

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR**

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA**

**DISERTACIÓN PREVIA A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE ABOGADA**

**LA CORTE CONSTITUCIONAL EN ECUADOR COMPARADA CON EL  
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL DE LA REPÚBLICA FEDERAL  
ALEMANA COMO ÓRGANOS DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD.**

Autora: Lcda. Martha Pavón Trujillo

Director: Dr. Hernán Salgado Pesantes

Quito – Abril 2014

# RAFAEL OYARTE

## ESTUDIO JURÍDICO

Quito, 10 de febrero de 2014

Señor doctor

**Santiago Guarderas Izquierdo**

Decano de la Facultad de Jurisprudencia

P. U. Católica del Ecuador

Presente

De mi consideración:

Remito el informe correspondiente a la tesina presentada por la alumna **doña Martha Pavón Trujillo** sobre *La Corte Constitucional en Ecuador comparada con el Tribunal Constitucional Federal de la República Federal de Alemania como órganos de control constitucional*, de la que dejo constancia en los siguientes términos:

La autora indica haber escogido el tema porque, a su parecer, existe un paralelismo en lo referente a hitos históricos que se refieren al control de constitucionalidad en ambas naciones. Los señalamientos que hace al respecto no identifican ningún hito histórico en ese sentido, más allá de meros acercamientos positivos que en nada justifican esa indicación. Por ello, no encuentro explicación objetiva para hacer una comparación entre las dos magistraturas, como no sea el mero deseo de hacerlo por parte de la tesinista, pues bien pudo escoger el Consejo Constitucional francés, la Corte italiana, el Tribunal español o cualquier otro con similares premisas.

El primer capítulo se destina a describir generalidades sobre el control de constitucionalidad, como son los sistemas difuso, concentrado y mixto, aunque nada de ello se refiere a la comparación que se anuncia en el título del texto. Luego menciona unas "corrientes constitucionales en Europa y Latinoamérica", comenzando por el constitucionalismo social y el neoconstitucionalismo, para llegar a un "nuevo constitucionalismo latinoamericano".

En el capítulo segundo se trata del contexto político social en Alemania y la evolución del control constitucional. Interesante hubiese resultado comparar el sistema de control por órgano político de la Constitución alemana de 1871 con el previsto en nuestra historia constitucional. Al tratar de la Constitución de Weimar de 1919, se hace una referencia superficial del sistema de gobierno, y al Tribunal de Estado. Algo similar ocurre con las referencias a la Ley Fundamental de 1949.

El capítulo tercero lo destina a la evolución del control de constitucionalidad en Ecuador; además de las generalidades, se hace una interesante mención a la Constitución de 1869 y el veto por razones de inconstitucionalidad, configurando control preventivo, y una breve mención a las facultades del Consejo de Estado, para luego hacer una descripción más amplia respecto del

# RAFAEL OYARTE

## ESTUDIO JURÍDICO

Tribunal de Garantías Constitucionales en las Constituciones de 1945, 1967 y 1978-79, para luego hacer referencia al Tribunal Constitucional creado en 1996.

Es a partir del capítulo cuarto cuando comienza la comparación. En la integración de los órganos hace mención a que el Tribunal alemán forma parte del Poder Judicial, a diferencia de la Corte ecuatoriana, pero no hace indicaciones sobre esta diferencia. Luego describe cómo se conforma el Tribunal alemán, con sus dos salas y sus ocho integrantes en cada una, con período o límite de edad, describiendo brevemente las competencias de cada una. Luego se hace similar descripción de la Corte Constitucional ecuatoriana. Hace lo mismo con los requisitos para ser juez, el procedimiento de designación, los efectos jurídicos de los fallos, el remplazo de jueces, las responsabilidades. En definitiva, nada de comparación sino pura descripción.

