

El control de constitucionalidad

Gil Barragán Romero

Los fallos sobre constitucionalidad, como nos enseña la experiencia de otros países, pueden ser un importante factor de impulso para el progreso de un país, o pueden ser lo contrario.

El control de constitucionalidad tiene excepcional importancia en un gobierno democrático y, por la egregia función que el Tribunal Constitucional tiene, preservar el principio de supremacía de la Constitución debería ocupar la más alta posición entre las instituciones públicas. Pero no obstante ser esta misión tan trascendental, pues es el tema central del constitucionalismo ya que de ella dependen la estabilidad de la Constitución y de las instituciones republicanas, en el Ecuador no se ha reconocido suficientemente su importancia, y la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y el Tribunal de Garantías Constitucionales, a los cuales se ha asignado el control en las distintas épocas, no han logrado consolidar una doctrina orientadora. Corresponderá al actual Tribunal Constitucional lograr en el futuro lo que no se alcanzó en el pasado, lo que será posible si sus decisiones se caracterizan por la lealtad a los principios, por la prudencia y el acierto; de este modo el Tribunal contribuirá también a la vigencia de una efectiva seguridad jurídica en el país.

El constitucionalismo y sus características evidencian lo importante que es el control, pues la vigencia misma de la Constitución, de las garantías que aseguran los derechos de los habitantes del país; del principio de separación entre los poderes del Estado, y de la garantía del Estado de Derecho, según la cual los órganos del Estado deben actuar con arreglo a normas jurídicas que fijan sus competencias, dependen de la vigilancia que corresponde ejercer al alto tribunal.

I. EL CONSTITUCIONALISMO

En "El Príncipe", Nicolás Maquiavelo dice: "En toda ciudad existen dos inclinaciones diversas, una de las cuales proviene de que el pueblo desea no ser dominado y oprimido por los grandes, y la otra de que los grandes desean dominar y oprimir al pueblo"¹. La inclinación a oprimir ha sido una verdad constante en la historia, como también lo ha sido que las sociedades humanas lucharon por su libertad "El hombre nació para ser libre, y a través de los siglos combate sin tregua para obtener la libertad, primero; para conservarla, luego; y, cuando la ha perdido, para recuperarla, iniciando, así, un nuevo ciclo,

en una serie que se repite al infinito en el decurso de los tiempos, sin que nunca la conquista sea definitiva, como si la Voluntad Divina fuera que por ese medio la llama de la libertad se mantuviera perennemente encendida en el alma humana"². El constitucionalismo trata de lograr el equilibrio necesario entre la autoridad y la libertad.

No siendo posible analizar todas las ideas y formas políticas de la historia, debemos sí recordar dos sucesos que dan origen al constitucionalismo moderno y a la democracia representativa, que subsisten en nuestros días, uno de ellos es la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de Norteamérica, en 1776, y el otro la Revolución Francesa, en 1789, ambos inspirados en el pensamiento contractualista y en los principios del derecho natural.

En la obra que mejor representa la doctrina contractualista, "El contrato social", Juan Jacobo Rousseau sostiene que la sociedad nace por un acuerdo entre los hombres, mediante un contrato voluntariamente convenido; el jusnaturalismo complementa la teoría rousoniana al sostener que los hombres nacen libres e iguales en derechos. Las dos nociones sustituyen conceptos prevalecientes hasta entonces para justificar tanto el origen de los gobiernos como las desigualdades, así como el de que los derechos de los hombres eran fruto de la concesión de los reyes. Los principios de las teorías contractualista y jusnaturalista son la esencia del constitucionalismo actual, y se institucionalizan por vez primera a raíz de los episodios históricos mencionados.

La Declaración de Independencia de 1776 fue culminación jurídica de pronunciamientos que poco tiempo antes habían hecho varios Estados norteamericanos, y proclama que los hombres tienen el derecho natural a la vida, la libertad, la propiedad y a la búsqueda de la felicidad, proclamación que se complementa con otras de orden institucional y filosófico, como el derecho que tienen los pueblos para darse la forma de gobierno que convenga a su progreso y bienestar. En la Declaración se afirma que "Se han establecido gobiernos entre los hombres para garantizar sus derechos. y el poder de los gobiernos emana del consentimiento de los gobernados". Los gobiernos no se fundan exclusivamente en la sucesión dinástica y, en consonancia con el objeto de su

establecimiento, no es legítimo que ejerzan un poder absoluto pues ellos existen para garantizar la vigencia de los derechos inmanentes del hombre.

La Revolución Francesa, en vez de proclamar derechos en una declaración filosófica, como lo hizo la norteamericana, los hizo constar en la forma de normas positivas, articuladas, en su Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. En el célebre documento se dice que la Asamblea Nacional Francesa, considerando "que la ignorancia, el olvido o el desprecio de los derechos del hombre son las únicas causas de las desdichas públicas y de la corrupción de los gobiernos", ha resuelto exponer "en una declaración solemne los derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre, a fin de que esta declaración, constantemente presente a todos los miembros del cuerpo social, les recuerde sin cesar sus derechos y sus deberes". En la Declaración están, además de los derechos, los elementos principales de la nueva forma de gobierno.

En lo político, el gobierno constitucional, democrático y representativo fue lo que los antiguos alquimistas llamaron "panacea", esto es la fórmula para la curación de todas las enfermedades; por lo mismo, los principios de unos derechos garantizados para las personas, y el de una constitución escrita que contenga un orden jurídico estable que se impone sobre gobernantes y gobernados - el imperio del derecho por medio de la ley y la exclusión de toda arbitrariedad- se difundieron por el mundo entero.

