

EL TRIBUNAL DE GARANTIAS CONSTITUCIONALES

CONFLICTOS Y JURISPRUDENCIA PERIODO 1980/1990

FLACSO - Biblioteca

**Gil Barragán R.
Galo Chiriboga Z.
Patricio Peña R.
Hernán Salgado P.
Paúl Velasco R.**



REG. 36356

CUT. 27191

BIBLIOTECA - FLACSO

342.866

T431t



Es una publicación del Instituto Latinoamericano de Investigaciones Sociales, ILDIS

Fundación Friedrich Ebert

ISBN - 9978 - 94 - 018 - 9 (Manuales Jurídicos del Ecuador)

ISBN - 9978 - 94 - 019 - 7 (El Tribunal de Garantías Constitucionales.

Conflictos y Jurisprudencia. Período 1980-90)

©ILDIS 1990

Edición:

Vjekoslav Darlic Mardesic

Investigación:

Galo Chiriboga Zambrano

Hernán Salgado Pesantes

Asistente de Investigación:

Elizabeth Ell

Secretaría:

María Victoria Espinal

Diseño Gráfico:

Editorial Compuediciones Cía. Ltda.

Portada: MARKA

ILDIS, Av. Colón 1346, Edif. Torres de la Colón, mezzanine, Of. 12, casilla 367-A, teléfono 562-103, telefax 504337, télex 2539 Ildis-ED, Quito - Ecuador.

CONTENIDO

Presentación	7
 CAPITULO I	
El Tribunal de Garantías Constitucionales	
Dr. Gil Barragán Romero	9
 CAPITULO II	
La garantía jurisdiccional de la Constitución.	
La justicia constitucional	
Prof. Hans Kelsen	35
 CAPITULO III	
Democracia y gobernabilidad	
Dr. Paúl Velasco Ruiz	45
 CAPITULO IV	
Autonomía y constitucionalidad	
Dr. Patricio Peña Romero	59

CAPITULO V

Una década de práctica constitucional:

Algunas resoluciones

Dr. Galo Chiriboga Zambrano 71

CAPITULO VI

Organos de poder y conflicto constitucional

Dr. Hernán Salgado Pesantes 301

CAPITULO II

LA GARANTIA JURISDICCIONAL DE LA CONSTITUCION (LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL)

Prof. Hans Kelsen

LA GARANTIA JURISDICCIONAL DE LA CONSTITUCION*

1º. La Jurisdicción Constitucional

No existe hipótesis de garantía de la regularidad, en donde se pudiera, más que en el de la garantía de la Constitución, estar tentando a confiar la anulación de los actos irregulares al mismo órgano que los ha realizado. Y, ciertamente, en ningún caso este procedimiento estaría más contraindicado; puesto que la única forma en la que se podría ver, en una cierta medida, una garantía eficaz de la constitucionalidad-declaración de la irregularidad por un tercer órgano y obligación del órgano autor del acto irregular de

* Por primera vez en el Ecuador, se publica una parte del trabajo del profesor Hans Kelsen, gracias a la labor de investigación del Dr. Hernán Salgado Pesantes, quien ha realizado la traducción del idioma francés.

Este artículo data del año de 1928 pero conserva un interés muy actual. Fue entregado originalmente por el jurista vienés a la "Revista de Derecho Público y de Ciencia Política" de Francia, la cual lo publicó en el tomo 45 de 1928, Kelsen es el creador de uno de los sistemas de control de la constitucionalidad.

anularlo- es aquí impracticable, porque el Parlamento no puede, por su propia naturaleza, ser obligado de manera eficaz. Sería ingenuidad política contar con que el Parlamento anularía una ley votada por él en razón de que otra instancia la hubiera declarado inconstitucional. El órgano legislativo se considera en la realidad como un libre creador del derecho y no como un órgano de aplicación del derecho vinculado de la Constitución, no obstante que lo está, teóricamente, bien que en una medida relativamente reducida.

No es pues el Parlamento mismo con quien se puede contar para realizar su subordinación a la Constitución. Es un órgano diferente a él, independiente de él y, por consiguiente, también de cualquier otra autoridad estatal, al que es necesario encargar la anulación de los actos inconstitucionales esto es, a una jurisdicción o tribunal constitucional.