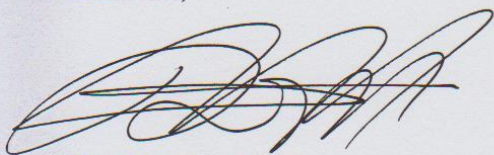
Nada distinto ocurre con los capítulos quinto y sexto, sobre las competencias de ambas magistraturas. En ambos casos introduce el tema relativo a las garantías, asuntos ajenos al control de constitucionalidad propiamente dicho, haciéndose presente que nada dice la autora sobre algún aspecto que no haga creer al lector que ha confundido las dos funciones.

Las conclusiones no son sino un resumen de los datos señalados en el cuerpo de la tesina. En definitiva, he leído un trabajo con interesantes datos, pero que se pierden por la ausencia de comparación.

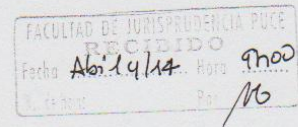
Por lo expuesto, estimo que la tesina de doña Martha Pavón Trujillo tiene algunos asuntos que pueden ser útiles para el lector, por lo que puede ser aprobada con la nota de **ocho sobre diez (08/10)**.

Sin otro particular, hago propicia la ocasión para reiterarle mis sentimientos de consideración y estima.

Atentamente,



RAFAEL OYARTE MARTÍNEZ



Quito, D.M. 2 de abril de 2014

Doctora  
Ivette Haboud B.  
**SECRETARIA**  
**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA**  
**PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR**  
Presente.-

De mi consideración:

Mediante oficio No. 708-SJG-13 se me informó que había sido designado como profesor informante de la Disertación de Licenciatura intitulada **"LA CORTE CONSTITUCIONAL EN ECUADOR COMPARADA CON EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL DE LA REPÚBLICA FEDERAL ALEMANA COMO ÓRGANOS DE CONTROL CONSTITUCIONAL"**, elaborada por la licenciada MARTHA PAVON TRUJILLO.

En consecuencia, he procedido a analizar con detenimiento el antedicho trabajo, arribando a las siguientes conclusiones:

1. El Capítulo primero es un capítulo introductorio del cual se pudo haber prescindido. De hecho, en este capítulo la estudiante incurre en varias generalidades (como por ejemplo cuando intenta definir lo que es el neoconstitucionalismo p. 23 y ss) que son propias de la amplitud de los temas abordados y el poco espacio destinado para el efecto.
2. Los capítulos segundo, tercero y cuarto son, desde mi punto de vista, el mayor aporte de la investigación. Estos capítulos denotan un trabajo serio de investigación y constituyen un aporte a la discusión del tema planteado en cuanto a la comparación entre los distintos órganos que ejercen control constitucional en Ecuador y Alemania. Debo destacar en estos capítulos el análisis de la evolución normativa que se ha producido tanto en Ecuador como en Alemania en materia de control constitucional, que resulta muy útil para el estudio del tema y un aporte interesante de la estudiante.
3. Los capítulos quinto y sexto son preminentemente descriptivos, y en especial en el capítulo sexto se incurren en algunas generalidades e imprecisiones ya que por ejemplo, se hace referencia a varias garantías jurisdiccionales sin explicar a través de qué medios puede

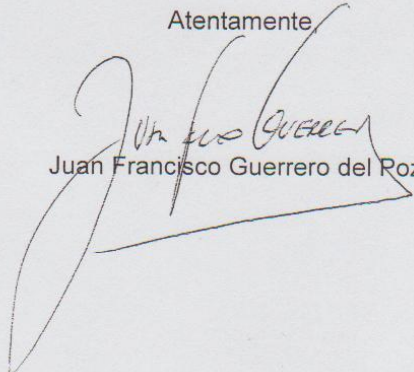
llegar a conocimiento de la Corte Constitucional ecuatoriana (proceso de selección).

4. La bibliografía utilizada es adecuada para la complejidad del tema abordado.

En función de las conclusiones señaladas, a mi criterio el trabajo realizado viabiliza el que la licenciada MARTHA PAVON TRUJILLO opte por la Licenciatura, otorgándole la calificación de **9/10**.