El constitucionalismo ecuatoriano se conforma en su Ley fundamental. La Constitución contiene los atributos del poder y las garantías de la libertad y en su primer artículo describe las características del gobierno, y dice que es republicano, presidencial, electivo, representativo, responsable, alternativo y de administración descentralizada. Es republicano y presidencialista pues hay gobiernos no presidencialistas, como los republicanos parlamentarios y los monárquicos. Es electivo, porque hallándose la soberanía en el pueblo es el pueblo el que puede instituirlo y lo hace mediante el sufragio; por lo mismo es representativo, pues los gobernantes a quienes elige representan al pueblo. Es responsable, porque todos sus funcionarios están sujetos al régimen jurídico de la República, a diferencia de otros gobiernos, como los monárquicos, en los que hay autoridades irresponsables como lo es por tradición el Rey ("el rey no puede hacer el mal, no puede realizar entuerto", apotegma de las monarquías, inclusive las constitucionales); en la práctica, la responsabilidad se traduce en la obligación que todos los funcionarios tienen de dar cuenta de sus actos. Finalmente, el gobierno es alternativo porque los gobernantes lo son por un período fijo, en general, duran en su función un tiempo limitado y no en forma vitalicia.

Según la tradición democrática, en el Estado ecuatoriano hay separación de poderes, ahora llamadas funciones, y así lo determinan varios otros artículos de la ley fundamental. Cada función es titular de competencias delimitadas en la Constitución y ninguna puede rebasarlas; esto, desde que Montesquieu elaboró esta teoría, es una de las garantías históricas de la libertad. Como la omnipotencia del Estado no existe en el mundo moderno, es parte esencial de la Constitución el conjunto de las libertades de los habitantes del país y su garantía, o sea los medios de protección de ellas. Como carácter esencial para la

convivencia democrática, hay un pluralismo de convicciones y tolerancia para todas

Finalmente rige el principio de supremacía de la Constitución, el cual, como lo hemos dicho antes, es el que mejor caracteriza al gobierno democrático. Según este principio, declarado en el artículo 272 de nuestra Ley Fundamental, ésta es la ley suprema del Estado, prevalece sobre cualquier otra ley, decreto, reglamento, ordenanza o resolución; todas las otras normas deberán hallarse conformes con la Constitución y carecerán de valor si se le oponen. Hay un órgano estatal para ejercer el control de la supremacía, el Tribunal Constitucional, y hay procedimientos para hacer efectivas las garantías declaradas.

II. EL PRINCIPIO DE SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL

*"El principio de supremacía de la Constitución es la más eficiente garantía de la libertad y la dignidad del individuo, al imponer a los poderes constituidos la obligación de encuadrar sus actos en las reglas que prescribe la ley fundamental. Si los actos emanados de dichos poderes tuvieran la misma jerarquía jurídica de las normas constitucionales, la Constitución y, con ella, todo el sistema de amparo de la libertad y la dignidad humanas que ella consagra, podría ser en cualquier momento dejada sin efecto por los órganos institucionales a los cuales aquélla pretende limitar su actuación"*³

Este principio es uno de los dogmas fundamentales del derecho y tiene como antecedentes históricos instituciones con las que en distintas épocas se ha querido alcanzar la seguridad jurídica.

De esta clase fueron ciertas medidas con las que se ha querido lograr la estabilidad de una ley u ordenamiento o, en otras ocasiones, limitar el poder de los gobernantes y obtener libertades para los asociados. Entre las primeras está, por ejemplo, en la antigua Grecia, la Graphe Paranomon del siglo V a. C., época de Pericles, que era una acción criminal para poner la ley sobre los caprichos populares y de las luchas civiles, autorizaba a cualquier ciudadano para actuar en su defensa como acusador y aplicaba sanciones capitales como garantía de eficacia.

Con más propiedad pueden considerarse anticipación del principio leyes, acuerdos y declaraciones medievales con los que se va conformando un equilibrio entre el poder y la libertad. Ellos resultan, a veces, de la presión de sectores sociales sobre los gobernantes y otras de convenios basados en el principio "do ut des" (doy para que me des: por ejemplo, acepto pagar nuevos impuestos a cambio de libertades). En la *Carta Magna* de 1215 los barones ingleses imponen al Rey Juan Sin Tierra la declaración de que nadie podrá ser arrestado, apisionado ni desposeído de sus bienes y libertades, sino en virtud del juicio de sus pares y conforme a la ley del país; por la misma época, en los reinos de España, los *fueros*, leyes dictadas para los municipios, contuvieron importantes declaraciones, como el fuero de Aragón, de 1283, que creó un funcionario llamado Justicia Mayor para proteger a las personas de actos de fuerza y agravio de las autoridades, la detención o prisión sin proceso aunque fueren ordenadas por el mismo rey, quien se comprometía a respetar la decisión del Justicia. El fuero estaba sobre la voluntad real

La formulación del principio de la supremacía constitucional, que condiciona cualquier régimen político democrático contemporáneo, se atribuye al magistrado inglés Eduard Coke, quien en el año 1610, al expedir un fallo, declaró que los principios del common law debían limitar y aún invalidar las leyes expedidas por el Parlamento que se opusieran a aquéllas. En la misma Inglaterra, esta doctrina se conforma con mayor firmeza y precisión en 1647, en el *Agreement of the people*, donde aparece la idea de ordenar todo el derecho bajo la inspiración de normas esenciales, y en el *Instrument of government* de 1653, elaborado por el Consejo de Oficiales del Ejército de Cronwell, documento considerado la única Constitución escrita que Inglaterra ha tenido, que separa el poder constituyente y el poder legislativo; Cronwell, inspirador de los dos documentos, dijo que *"en todo gobierno debe haber algo fundamental, algo como una Carta Magna, permanente e inalterable"*

Las doctrinas de los documentos que acabamos de mencionar empiezan a establecer que el poder legislativo no es soberano; sus atribuciones están rigurosamente determinadas en una ley o en unos principios superiores y no puede legislar sobre ciertos objetos o en un determinado sentido; en esto reposa ahora la garantía de los derechos individuales y esta es una idea propia de la democracia, en la cual la Constitución está sobre todos los poderes constituidos.

