

Desafío constitucional



Instituto Latinoamericano de Investigaciones Sociales

laTendencia

—revista de análisis político—

2008 Primera edición ILDIS

Impreso en el Ecuador

Coordinación: ILDIS - Revista *La Tendencia*
Diseño: Verónica Ávila
Activa Diseño Editorial
Diseño portada: Antonio Mena
Impresión: Gráficas Araujo
Tiraje: 1000 ejemplares

Las opiniones vertidas en este texto no necesariamente coinciden con las de las instituciones que lo auspician. Se autoriza a citar o reproducir el contenido de esta publicación siempre y cuando se mencione la fuente.

ISBN:
Quito-Ecuador

TRANSCRIPCIÓN Y EDICIÓN DEL
SEMINARIO INTERNACIONAL

Desafíos y Nuevos Paradigmas Constitucionales

Quito 6 de marzo 2008

Manta 7 de marzo 2008

**PROYECTO
CONSTITUYENDO DEMOCRACIA
ILDIS - FES - LA TENDENCIA**

9 PRESENTACIÓN
Michael Langer

12 INTRODUCCIÓN
Francisco Muñoz

16 PODER CONSTITUYENTE:
PODER DE LOS PUEBLOS
PARA DARSE SU PROPIO
PRESENTE Y FUTURO
Fernando Cordero

19 NECESITAMOS MANTENER
LOS ESPACIOS DE DIÁLOGO Y
DE REFLEXIÓN
Martha Roldós

Jornadas de Seminario

20 ESTADO DE DERECHO Y
ESTADO SOCIAL: CLAVES DE
UNA NUEVA DEMOCRACIA
Franz Thedieck

29 Diálogos y comentarios Quito y Manta

32 EL CONSTITUCIONALISMO
LIBERAL-CONSERVADOR Y EL
PROYECTO IGUALITARIO DE LOS
RADICAL DEMÓCRATAS
Roberto Gargarella

48 Diálogos y comentarios Quito y Manta

52 CONTROL CONSTITUCIONAL:
CONDICIONES DE APLICABILIDAD
PARA LA NUEVA CONSTITUCIÓN
Matthias Hartwig

61 Diálogos y comentarios Quito y Manta

63 DESCENTRALIZACIÓN Y EQUIDAD
TERRITORIAL, SOCIAL Y POLÍTICA
Darío Restrepo Botero

Diálogos y comentarios Quito y Manta

CONTROL CONSTITUCIONAL: CONDICIONES DE APLICABILIDAD PARA LA NUEVA CONSTITUCIÓN

*Matthias Hartwig**

La Constitución de cada país es la madre de la política, el corazón y la razón del Estado. Por ello es un gran honor para mí tener la posibilidad de participar en la discusión y nacimiento de esta nueva Constitución. Gracias por su generosidad.

Yo hablaré sobre el control constitucional. Como se sabe, una perfecta Constitución es una obra de arte, pero una Constitución perfecta no lleva a nada si no puede ser implementada. El gran defecto de muchas constituciones en países democráticos no consiste en fallas en su estructura o en las garantías y derechos fundamentales sino en la falta de implementación de las disposiciones constitucionales. Existen muchas constituciones casi perfectas en el mundo, pero también muchas que no están implementadas. La falta de mecanismos de implementación, relativos a todos los poderes, es el gran defecto del constitucionalismo. Por eso considero absolutamente necesario integrar en una Constitución métodos de implementación de las disposiciones constitucionales que vinculen a todos los poderes del Estado. Es decir, mecanismos

* (Alemania) Consultor Constitucional de la Corte Ucraniana.

para promover su respeto y aplicación no solo por parte de los jueces, no solo por el poder constitucional, sino por todos los poderes: el legislativo, la administración pública, las distintas jurisdicciones.

Condiciones materiales para implementar una Constitución

¿Cuáles son las condiciones materiales para implementar una Constitución? Naturalmente juega un papel importante e inherente el *Tribunal Constitucional*, tema al cual dedicaré parte de mi ponencia. Sin embargo, el primer punto es la *supremacía* de Constitución sobre todos los otros actos de los órganos estatales, también sobre los actos del poder legislativo ordinario, el Parlamento. Esta supremacía se encuentra ya inscrita en la Constitución ecuatoriana actual como garantía de la aplicación directa de sus disposiciones, es decir como reconocimiento de que no es necesario remitir la implementación a una legislación futura¹.