Aprovecho la oportunidad para reiterarle mis sentimientos de consideración y estima.

Atentamente

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Juan Francisco Guerrero del Rozo', written over a rectangular box. The signature is stylized and cursive.

Juan Francisco Guerrero del Rozo

## **AGRADECIMIENTO**

Agradezco a Dios por su infinito amor.

A mis padres, a quienes les llevo en mi. A mis hijos, Michael y Robert, por su existencia y por haberme motivado a culminar uno de mis sueños. A Werner, a mi querida familia y a mis amigas y amigos por su apoyo incondicional.

A mis profesores, quienes en su tiempo fueron partícipes en mi formación académica, de manera especial al Dr. Hernán Salgado Pesantes, director de la presente disertación, por su disposición, paciencia y compromiso en la elaboración de esta disertación y a mis lectores: Dr. Rafael Oyarte Martínez y Master Juan Francisco Guerrero del Pozo.

## ABSTRACT

Mi enfoque central es una comparación descriptiva de la organización y competencias de la Corte Constitucional en Ecuador y del Tribunal Constitucional Federal de la República Federal Alemana en su calidad de órganos de control constitucional.

Para realizar esta comparación tome como punto de partida la influencia del constitucionalismo social en la Constitución del Imperio Alemán en Weimar, 1919 y en la Constitución de Ecuador, 1929. Además, la inclinación de Ecuador en 1945 y de Alemania en 1949 por el sistema de control constitucional concentrado que se manifestó con la creación de órganos especializados. Mi objetivo era llegar a establecer la situación estructural y de competencias de estos órganos de control de constitucionalidad en la actualidad, a fin de determinar las posibles deficiencias y aspectos positivos del sistema de justicia constitucional ecuatoriano.

Para mi enfoque utilicé la descripción jurídico-constitucional, el documental argumentativo o exploratorio, además el racional-normativo, histórico-jurídico, político.

El Tribunal Constitucional federal ha conservado desde 1951, con pocas modificaciones, su estructura orgánica, sus competencias y poderes, los cuales le han permitido de manera eficaz la protección completa del Derecho Constitucional y ha ido integrando en la práctica jurisdiccional las exigencias contemporáneas. El Tribunal de Garantías Constitucionales que funcionó desde 1967, luego como Tribunal Constitucional con las Reformas de 1995/96 y como Corte Constitucional desde el 2008, ha ido ampliando sus competencias y poderes gracias a la teoría del Estado Constitucional de Derecho. Lo positivo es que la Corte Constitucional ecuatoriana actual esta dotada de competencias y poderes que le permiten salvaguardar la Constitución. No obstante, se podría eliminar competencias de menor categoría, o de un alto contenido político, para una mayor eficacia en sus labores. El Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano exige, además que los jueces constitucionales, en particular, y jueces, en general, tengan un alto nivel de conocimientos en Derecho Constitucional, como consecuencia de las nuevas prácticas jurisdiccionales vinculadas a nuevos valores constitucionales, así como, por su rol de guardianes de la Constitución, independencia institucional y capacidad argumentativa.

## S Í N T E S I S

Este tema trata de la Corte Constitucional del Ecuador comparada con el Tribunal Constitucional Federal de la República Federal Alemana como órganos de control constitucional. He dividido este tema en seis capítulos para su desarrollo:

El primer capítulo: El control de constitucionalidad que comprende los sistemas de control constitucional -difuso, concentrado y mixto-, cuyo análisis se extiende desde comienzos del siglo XX hasta nuestros días, y las corrientes constitucionales en Europa y Latinoamérica, es decir, el constitucionalismo social de comienzos del siglo XX, cuyos precursores fueron México en 1917 y Alemania con la Constitución de Weimar de 1919, luego el neoconstitucionalismo de los años setenta, así como el nuevo constitucionalismo latinoamericano, al cual pertenece la actual Constitución ecuatoriana.