A este sistema se dirigen, habitualmente, ciertas objeciones. La primera es, naturalmente, que tal institución sería incompatible con la soberanía del Parlamento. Pero -abstracción hecha de que no puede tratarse de la soberanía de un órgano estatal particular, la soberanía pertenece a todo el orden jurídico- este argumento se desploma solo por el hecho de que debe reconocerse, que la Constitución regula el procedimiento de legislación exactamente de la misma manera en que las leyes regulan el procedimiento de los tribunales y el de las autoridades administrativas; que la legislación se encuentra subordinada a la Constitución absolutamente de la misma forma en que lo están a la legislación, la jurisdicción y la administración, y, por tanto, que el postulado de la constitucionalidad de las leyes es, teórica como técnicamente, idéntica, por completo al postulado de la legalidad de la jurisdicción y de la administración.

Si, de manera contraria a estos puntos de vista, se continúa afirmando la incompatibilidad de la jurisdicción constitucional con la soberanía del legislador, es simplemente para disimular el deseo del poder público, expresado en el órgano legislativo, de no dejarse limitar -en contradicción patente con el derecho positivo- por las normas de la Constitución. Pero, si por razones de oportunidad se aprueba esta tendencia, no existe argumento jurídico que la pueda autorizar.

No sucede así con la segunda objeción que se deriva del principio de separación de poderes. Ciertamente que la anulación de un acto legislativo por un órgano distinto al órgano legislativo constituye una invasión al dominio del legislativo, como se dice habitualmente. Pero el carácter problemático de esta argumentación aparece si se considera que el órgano al que se confía la anulación de las leyes inconstitucionales, no ejerce, propiamente, una verdadera función jurisdiccional, aún reciba -por la independencia de sus miembros- la organización del Tribunal. Por más que se pueda distinguir la diferencia entre la Función Jurisdiccional y Función Legislativa, consiste, ante todo, en que ésta crea normas jurídicas generales, en tanto que la otra no crea sino normas individuales.

Ahora bien, anular una ley, equivale a establecer una norma general, puesto que la anulación de una ley tiene el mismo carácter de generalidad que su confección. No siendo, por así decirlo, más que una confección con signo negativo, la anulación de una ley es, entonces, una función legislativa y el Tribunal que tiene el poder de anular las leyes es, por consiguiente, un órgano del Poder Legislativo. Se podría, por tanto, interpretar la anulación por un tribunal ya sea, como una repartición del Poder Legislativo entre dos órganos, o bien, como una invasión al Poder Legislativo. Ahora bien,

en este caso, no se habla, generalmente, de una violación al principio de la separación de los poderes, como sucede cuando, en las constituciones de las monarquías constitucionales, la legislación se encuentra confiada, en principio, al Parlamento conjuntamente con el monarca, pero que, en ciertas hipótesis excepcionales el monarca tiene, conjuntamente con sus ministros, el derecho de dictar ordenanzas que derogan a las leyes. Nos llevarían muy lejos examinar aquí los motivos políticos que dieron origen a toda esta doctrina de la separación de poderes, aunque ésta sea la única manera de hacer aparecer el verdadero sentido de este principio: la función del equilibrio constitucional.

Si se quiere mantener este principio en la República democrática, de entre sus diferentes significaciones, solo puede ser tomada en cuenta, razonablemente, aquella que en lugar de una separación de poderes, indica una división de los mismos, es decir, indica un reparto del poder entre diferentes órganos, no tanto para aislarlos recíprocamente, sino para permitir un control recíproco de los unos sobre los otros. Y ello, no únicamente para impedirles la concentración de un poder excesivo en las manos de un solo órgano -concentración que sería peligrosa para la democracia- sino además, para garantizar la regularidad del funcionamiento de diferentes órganos. Pero, entonces, la institución de la jurisdicción constitucional no está, de ninguna manera, en contradicción con el principio de la separación, sino, por el contrario, es una afirmación de este.