Además existen otras condiciones materiales importantes para la implementación de una Constitución. Una segunda condición es la precisión de las normas constitucionales. Hay una famosa expresión de Napoleón según la cual la Constitución tiene que ser *concisa y oscura*. Esta concepción fue resultado del cinismo de la época. Las normas constitucionales serán claras si no son sometidas a una redacción demasiado exhaustiva. Ciertamente la Constitución no debe ser detallada y por eso debe contener menos disposiciones que muchas leyes del derecho ordinario. Para favorecer que las disposiciones constitucionales se apliquen directamente, es muy importante escribirlas de una manera que no deje demasiado espacio para una interpretación contradictoria. Esto es importante además porque una Constitución tiene que resolver los problemas, no tiene que plantear problemas.

1 El principio de la supremacía consta en el artículo 272 de la actual Constitución.

Aplicabilidad de los derechos sociales

La Constitución tiene un nivel de orientación sobre los derechos, pero su objeto son los actos estatales. Esto es naturalmente importante cuando uno piensa a la integración de los derechos sociales en la Constitución, donde tengo que advertir la existencia de un problema sobre el cual tenemos hasta ahora poca experiencia tanto a nivel internacional como nacional. Actualmente tenemos algunas constituciones nacionales que contienen derechos sociales pero hasta ahora subsiste una dificultad bien grande en la aplicación de los mismos.

Algunas constituciones, como la *Constitución española* de 1978, integran derechos sociales, lo que constituye un acto constitucional muy significativo. Pero en la Constitución española, la aplicación de esos derechos por el Tribunal Constitucional no es admitida, es decir no existe un amparo para su implementación. A nivel europeo, la *Carta Europea para los Derechos Humanos* no contiene derechos sociales pero la Corte Europea para los Derechos Humanos tiene un órgano específico para la implementación de esos derechos. Mientras que la *Carta de los Derechos Sociales de la Unión Europea* hasta ahora no cuenta con un órgano de control para hacer valer esos derechos, un Tribunal para su implementación. En Alemania asistimos en los últimos tiempos a un movimiento para integrar los derechos sociales en la Constitución. Pero hasta ahora estos derechos son interpretados solamente como directivas para el Estado, sin un cumplimiento real para los ciudadanos.

Esto es importante de considerar en relación con la aplicabilidad directa de las normas constitucionales. Las normas constitucionales tienen que ser sometidas a una aplicación directa. Sin ella, la eficacia de las normas constitucionales sería muy limitada. En Alemania, durante mucho tiempo, los derechos fundamentales existieron sin fuerza vinculante. En Francia, el país de la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, el *Consejo Constitucional* –similar a un Tribunal Constitucional– solamente en 1971 declaró que los derechos fundamentales eran directamente aplicables. En Alemania, la Constitución de 1949 ordenó que los derechos fundamentales vinculen a todos los órganos estatales, desde los órganos administrativos hasta las cortes supremas de justicia. Así, no existe un monopolio de aplicación por parte del

Tribunal Constitucional en la protección de estos derechos. Por su parte, la Constitución ecuatoriana actual está frente a la obligación de definir que las cortes, tribunales, jueces y autoridades administrativas sean responsables de la aplicación de las normas constitucionales.

El control constitucional

La tercera condición para la eficacia de una Constitución reside en el control por parte de los jueces. El órgano más importante para la implementación del control es el *Tribunal Constitucional*. Alemania tiene una gran experiencia con este órgano que fue introducido en la Constitución de 1949 después de la Segunda Guerra Mundial. Tras una vigencia de 60 años, actualmente es un Tribunal con muchas competencias que cumple sus funciones con mucho éxito. Por ello ha sido imitado por muchos países que se convirtieron en democracias después de los años 50. Alemania no contribuyó mucho a la Teoría del Estado, nosotros no inventamos la democracia ni el parlamentarismo, pero el control constitucional es un órgano específico alemán. Nuestro Tribunal Constitucional ha sido una fuente inspiradora para muchos países. El Tribunal Constitucional de España se inspiró en el tribunal alemán. Hoy en día, casi todos los países de Europa Oriental poseen tribunales constitucionales que imitan –en mayor o menor medida– el concepto del tribunal constitucional alemán. Por eso los alemanes tenemos una cierta experiencia en ese campo,