El segundo capítulo: El contexto político-social en Alemania y la evolución del control constitucional que trata de un análisis que se extiende, más específicamente, desde la Constitución del Imperio Alemán, conocida como la Constitución de Weimar de 1919 y de la Ley Fundamental de la República Federal Alemana de 1949, enfocando al Tribunal Constitucional Federal como órgano de control constitucional, a los derechos fundamentales, a la modificación de la Ley Fundamental, a los decretos habilitantes y decretos de emergencia, así como a la reunificación de la República Alemana.

El tercer capítulo: Evolución jurídica del control constitucional en Ecuador que se extiende desde los comienzos de la República y está dividida en dos grandes etapas, la primera que la llamé ensayos de control constitucional que se extiende desde 1830 hasta 1929, en la cual me refiero a los principios de soberanía constitucional y mecanismos de control constitucional, y la etapa que comprende desde la creación del Tribunal de Garantías Constitucionales que está subdividida, en la etapa que abarca desde la creación del Tribunal en 1945 hasta la Constitución de 1979, en la cual hablo sobre las competencias del Tribunal, los derechos fundamentales consagrados en las Constituciones, así como de las particularidades de esta época. Luego, la segunda etapa que corresponde al Tribunal Constitucional o consolidación del órgano de control constitucional que abarca las Reformas de 1995/96 y la Codificación de 1998, en la cual me refiero a la capacidad para

presentar demandas de inconstitucionalidad, al Estado social de Derecho, a los derechos fundamentales y a las particularidades especiales de esta época.

El cuarto capítulo: Estructura comparativa de la Corte Constitucional ecuatoriana y del Tribunal Constitucional Federal Alemán como órganos de control, en el cual me refiero a la integración o composición de los dos órganos constitucionales, a los requisitos para ser jueces constitucionales en estos dos países, al procedimiento de la designación, a los efectos jurídicos de los fallos o sentencias, al reemplazo de un juez constitucional y a las responsabilidades de los jueces constitucionales.

El quinto capítulo: Competencias del Tribunal Constitucional Alemán como órgano de control constitucional, en este capítulo he tratado de realizar una clasificación que permita un análisis comparativo entre los dos órganos constitucionales y en él me refiero a las acciones por inconstitucionalidad, a los dictámenes de constitucionalidad como marco del funcionamiento democrático y a las garantías constitucionales, el amparo y la protección de los derechos fundamentales.

El sexto capítulo: Competencias de la Corte Constitucional del Ecuador como órgano de control constitucional, al igual que en el capítulo anterior, me refiero a las acciones por inconstitucionalidad, a los dictámenes de constitucionalidad como marco del funcionamiento democrático y a las garantías constitucionales como protectoras de los derechos fundamentales.

Por último presento las conclusiones propias del análisis de este tema.

## TABLA DE CONTENIDOS

### LA CORTE CONSTITUCIONAL EN ECUADOR COMPARADA CON EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL DE LA REPÚBLICA FEDERAL ALEMANA COMO ÓRGANOS DE CONTROL CONSTITUCIONAL

INDICE	PÁG.
Introducción	7

#### CAPITULO I

##### EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

1.- Sistemas de aplicación de control constitucional (difuso y concentrado)	8
1.1.- Período posterior a la Segunda Guerra Mundial	13
1.1.1.- En Europa	13
1.1.2.- En América latina	15
1.1.3.- Características del control constitucional mixto	16
2.- Corrientes constitucionales en Europa y Latinoamérica	17
2.1.- El constitucionalismo social	19
2.2.- El neoconstitucionalismo	23
2.3.- El nuevo constitucionalismo latinoamericano	26