El principio de supremacía de la Constitución se consagra definitivamente al finalizar el siglo XVIII con sus actuales denominación y propósito, en la llamada *"supremacy clause"*, que es la cláusula segunda del artículo 6 de la Constitución (la *"fundamental law"*) de los Estados Unidos, que dice: *"esta Constitución, las leyes de los Estados Unidos que en su consecuencia se dicten, y todos los tratados celebrados o a celebrarse bajo la autoridad de los Estados Unidos, serán la ley suprema del país y los jueces en cada Estado estarán sujetos a ella, no obstante cualquier disposición en contrario contenida en la Constitución o en las leyes de cualquier Estado"*. Esta norma, que es el modelo que seguirán las constituciones del mundo, institucionaliza definitivamente la supremacía constitucional, primero en ese país y después en los otros que se acogieron al sistema en todo el mundo. Nuestra Ley Fundamental proclama el principio de supremacía en su artículo 272, que dice: *"La constitución prevalece sobre cualquier otra norma legal. Las disposiciones de leyes orgánicas y ordinarias, decretos-leyes, decretos, estatutos, ordenanzas, reglamentos, resoluciones y otros actos de los poderes públicos, deberán mantener conformidad con sus disposiciones y no tendrán valor si, de algún modo, estuvieren en contradicción con ella o alteraren sus prescripciones"*

III. FORMAS DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

La existencia de un tribunal que tenga por objeto aplicar o imponer el principio de supremacía es más reciente y tiene también en los Estados Unidos su patria de origen y hasta una fecha de nacimiento, después de pocos años de la Declaración de Independencia. *"El Tribunal Constitucional es una pieza inventada de arriba a abajo por el*

*constitucionalismo norteamericano y reelaborada, en la segunda década de este siglo, por uno de los más grandes juristas europeos, Hans Kelsen. Su punto de partida es, como se comprende, que la Constitución es una norma jurídica, y no cualquiera sino la primera entre todas, lex superior, aquella que sienta los valores supremos de un ordenamiento y que desde esa supremacía es capaz de exigir cuentas, de erigirse en el parámetro de validez de todas las demás normas jurídicas del sistema"*⁴

Para saber si un acto ha sido válidamente ejecutado por una autoridad pública, si ella ha actuado dentro de su competencia, o si una ley es o no compatible con la Constitución, debe haber alguien que lo declare, pues la supremacía sería ineficaz si no hubiera quien la haga efectiva. Desde el establecimiento de la democracia representativa han habido tres sistemas principales (y algunos mixtos) para ejercer el control de la constitucionalidad; se lo ha hecho por un órgano político, por la justicia ordinaria o por un tribunal específico.

a. Control por un órgano político

El fundamento para sostener que sea un órgano político el que controle la supremacía constitucional es el de que un órgano de esta clase puede lograr que los poderes públicos se mantengan dentro de los límites de sus respectivas competencias, trazadas por la Constitución. Por ello, un sector de los revolucionarios franceses de 1789 incorporó esta idea en el proyecto de Constitución Montañesa, cuyo artículo 1° del Capítulo XV creaba un gran jurado nacional, *"para garantizar a los ciudadanos contra la opresión del poder ejecutivo del legislativo y ante el cual podrá recurrir todo ciudadano perjudicado"*; a este jurado se le consideró un *"Tribunal imponente y consolador, elegido por el pueblo en el mismo momento de elegir a sus representantes"*. Uno de los ideólogos más eminentes de la Revolución, el abate Siéyes, a quien se llamó *"el oráculo de la Revolución"*, dijo que para hacer respetar una Constitución se requiere, necesariamente, una autoridad con el poder de anular los actos, inclusive las leyes, que le fueren contrarios.⁵

En la actual Constitución de la República Francesa, el llamado a esta misión es el *Comité Constitucional*, órgano político, presidido por el Presidente de la República y formado por *"el presidente de la Asamblea Nacional, el presidente del Consejo de la República, siete miembros elegidos por la Asamblea Nacional al comienzo de cada período anual de sesiones, con la representación proporcional de los grupos y fuera de sus miembros, tres miembros elegidos en las mismas condiciones por el Consejo de la República"* (art. 91). El procedimiento que se observa cuando se alega la inconstitucionalidad de una ley es el siguiente: *"Este Comité tiene como misión dictaminar si una ley votada por la Asamblea Nacional supone una revisión de la constitución, si bien su competencia se extiende sólo a los títulos I al IX de la Constitución, quedando, por tanto, excluido el Preámbulo. Mas para que entre en funciones se precisa: a) que el Consejo de la República lo haya decidido por mayoría absoluta de sus miembros: b) que supuesta esta mayoría sea instado a ello dentro del plazo de la promulgación de la ley, por decisión conjunta del Jefe del Estado y del presidente del Consejo de la República. Examinada la ley por el Comité, se esforzará en conseguir un acuerdo entre la*

Asamblea Nacional y el Consejo de la República. Si no lo consiguiera, ha de dictaminar por sí mismo sobre la constitucionalidad de la ley en cuestión dentro de los cinco días siguientes a haber sido invitado para ello, plazo que se reducirá a dos en caso de urgencia.