Hay 3 puntos importantes para el funcionamiento de un Tribunal Constitucional: la composición, las competencias y la implementación de las disposiciones. ¿Cuál es la composición del Tribunal en Alemania? Está compuesto por 16 jueces que trabajan en dos salas, que toman las decisiones independientemente una de la otra. Los jueces son elegidos por el Parlamento Federal y por el Consejo Federal (cada órgano elige el 50% de los miembros). El Consejo Federal es como una segunda cámara legislativa. Los jueces son elegidos por mayoría absoluta de dos tercios tanto en el Parlamento como en el Consejo, así la mayoría parlamentaria del momento no es la única en determinar la constitución del Tribunal. Ya que el Tribunal Constitucional tiene que controlar a la mayoría parlamentaria, no tiene sentido que la mayoría simple pueda

determinar la composición del Tribunal. Entonces, lo que sucede es que la mayoría parlamentaria tiende a hacer un compromiso con los legisladores de la oposición para elegir a los jueces y así se puede decir que la mitad de jueces son progresivos y la otra mitad son conservadores.

En Alemania los jueces constitucionales se eligen para 12 años y no son re-elegibles. Este sistema garantiza la indiferencia de los jueces pues ellos no tienen que tomar decisiones a favor de su propia re-elección. Todos son juristas, pero otro punto importante es que cada sala tiene que contar con 3 jueces procedentes de la jurisdicción ordinaria, quienes disponen de una experiencia jurisdiccional muy importante para el Tribunal. Los demás son profesores o ex políticos, pero los jueces de las cortes supremas son importantes porque aumentan la experiencia judicial en la corte constitucional.

En Ecuador es diferente, los jueces constitucionales tienen un término de 4 años, son re-elegibles y es suficiente la mayoría simple para elegirlos. Quizá sería mejor que se dispusiera la elección a través de una mayoría absoluta, para que los jueces cumplan su tarea con independencia. Esta es una manera de evitar que un juez que tiene la esperanza de ser elegido o re-elegido por el Parlamento, sea menos crítico con los actos parlamentarios.

Competencias de un Tribunal Constitucional

Las competencias del Tribunal Constitucional alemán son en todo sentido semejantes a las del Tribunal Constitucional ecuatoriano: por un lado, tiene control sobre todos los actos normativos del Estado o que se introducen por iniciativa del gobierno. Tiene competencia para tomar decisiones en casos de conflictos entre órganos o cuando se producen conflictos federales. Este es un tema que no concierne a Ecuador que no es un país federativo.

El Tribunal Constitucional tiene el monopolio para declarar una ley parlamentaria como inconstitucional con la consecuencia de que esa ley será nula. Es decir, los jueces ordinarios tienen la obligación de controlar la ley pero la

declaración de inconstitucionalidad compete exclusivamente al Tribunal para evitar una interferencia de los jueces ordinarios de la primera instancia en la voluntad parlamentaria. Ahí se observan algunas diferencias con la Constitución ecuatoriana actual: en Ecuador es posible que el juez continúe el procedimiento y, después de la decisión, interponga una razón de inconstitucionalidad al Tribunal Constitucional.

Otra competencia es lo que se llama el *control completo*. Si un juez ordinario tiene que aplicar una norma que considera inconstitucional, el juez es obligado a suspender su cumplimiento e interponer la decisión de inconstitucionalidad frente a la corte constitucional. ¿Qué significa esto? Significa, por un lado, que los jueces ordinarios son obligados a controlar la constitucionalidad de todas las normas aplicadas por ellos y, por otro lado, que no tienen la posibilidad ni las competencias para declarar a una ley inconstitucional. El monopolio de declarar una norma inconstitucional como nula compete exclusivamente al Tribunal. Eso es así para proteger al legislador, al Parlamento, contra intervenciones por parte de los jueces.

