lo formal, la posibilidad de destitución inconstitucional de los miembros del Tribunal debe establecerse que éstos no pueden ser destituidos por quienes los nombran.

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 del 2005 el Tribunal chileno, o dependiente y con importantes atribuciones, como lo es hoy el Tribunal ecuatoriano; un control constitucional efectivo requiere la confluencia de ambas condiciones: independencia y atribuciones suficientes y adecuadas. La nueva Constitución, en todo caso, debería incluir nuevas atribuciones y suprimir otras que la Constitución de 1998 hoy contiene.

Un eje transversal que debe cruzar a 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 consisten en la invalidez jurídica de éste y no la mera suspensión de sus efectos¹³ como equivocadamente indican los artículos 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 debería incluirse la inconstitucionalidad por omisión¹⁴, 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 dejar de dictar leyes específicas, en el plazo que la Constitución le ordena, lo cual puede acarrear incluso la violación de derechos fundamentales.

13 Julio Cesar Trujillo, *Teoría del Estado en el Ecuador*, Quito, Corporación Editora Nacional, 2006, pp 230 a 233. Jorge Zabala Egas, *El Control de la Supremacía Constitucional en el Ambito Normativo por parte del Tribunal Constitucional en Alberto Wray (editor), Derecho Procesal Constitucional*, Quito, Universidad San Francisco de Quito, 2002, pp. 68-69.

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

Una nueva atribución a 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 podría 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 Ecuador.

Otro cambio muy importante consiste en atribuir al Tribunal la facultad de seleccionar los casos de amparo, habeas corpus y habeas 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 cuya resolución tendría

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 podría 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.

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 artículo 276 numeral 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.