Si el Comité entiende que la ley es, en efecto contraria a la Constitución, es enviada a la Asamblea para nueva deliberación, y en caso en que mantenga su primer acuerdo se procederá a la reforma de la Constitución como si se tratase de una revisión expresamente planteada, pero la ley no se promulgará hasta que dicha reforma se haya llevado a cabo. Lo complejo del método, la brevedad de los plazos, la concurrencia de autoridades, hacía pensar que la efectividad de tal fiscalización iba a ser harto problemática. Sin embargo ha sido puesta a prueba con éxito...¹⁶

En la Constitución ecuatoriana de 1946 se instituyó el Consejo de Estado para "Velar por la observancia de la Constitución y las leyes" y "Formular observaciones acerca de los Decretos, Acuerdos Reglamentos y Resoluciones que se hubieren dictado o se dictaren con violación manifiesta de la Constitución y las leyes" (art. 146); la composición del Consejo de Estado indudablemente fue de índole política, pues se hallaba presidido por el Presidente de la Corte Suprema e integrado por un senador, un diputado, dos ciudadanos elegidos por el Congreso Pleno, el Procurador, el Contralor, un representante del Consejo Nacional de Economía, el Presidente del Tribunal Supremo Electoral, un Oficial General o Superior designado por las Fuerzas Armadas y el Presidente del Instituto Nacional de Previsión. No se recuerda ningún caso trascendental de interpretación constitucional debido a este organismo estatal.

b. Control por órganos judiciales (jurisdicción difusa)

El control por un órgano judicial ha perdurado en los Estados Unidos por más de doscientos años después de haberse iniciado en ese mismo país; su establecimiento se explicó a base de una cláusula de la Constitución y por considerarse que las cuestiones de constitucionalidad son eminentemente jurídicas y que, como todas las cuestiones de derecho, deben ser sometidas a la autoridad del Estado llamada a dirimir las controversias de esta clase. Los Estados Unidos declararon en la cláusula segunda del Art. VI de la Constitución (*la fundamental law*), la cual transcribimos anteriormente, que las normas de ésta son superiores a todas las demás, y "sujetaron" a los jueces a su cumplimiento; los jueces extrajeron de dicha cláusula la posibilidad de revisión judicial (*judicial review*), y por ello convirtieron la cláusula en el derecho básico de ese país.

La Constitución norteamericana no contiene un conjunto de reglas de interpretación sino principios generales aplicables a los distintos casos, y sus jueces y tribunales —vinculados a la Corte Suprema— la han interpretado con sabiduría y pragmatismo, de modo que los casos judiciales en relación con problemas constitucionales han enriquecido el Derecho Constitucional del país, han dado a la sociedad norteamericana orientación y guía y han contribuido a su progreso, como puede comprenderse al leer algunos de ellos en la publicación oficial que los recoge, los *United States Supreme Court Reports*, equivalente a la

Gaceta Judicial ecuatoriana. David P. Currie, de la Universidad de Chicago, dice a este respecto: "Todos sabemos por la prensa que la Constitución tiene algo que decir acerca de la segregación en las escuelas, al aborto y la oración en horas de clase; sin embargo, la Constitución no se pronuncia sobre estos temas. Lo que podemos encontrar son disposiciones que prohíben a los Estados denegar la "protección igualitaria de la ley"; privar a las personas de la vida, la libertad o la propiedad sin el "debido proceso legal"; o dictar leyes que establezcan una "religión oficial". Los hombres que redactaron la Constitución sabían que, para que perdurara, debía tener un lenguaje amplio y general, dejando que los detalles fueran solucionados mediante la interpretación, dado que los "principios generales" contenidos en la Constitución serían aplicables a un sinnúmero de problemas no previsibles".

La interpretación constitucional comenzó dos años después de expedida la Constitución, cuando se introduce en ella una primera enmienda que limita las atribuciones del poder legislativo, al disponer que "el Congreso no podrá hacer ninguna ley que tenga por objeto establecer una religión, prohibir su libre ejercicio, limitar la libertad de palabra o de prensa o el derecho del pueblo para reunirse pacíficamente y para presentar peticiones al Gobierno". Con la aplicación de la enmienda los jueces inician el control de constitucionalidad, aunque en ella ni en parte alguna de la Constitución les está asignada esta facultad (los jueces se la han arrogado, según algunos autores, y la han usurpado según otros); esto les ha conferido un poder excepcional que ha permitido afirmar que los Estados Unidos tienen "un gobierno de jueces": el jurista C. E. Hughes, que habría de ser Presidente del Tribunal Supremo, dijo paladinamente: "Vivimos bajo una constitución, pero la constitución es lo que los jueces dicen que es".

La facultad de revisión judicial, en efecto, se ha formulado al margen del texto constitucional; se basó —según la misma Corte Suprema— en una teoría general de las constituciones escritas que la permite, en ciertos "poderes implícitos" y en el *common law*, que le han dado amplio margen para declarar la inconstitucionalidad de leyes. El ejercicio de esta facultad tiene una fecha precisa; empezó en 1803 con el fallo denominado *Marbury vs. Madison* que, como se verá, confirma la verdad de que las pequeñas causas pueden producir grandes efectos. Este fallo se dictó a raíz de un episodio trivial de la política, el de un nombramiento de jueces hecho en la últimas horas de su ejercicio por el gobierno del Presidente John Adams (se los llamó "nombramientos de media noche"), de suerte que el nuevo Presidente, Jefferson, se encontrara frente a hechos consumados. Uno de tales jueces, nombrado para una corte federal de menor rango, fue William Marbury, quien tuvo tropiezos legales para asumir el cargo y cobrar su sueldo y se le negó su ejercicio; Marbury apeló de esta negativa ante la Corte Suprema para que ordenara al nuevo Secretario de Estado, James Madison, hacer efectivo el nombramiento. La Corte Suprema, presidida por John Marshall, rechazó la apelación mediante un razonamiento basado en la inconstitucionalidad del *Judiciary Act* de 1789 en la cual se había basado el nombramiento de Marbury.