La tercera competencia es el control abstracto de las normas. Si existiera el riesgo de que el Gobierno, o el gobierno de una región o dos terceras partes del Parlamento introduzcan una norma cualquiera o incluso cambien la Constitución, un tercio de los diputados del Parlamento Federal pueden interponer una petición de inconstitucionalidad, una tercera parte puede garantizar el respeto de la Constitución, la minoría parlamentaria es el más importante artífice para defender la constitucionalidad. Este es el control abstracto.

El recurso individual: el procedimiento más importante

Ciertamente, el procedimiento más importante es el recurso individual. ¿Cuáles son los actos por los cuales una persona puede interponer un recurso inconstitucional individual? Desde la ley constitucional puede hacerlo contra los reglamentos, contra una ley, contra prescripciones de un tratado internacional, contra decisiones de tribunales ordinarios, es decir contra todos los actos estatales. Este recurso supone

una protección integral a las personas contra cualquier tipo de inconstitucionalidad. Naturalmente no se recurre a él sino después del agotamiento de todos los otros recursos interpuestos frente a tribunales ordinarios.

Este recurso es comparable con el amparo en Ecuador pero es más amplio porque todas las personas jurídicas y naturales, alemana o extranjera, personas físicas o jurídicas, tienen derecho de interponer un recurso de inconstitucionalidad cuando sienten violado alguno de los derechos fundamentales enumerados en la Constitución. Es decir hablamos de mujeres, hombres, ciudadanos, extranjeros, no hay ninguna diferencia, todas ellas pueden interponer el recurso.

Solamente los derechos fundamentales pueden servir como un objetivo de control. Sin embargo, hay que tomar en consideración que la Constitución alemana tiene un derecho a la libertad de desarrollo de la personalidad, lo que se interpreta como una protección de cualquier actividad humana y allí hasta el hecho de dar de comer a las palomas en una ciudad, puede ser prohibida con un recurso para evitar la suciedad que generan las palomas.

Para este recursos se excluye a las personas jurídicas de derecho público, por ejemplo los pueblos o entes públicos, porque se considera que el recurso individual es para la protección del individuo privado contra el Estado. Actualmente se interponen 3 mil recursos al año, los que conforman el 98% de todos los recursos a la Corte Constitucional en Alemania. Se puede interpretar este fenómeno como una participación activa del ciudadano en la vida política porque de esta manera el ciudadano al fin tiene la posibilidad de reformar la legislación alemana. Este es un fenómeno importante que observamos también a nivel internacional, un crecimiento de la participación. Los ciudadanos de los estados miembros del Convenio Europeo para los Derechos Humanos pueden interponer un recurso frente a la Corte Europea para los Derechos Humanos. Y lo mismo vale para América Latina. Ciertamente la posición de los individuos frente a la Corte Interamericana parece más débil que la del ciudadano europeo, pero también se observa un crecimiento de la participación de los ciudadanos ante la Corte Interamericana y por eso pienso que la introducción del recurso individual es muy importante en la Constitución

ecuatoriana, tiene el sentido de aumentar la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Actos del Estado sujetos de control

¿Cuáles son los actos del Estado sujetos de control? Todos los actos, leyes, reglamentos, tratados internacionales y decisiones de los tribunales ordinarios. Todos esos actos pueden ser controlados por el Tribunal si violan los derechos fundamentales. Esto es muy importante por así el ciudadano puede participar activamente en la vida política del Estado, por iniciativa de una persona, el Tribunal puede declarar una ley inconstitucional, es decir nula.

¿Cuáles son las consecuencias de una decisión? Normalmente las decisiones de la Corte Constitucional no necesitan una implementación. Cuando la Corte declara una norma como inconstitucional, esta ley no se aplica más. Sucede automáticamente, no necesita implementación por parte del legislador, simplemente esa ley no existe más. De igual modo, cuando se declara una decisión en contradicción con la Constitución, esa decisión nula y si se remite el caso frente al juez ordinario, se cuenta con la decisión de la Corte Constitucional, tampoco es necesaria una implementación por parte del juez ordinario. Esto en los casos concretos. En un sentido general, no podemos imaginar el problema de que una jurisdicción ordinaria no respete la jurisprudencia constitucional. En Alemania, hasta ahora, tales problemas no existen. Lo mismo vale para la relación, que es más difícil, entre el Tribunal Constitucional y el Parlamento. En Alemania las decisiones del Tribunal son aceptadas por el Parlamento. El Tribunal vive del respeto de los otros órganos. Esto es significativo de un Estado donde los poderes estatales y los ciudadanos respetan las decisiones de cada uno pero especialmente de los tribunales para defender el *estado de derecho*.