La cuestión de saber si el órgano llamado a anular las leyes inconstitucionales puede ser un tribunal se encuentra, por tanto, fuera de discusión. Su independencia frente al Parlamento como frente al gobierno es un postulado evidente; puesto que son, precisamente, el Parlamento y el Gobier-

no, los que deben estar, en tanto que órganos participantes de procedimiento legislativo, controlados por la jurisdicción constitucional.

Habría lugar, cuando más, a examinar si el hecho de considerar la anulación de las leyes como una función legislativa no acarrearía ciertas consecuencias particulares, relativas a la composición y al nombramiento de esta instancia. Pero en realidad, no ocurre así ya que todas las consideraciones políticas que dominan la cuestión de la formación del órgano legislativo, no tomadas en cuenta, propiamente, cuando se trata de la anulación de las leyes.

Es aquí donde aparece la distinción entre la confección y la simple anulación de las leyes. La anulación de una ley se produce esencialmente en aplicación de las normas de la Constitución. La libre creación que caracteriza a la legislación prácticamente no se presenta en la anulación. En tanto que el legislador no está vinculado a la Constitución que en relación al procedimiento y solamente de manera excepcional en cuanto al contenido de las leyes que debe dictar y ello, únicamente, por principios o direcciones generales, la actividad del legislador negativo, esto es, la actividad de la jurisdicción constitucional, por el contrario, está absolutamente determinada por la Constitución. Es precisamente por ello que su función se asemeja a la de cualquier otro tribunal en general, constituye principalmente aplicación del derecho y, solamente en una débil medida, creación del derecho; su función es, por tanto, verdaderamente jurisdiccional. Son, pues, los mismos principios esenciales los que se toman en consideración tanto para su constitución como para la organización de los tribunales o los órganos ejecutivos.

A este respecto no se puede proponer una solución uniforme para todas las constituciones posibles. La organiza-

ción de la jurisdicción constitucional deberá modelarse sobre las particularidades de cada una de ellas. He aquí, sin embargo, algunas consideraciones de alcance y valor generales. El número de miembros no deberá ser muy elevado, considerando que es sobre cuestiones de derecho a que está llamada a pronunciarse, la jurisdicción constitucional cumple una misión puramente jurídica de interpretación de la Constitución. Entre los modos de designación particularmente típicos, no se podría pregonar sin reservas ni la simple elección por el Parlamento ni el nombramiento exclusivo por el jefe de Estado o por el gobierno. Posiblemente se les podría combinar, haciendo por ejemplo, elegir los jueces al Parlamento a propuesta del gobierno, quien podría designar varios candidatos para cada puesto o inversamente.

Es de gran importancia otorgar, en la composición de la jurisdicción constitucional un lugar adecuado a los juristas de profesión. Se podía llegar a esto concediendo, por ejemplo, a las Facultades de Derecho de un país o a una comisión común de todas ellas el derecho a proponer candidatos, al menos para una parte de los puestos. Se podría, asimismo, acordar al propio Tribunal el derecho a proponer aspirantes para cada puesto vacante o de proveerlo por elección es decir, por cooptación. El Tribunal tiene, en efecto, el más grande interés en reforzar su autoridad llamando a su seno a especialistas eminentes.

Es igualmente importante excluir de la jurisdicción constitucional a los miembros del Parlamento o del gobierno, puesto que son precisamente sus actos los que deben ser controlados. Es muy difícil, pero sería deseable, alejar de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional toda influencia política. No se puede negar que los especialistas pueden -consciente o inconscientemente- dejarse determinar por

consideraciones políticas. Si este peligro es particularmente grande es preferible aceptar, más que una influencia oculta y por tanto incontrolable de los partidos políticos, su participación legítima en la formación del Tribunal, por ejemplo, haciendo proveer una parte de los puestos por el Parlamento por vía de elección, teniendo en cuenta la fuerza relativa de los partidos. Si los otros puestos son atribuidos a especialistas, estos pueden tener mucho más en cuenta las consideraciones puramente técnicas puesto que su conciencia política se encuentra descargada por la colaboración de los miembros llamados a la defensa de los intereses propiamente políticos.