Marshall, en su fallo, elabora la doctrina de que cuando una ley se encuentra en contradicción con la Constitución, la alternativa es simple: se aplica la ley, violando la Constitución, o se aplica ésta y no la ley inconstitucional. Marshall se inclina por la aplicación de la Constitución, pues esto es "the very essence of judicial duty" (la sustancia del deber judicial"). Con este caso se inicia la fiscalización de la constitucionalidad de las leyes y del abatimiento (*tricking down*) de las inconstitucionales, que es una de las principales aportaciones norteamericanas al constitucionalismo.

Las judicaturas de dicho país deben adoptar ciertas normas para sus declaraciones de inconstitucionalidad, como lo explica García Pelayo. Una judicatura no puede proceder por su propia iniciativa para decidir sobre la inconstitucionalidad de una ley; la inconstitucionalidad debe plantearse en una litis concreta (como fue la *Marbury-Madison*); la declaración de inconstitucionalidad corresponde hacer a cualquier tribunal, desde el más bajo hasta el de mayor jerarquía, de modo que no es una facultad exclusiva del Tribunal Supremo, pero en todos los casos similares los tribunales inferiores están vinculados solo a una decisión de la Corte Suprema; para declarar la inconstitucionalidad de una ley debe haber un interés personal preciso y una lesión realizada o inminente, de modo que se excluyen las demandas fundadas en intereses generales o de terceros; el tribunal solo decide la inconstitucionalidad a instancia de parte y únicamente si tal decisión es necesaria para fallar en el caso planteado, y, por último, debe existir certeza de la incompatibilidad entre la Constitución y la ley.⁸

La vigencia prolongada y vigorosa de la Constitución norteamericana no ha sido fruto de la precisión de sus normas (algunas de las más importantes son imprecisas), sino de la prudencia y el acierto de su interpretación; la Corte Suprema la ha utilizado como la regla de los letrados de la mitología griega, medida que se adaptaba a las sinuosidades del terreno, y la interpretación constitucional ha servido como instrumento de progreso en la época de la conquista del *Far West* y en la del espacio, esto es en las múltiples etapas de una sociedad cambiante, cuyos requerimientos también variaron en el tiempo. Por esto, el alto tribunal ha alcanzado gran prestigio histórico, que ha hecho de ella árbitro del equilibrio de los otros poderes estatales y la mejor garantía de las libertades individuales. El profundo respeto de los norteamericanos por su Corte Suprema, ha dado lugar a que lleguen a identificarla con la más alta representación de la ideología de ese país y con la identidad nacional misma. Un magistrado español se refiere a esta circunstancia al afirmar que en los Estados Unidos hay una especie de mitología religiosa en la que "la Constitución es como texto inspirado por Dios, los Fundadores (de la República) como los Santos, el Tribunal Supremo como los sacerdotes que cuidan del culto al texto sagrado en el *Marble Palace*, el Palacio de Mármol donde tiene su sede, y que extraen de este texto poco menos que la infalibilidad".⁹

Naturalmente, el Tribunal Supremo norteamericano ha tenido dificultades en el ejercicio de sus facultades interpretativas; un ejemplo notable de una de ellas en el siglo XX ocurrió durante el gobierno del Presidente Franklin Delano Roosevelt, quien lo acusó de interferir en los

programas del *New Deal* para vencer la crisis de comienzos de siglo en ese país. La Corte Suprema consideró inconstitucionales algunos de ellos y Roosevelt promovió, entonces, una legislación para reestructurar el Tribunal con el propósito no confesado de deshacerse de sus elementos más conservadores. El intento presidencial fracasó precisamente por la respetabilidad de la Corte Suprema, aunque también ella debió revisar sus intenciones contra el *New Deal*.

En su largo caminar, la Corte Suprema de los Estados Unidos ha debido también rectificar algunas veces, para impulsar el progreso del país. Recordemos sus interpretaciones del principio de igualdad y de la discriminación racial.

En 1865, después de la Guerra de Secesión, se abolió la esclavitud mediante la Décimotercera Enmienda de la Constitución, pero los antiguos esclavos siguieron siendo víctimas de discriminación oficial. Los Estados del Sur aprobaron leyes que les privaban del derecho a contratar, a votar o a poseer tierras, y se castigaba a los negros por delitos con mayor severidad que a los blancos; para acabar la discriminación se dictaron, entonces, nuevas enmiendas a la Constitución, la Décimocuarta y la Décimoquinta. La Corte debió interpretar en 1896 los alcances de estas enmiendas y una interpretación tuvo lugar en el caso *Plessy vs. Ferguson*, cuando un Estado puso vagones de ferrocarril separados para negros y blancos; la Corte Suprema consideró que la Constitución no había sido violada, porque su Décimocuarta Enmienda solo prohibía el trato desigual de las razas, y por tanto los servicios públicos por separado para negros y blancos debían ser permitidos si eran "iguales". Después de cerca de sesenta años resolvió otra cosa: en el caso *Brown vs. Board of Education*, de 1954, la Corte dio un gran paso hacia la eliminación del principio mismo de la segregación racial; Currie recuerda la explicación que esto tuvo: "Los alumnos negros sabían que las escuelas separadas habían sido establecidas por razones discriminatorias, escribió el presidente de la Corte Suprema, Earl Warren, y el consiguiente sentimiento de inferioridad disminuía su capacidad de aprendizaje. Por lo tanto, no existían escuelas públicas "separadas pero iguales"; "Los servicios educativos por separado son intrínsecamente desiguales"... decisiones posteriores extendieron la prohibición de la separación en otros lugares públicos tales como parques y restaurantes sin una explicación adicional. Pocos años después, al revocar una ley que prohibía los matrimonios interraciales, la Corte enunció un principio más amplio que terminó por siempre con la tesis "separados pero iguales": la Décimocuarta Enmienda no solo exigía que los negros fuesen tratados tan bien como los blancos, sino que también requería "el más rígido control" sobre cualquier distinción basada en la raza"¹⁰