Finalmente quiero volver a un punto que mencioné al inicio, son los derechos sociales. Cuando el Tribunal Constitucional tiene competencia para tomar decisiones en el campo de los derechos sociales, tiene un gran impacto sobre el presupuesto estatal, es decir en la redistribución del dinero público. Estas decisiones de la Corte Constitucional no necesitan

asegurar su implementación, son automáticas, cuentan con legitimación democrática. Naturalmente, los demás poderes tienen que respetar al Tribunal Constitucional, esto tiene que ver con la cultura política, es decir los poderes tienen que estar dispuestos a aceptar sus decisiones también cuando no son favorables a las decisiones de los otros poderes. Así, vuelvo al inicio de mi ponencia, estamos ante la decisión no solamente de formular las leyes, sino también de respetarlas. Esto es muy importante para que el pueblo pueda establecer una democracia efectiva.

Muchas gracias.

Diálogos

— En relación las garantías y el control constitucional, una de las valiosas garantías constitucionales que existen es la del *debido proceso*. Se habló del rol de la Corte Suprema de Justicia, pero también debemos decirle que la Corte y el país deben tener penalizadas las acciones contra los delitos para poder ejercer un control. ¿Qué hacer en un país como Ecuador que, desde hace 5 o 6 años, tiene despenalizado uno de los delitos más lacerantes contra la administración pública como es el peculado? ¿Qué hacer en este caso?

— Sobre la despenalización del peculado: una despenalización en nuestro país sería una violación de la Constitución. Esto nos llevó a una gran discusión en Alemania. En este momento no me viene a la memoria una sentencia en la cual la despenalización en este campo se pueda considerar una violación penal de la Constitución. El derecho penal es siempre el paso último. El peculado está relacionado también con un control político, y el pueblo, los ciudadanos tienen la posibilidad de no elegir personas envueltas en la corrupción. Quizás a nivel político la reacción es mejor. En Alemania tuvimos últimamente un escándalo por evasión fiscal, tuvimos casos penales que se afrontan en los tribunales penales.

— Tengo dos consultas. En primer lugar ¿cómo es la decisión de la Corte Suprema, con mayoría simple? La segunda pregunta es si el Parlamento decide los

cambios de la Constitución, ¿Cuál es el papel de la Corte Suprema?

— ¿Cómo decide el Tribunal Constitucional? Como regla general por mayoría simple. Son 8 jueces y cuando hay paridad 4-4, la Corte tiene que no hay una violación de la constitución. Sobre la participación en la reforma constitucional: en Alemania, el legislativo no puede tomar la iniciativa para una reforma constitucional. Existe una clara definición de los poderes. El estado de derecho, el estado social, el estado federal no son sometidos a reformas constitucionales, son las cláusulas internas. Es decir, si el legislador enmienda la Constitución, un ciudadano u otro órgano pueden interponer un recurso frente al Tribunal Constitucional en contra de esa reforma, así el Tribunal puede controlar si esta reforma viola las normas constitucionales.

— En países como Ecuador que poseen administración de justicia indígena, el control constitucional sobre la sentencia ¿cómo se realizaría o cómo lo entendería usted, en base a qué valores o principios del derecho constitucional actual?

— Sobre tribunales de las minorías indígena, en Alemania también hay zonas indígenas, pero ellos no disponen de tribunales particulares, eso no existe en Alemania, la idea es que las leyes van para todos en el mismo sentido. Se que en algunos países tenemos otras realidades. En Canadá, por ejemplo, fueron introducidos tribunales familiares para los musulmanes, sobretodo en torno a una gran discusión en lo que concierne a la igualdad entre las mujeres y los hombres. En Africa del Sur los tribunales tienen que considerar las costumbres de las minorías étnicas cuando toman sentencias judiciales, solo que todavía no se ha establecido claramente hasta qué punto esas costumbres pueden ser tomadas en consideración. Esta es una cuestión muy difícil porque por un lado están los derechos generales y por otro lado estas particularidades y no siempre las dos coinciden.