c. Control por un tribunal específico (jurisdicción concentrada)

Como ya hemos señalado, en el sistema norteamericano se confiere no solo al Tribunal Supremo sino a todos los jueces la facultad de interpretar la Constitución, aunque todos se hallan vinculados a la jurisprudencia de la Corte Suprema; por esta razón se lo llama de "jurisdicción difusa". La "jurisdicción difusa" de los Estados Unidos dio paso en Europa, después de la Primera

Guerra Mundial, al sistema de "jurisdicción concentrada", elaborado por el jurista austriaco Hans Kelsen y acogido por primera vez en la Constitución de Austria. Contrariamente a la práctica norteamericana, el artículo 89 de la Constitución austriaca dice que "los tribunales ordinarios no tendrán facultad para examinar la validez de las leyes debidamente promulgadas", creándose en su lugar un tribunal especial, Tribunal Constitucional (*Verfassungsgesichtshof*) que puede examinar la validez de una ley. En el sistema austriaco, por tanto, las cuestiones constitucionales no son planteadas ante un juzgado de primera instancia sino llevadas directamente ante un tribunal de última instancia. En los Estados Unidos, la jurisprudencia constitucional parte de casos concretos; en el nuevo sistema se busca la compatibilidad de dos normas abstractas: la Constitución y la ley. El problema de la constitucionalidad de una ley se aísla de otros tribunales para atribuirlo a uno solo que, en cierta forma se convierte en legislador, "legislador negativo", cuando se pronuncia con fuerza decisoria sobre la inconstitucionalidad de una ley o de una norma.

En 1928 Kelsen explicó los fundamentos de la jurisdicción constitucional concentrada en la Revista de Derecho Público y Ciencia Política de Francia. En una parte de este trabajo —traducido del francés por el magistrado de nuestro Tribunal Constitucional, Hernán Salgado Pesantes, doctor de la Universidad Pantheon-Sorbona de París— Kelsen sostiene que es ingenuidad política confiar al Parlamento el control de regularidad de las leyes aprobadas por él mismo, "porque el Parlamento no puede, por su propia naturaleza, ser obligado de manera eficaz... y el órgano legislativo se considera en realidad como un libre creador del derecho...". Por consiguiente, debe ser un órgano diferente, independiente de él y de cualquier otra autoridad estatal el que se encargue de la anulación de los actos inconstitucionales, "esto es, una jurisdicción o tribunal constitucional". Kelsen replica una de las más importantes objeciones para el establecimiento de la nueva jurisdicción, la soberanía del Parlamento, diciendo que no puede haber soberanía de un solo órgano estatal puesto que la soberanía pertenece a todo el orden jurídico; además —agrega— la anulación de una ley se produce esencialmente en aplicación de las normas de la Constitución, procede de la actividad de un "legislador negativo" ("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"). Continúa refiriéndose al principio de separación de los poderes y sostiene que la jurisdicción constitucional no está en contradicción con el principio de la separación sino que más bien lo reafirma, pues sirve para la regularidad del funcionamiento de los diferentes órganos. Finalmente, señala las características que debería tener el órgano de control que recomienda.¹¹

Varios países han seguido el modelo austriaco. En Francia, como antes dijimos, el control lo ejerce el Consejo Constitucional (artículos 56 a 63 de la Constitución); en Italia, el Tribunal Constitucional creado en 1947, llamado básicamente a conocer de los conflictos entre los poderes del Estado y el control de constitucionalidad de las leyes; en Alemania, un tribunal integrado en su mayoría por catedráticos de derecho público, conoce de los

conflictos entre la Federación y los Länder; conoce también del recurso de constitucionalidad por violación de los derechos humanos, de la inconstitucionalidad en la organización y funcionamiento de los partidos políticos y del control de la constitucionalidad de las leyes.

Juan González Rivas, magistrado del Tribunal Constitucional español, dice de éste que es el supremo guardián de la Constitución, el vigilante encargado de hacer cumplir a los órganos del Estado y a los ciudadanos el orden fundamental de los valores ínsitos en la Constitución, por las facultades que tiene: "a) contribuir con sus resoluciones a resolver los conflictos de competencias y atribuciones entre los altos órganos del Estado, examinando la posible inconstitucionalidad, con carácter previo, de los tratados internacionales, velando por la legalidad de sus cláusulas y suspendiendo los actos y resoluciones inconstitucionales de las Comunidades Autónomas; b) en el plano judicial, velando a través del recurso de amparo y en última instancia contra las posibles transgresiones a los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, y c) en el plano jurídico, manteniendo la supremacía de la Constitución a través del recurso de inconstitucionalidad, velando por la graduación jerárquica del ordenamiento jurídico constitucional y respetando el carácter de las leyes orgánicas, leyes marco de las Comunidades Autónomas y demás disposiciones y actos, que han de ser sometidos a su enjuiciamiento en caso de violación del texto esencial de nuestra comunidad"¹²

IV. EL CONTROL CONSTITUCIONAL EN EL ECUADOR

No ha habido en el Ecuador una tradición jurídica consistente sobre la vigencia del principio de supremacía ni del control constitucional. En las distintas épocas, éste fue asignado a diferentes órganos estatales: el Consejo de Estado, la Corte Suprema (la mayor parte del tiempo), después el Tribunal de Garantías Constitucionales y finalmente el Tribunal Constitucional.

En la primera parte de la obra "Conflictos y Jurisprudencia, período 1980/1990" publicada por el Tribunal de Garantías Constitucionales en 1992, recordamos el control de constitucionalidad ejercido por la Corte Suprema por cerca de cien años, y dijimos que sus resoluciones, publicadas en las Gacetas Judiciales, evidencian la falta de pronunciamientos doctrinarios importantes de Derecho Constitucional, así como las equivocaciones en que incurrió, algunas de ellas muy graves: "A quienes se interesen —decíamos— en conocer los fallos de la Corte Suprema en materia de inconstitucionalidad, que permiten llegar a una conclusión como la que se anota, les convendrá la revisión de los números 32 y 33. 52, 67, 68, 86, 134, 135 y 158 de la Gaceta Judicial de la 5a. Serie; 2, 3, 13 y 15 de la 6a. Serie; 15 de la 7a. Serie; 10 de la 9a.: 2, 3 y 6 de la 11a.: 5, 10, 11 de la 13a". Los fallos indicados son declaraciones de inconstitucionalidad de una expropiación, de una ordenanza de explotación de árboles, de otra referente a una parcelación de tierras, de la jurisdicción de jueces en tiempos regulares y dictatoriales, de una ordenanza que reglamenta el uso de fuentes minerales y de gas, etc. Por esto, en el estudio mencionado dijimos que "...mientras la "judicial review" norteamericana se ca-

nalizó generalmente al impulso de las instituciones más progresistas y a la protección de los derechos fundamentales en el país del norte, entre nosotros la Corte Suprema, declaró ciertas inconstitucionalidades de poca trascendencia o detuvo importantes procesos políticos que tendían a ordenar instituciones esenciales como el régimen de partidos y el sufragio”, pues “con un análisis semántico bastante artificioso, la Corte Suprema eliminó de la ley la posibilidad de borrar del Registro de Partidos las “astillas políticas”, o sea los Partidos que no alcanzaren el mínimo de votos exigido; igualmente, declaró inconstitucional un reglamento sobre publicidad electoral que tendía a controlar el gasto exagerado en las elecciones, lo cual da lugar a que se elija por el oro y no por el voto. En ambos casos la Corte Suprema frenó cambios saludables para las instituciones políticas del país”. Digamos nuevamente que, en general, la labor en esta materia de nuestro más alto tribunal, a diferencia de lo que ha hecho en otras ramas jurídicas, no fue orientación científica ni sirvió para ejercer activismo jurídico positivo como el de la Corte Suprema de los Estados Unidos; el tribunal supremo norteamericano pudo decirse que, en el último siglo, durante la presidencia del Juez Warren, produjo “la mayor revolución social de nuestra generación”, y bastaría para demostrarlo recordar sus últimas resoluciones sobre la igualdad racial que citamos arriba.

A raíz de la revolución del 28 de mayo de 1944, la Asamblea Constituyente creó el Tribunal de Garantías Constitucionales, con el modelo de la Constitución republicana española. La Constitución de 1944 duró poco tiempo y el Tribunal de Garantías Constitucionales reapareció en la de 1978 y funcionó hasta ser reemplazado por el actual Tribunal Constitucional.

El Tribunal de Garantías Constitucionales cumplió su misión de control de modo relativo, debido a su estructura legal defectuosa que hacía factible presentar ante él cualquier queja revestida de la apariencia de violación de garantías constitucionales, y llegó a admitir innumerables reclamaciones propias de otras competencias, como de jueces de policía, de trabajo y administrativas, lo cual desvirtuaba la naturaleza de la alta instancia constitucional. No obstante estas limitaciones, la publicación mencionada, “Conflictos y jurisprudencia”, sirve para el rescate histórico de su labor, pues contiene los fallos que expidió durante diez años, entre los que hay decisiones sobre las garantías del derecho a la vida, a la integridad personal, al medio ambiente libre de contaminación, a la honra y la buena reputación, a la libertad de expresión, a la igualdad, al derecho de petición, a las libertades de reunión y asociación, al trabajo, a la seguridad social, a la propiedad; sobre derechos políticos, responsabilidad de los funcionarios, independencia judicial, deberes de funcionarios administrativos. Digna de especial mención es la decisión sobre la demanda del Comité Ecuatoriano de Cooperación con la Comisión Interamericana de Mujeres –CECIM- que sirvió para suspender la vigencia de numerosa normas inconstitucionales de los códigos de Comercio, Penal y otros, que eran claramente discriminatorias contra la mujer y, por tanto, violaban el principio de igualdad; constan en la publicación, finalmente, las proposiciones que el Tribunal de Garantías Constitucionales formuló para la dictación de normas tendentes a su perfec-

cionamiento, parte de cuales acogió el legislador y se encuentran ahora en la estructura del actual Tribunal Constitucional.

El actual Tribunal Constitucional, creado por la Ley Fundamental de 1998, está integrado por nueve vocales designados así: dos por el Congreso Nacional, a base de ternas presentadas por el Presidente de la República; dos de ternas enviadas por la Corte Suprema de Justicia, de fuera de su seno; dos vocales elegidos por el Congreso, que no ostenten la calidad de legisladores; uno de terna enviada por los alcaldes y prefectos provinciales, uno de la enviada por centrales de trabajadores y organizaciones indígenas y campesinas, y uno de la de las Cámaras de la Producción.

Las funciones del Tribunal están determinadas en el artículo 276 de la Constitución y son: conocer y resolver demandas de inconstitucionalidad de fondo o de forma, de leyes, decretos leyes, decretos, ordenanzas, estatutos, reglamentos y resoluciones emitidos por las instituciones del Estado; resolver sobre inconstitucionalidad de los actos administrativos de toda autoridad pública; conocer de las resoluciones que deniegan el habeas corpus, el habeas data y el amparo; dictaminar sobre las objeciones de inconstitucionalidad hechas por el Presidente en el proceso de formación de las leyes; dictaminar sobre tratados o convenios internacionales previamente a su aprobación por el Congreso; dirimir en conflictos de competencia o de atribuciones asignadas por la Constitución.

Las demandas de inconstitucionalidad pueden ser presentadas por el Presidente de la República, cuando se trata de inconstitucionalidad de leyes, decretos, estatutos; por el Congreso, en los mismos casos y cuando se trata de actos administrativos; por la Corte Suprema de Justicia; por los consejos provinciales y los concejos municipales; finalmente, por mil ciudadanos previo informe del Defensor del Pueblo.

Las declaraciones de inconstitucionalidad causan ejecutoria, se publican en el Registro Oficial y deben cumplirse en 30 días, so pena de desacato.

La Constitución confiere también a cualquier juez o tribunal la facultad de declarar inaplicable, de oficio o a petición de parte, en las causas que conocen, un precepto jurídico contrario a las normas de la Constitución, sin perjuicio de fallar sobre el asunto controvertido, pero esta declaración no tendrá fuerza obligatoria sino en las causas en que se pronuncien, y el juez o tribunal debe presentar un informe sobre la declaratoria de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional para que éste resuelva con carácter general y obligatorio.

El Tribunal Constitucional es perfectible y, dada la misión que tiene, debe ser perfeccionado. Kelsen recomendó extremo cuidado al integrarlo, aunque dijo que no se puede proponer una solución uniforme para todas las constituciones, ya que la jurisdicción constitucional deberá modelarse sobre las particularidades de cada una de ellas; no obstante esto, enunció ciertas ideas básicas para la integración y dijo: “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 llamado a pronunciarse, la jurisdicción constitucional cumple una misión puramente jurídica de interpretación de la Cons-

titución. 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... Es de gran importancia otorgar, en la composición de la jurisdicción constitucional, un lugar adecuado a los juristas de profesión. Se podría llegar a esto concediendo, por ejemplo, a las Facultades de Derecho de un país o a una comisión común de todas ellas, el derecho de 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 muy difícil, pero sería deseable, alejar de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional toda influencia política".¹³

En el Ecuador, los partidos políticos siguen siendo quienes deciden en la nominación de miembros del Tribunal Constitucional, aunque no lo confiesen, lo cual crea vínculos que no se compadecen con la misión jurídica excepcional que corresponde al Tribunal. La selección de candidatos debería hacerse cuidadosamente y, para el escogimiento, parece impropio que éste se lo haga a base de

ternas de organismos seccionales o sectores de la producción, por importantes que ellos sean, pues el Tribunal no está llamado a resolver sobre intereses sectoriales sino sobre problemas jurídicos.

Por último, el control de constitucionalidad del Tribunal no será cabal mientras subsistan otros vacíos jurídicos graves como ocurre actualmente. No se ha expedido la Ley de Control Constitucional, principal ley complementaria de la Constitución en esta materia, y se sigue aplicando la de control, que fue ley complementaria de la Constitución de 1978, muchas de cuyas normas son incompatibles con la nueva. No puede haber duda sobre la constitucionalidad del funcionamiento del organismo llamado a decidir sobre la regularidad de las normas.

Los fallos sobre constitucionalidad, como nos enseña la experiencia de otros países, pueden ser un importante factor de impulso para el progreso de un país, o pueden ser lo contrario, como anota Otto Bachof: "Estas sentencias pueden ocasionar catástrofes no solo para el caso concreto, sino para un invisible número de casos, cuando esas sentencias son "políticamente inexactas" (en el sentido de que desbaratan las tareas políticas legítimas de la dirección del Estado) la lesión puede alcanzar a la comunidad política entera".

NOTAS

1. Nicolás Maquiavelo, "El príncipe", p. 286
2. Segundo Linares Quintana, "Tratado de la ciencia del Derecho Constitucional", T. I. p.9
3. Linares Quintana, ob. cit. T. II p. 245
4. Eduardo García de Enterría, "El Tribunal Constitucional", T. I. p. 27
5. Linares Quintana, ob. cit. T. II p. 279
6. Manuel García Pelayo, "Derecho constitucional comparado", p.519
7. David Currie, "Introducción a la Constitución de los Estados Unidos", p. 7
8. García Pelayo, ob. cit. P. 430
9. Eduardo García, ob. cit. p. 31
10. Currie, ob. cit. p. 90
11. Tribunal de Garantías Constitucionales, Ildis, "Conflictos y jurisprudencia", p. 38
12. Juan José González Rivas, "La justicia constitucional. Los tribunales constitucionales en Europa Occidental" (El Tribunal Constitucional, T. II, p. 1264)
13. Tribunal de Garantías Constitucionales, ob. cit. p. 38