#### CAPÍTULO II

##### CONTEXTO POLÍTICO-SOCIAL EN ALEMANIA Y LA EVOLUCIÓN DEL CONTROL CONSTITUCIONAL

1.- La Constitución del Imperio Alemán en Weimar, 1919	29
1.1.- El Tribunal de Estado para el Imperio como órgano de jurisdicción constitucional	31
1.2.- Derechos fundamentales	31
1.3.- Modificación de la Constitución	32
2.- La Ley Fundamental de la República Federal Alemana, 1949	34
2.1.- El Tribunal Constitucional Federal como órgano de control constitucional	37
2.2.- Derechos fundamentales	37
2.3.- Modificación de la Ley Fundamental	39
2.4.- Decretos habilitantes y decretos de emergencia (interna y externa)	40
2.5.- Reunificación de la República Alemana	42

#### CAPITULO III

##### EVOLUCIÓN JURÍDICA DEL CONTROL CONSTITUCIONAL EN ECUADOR

1.- Ensayos de control constitucional, 1830 – 1929	44
1.1.- Principio de supremacía constitucional	46
1.2.- Mecanismos de control constitucional	47
2.- Tribunal de Garantías Constitucionales	49
2.1.- Creación y Desarrollo: 1945 ... 1967 a 1979	49
2.1.1.- Competencias del Tribunal de Garantías Constitucionales	50
2.1.2.- Derechos fundamentales	54
2.1.3.- Particularidades	55

2.2.- Tribunal Constitucional, consolidación: Reformas de 1995 y 1996 y la Constitución codificada de 1998	56
2.2.1.- Capacidad para presentar demandas de inconstitucionalidad	60
2.2.2.- Estado social de Derecho, derechos fundamentales	60
2.2.3.- Particularidades	62

## CAPÍTULO IV

### ESTRUCTURA COMPARATIVA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL ECUATORIANA Y DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÁN COMO ÓRGANOS DE CONTROL

1.- Integración del órgano constitucional alemán y la composición de la Corte Constitucional ecuatoriana	63
2.- Requisitos para ser jueces constitucionales en estos dos países	68
3.- El procedimiento de la designación	69
4.- Efectos jurídicos de los fallos o sentencias	71
4.1.- De los fallos del Tribunal Constitucional Federal	71
4.2.- De las sentencias de la Corte Constitucional	73
5.- El reemplazo de un juez constitucional	73
6.- Responsabilidades de los jueces constitucionales	75

## CAPITULO V

### COMPETENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ALEMÁN COMO ÓRGANO DE CONTROL CONSTITUCIONAL

1.- Las acciones por inconstitucionalidad	78
1.1.- Control constitucional abstracto de las normas jurídicas	78
1.1.1.- Incompatibilidad de fondo o forma con la Ley Fundamental	79
1.1.2.- De la necesidad de una regulación jurídica federal	80
1.1.3.- De la protección de la minoría parlamentaria	80
1.2.- Control constitucional concreto de las normas jurídicas	81
1.2.1.- De una norma jurídica del Derecho interno	81
1.2.2.- De una norma jurídica de Derecho internacional	82
1.2.3.- Diferente interpretación por un Tribunal Constitucional de un Estado (Land)	83
1.3.- Conflictos de competencias constitucionales: Diferentes situaciones	84
2.- Dictámenes de constitucionalidad como marco del funcionamiento democrático	85
2.1.- Tratados internacionales	85
2.2.- Enjuiciamiento al Presidente federal y a los jueces	86
2.3.- Prohibición de los partidos políticos y el control electoral	87
2.4.- Evolución en materia consultiva	88
3.- Las garantías constitucionales como protectoras de los derechos fundamentales	89
3.1.- Las quejas constitucionales, el amparo y la protección de derechos: requisitos procedimentales	89
3.2.- Pérdida de los derechos fundamentales	94

## CAPÍTULO VI

### COMPETENCIAS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR COMO ÓRGANO DE CONTROL CONSTITUCIONAL

1.- Las acciones por inconstitucionalidad	96
1.1.- De forma o fondo contra actos normativos; de normas conexas y de los actos administrativos	96
1.2.- La acción por omisión de mandatos constitucionales	98
1.3.- Conflictos de competencias o atribuciones	99
1.4.- Control constitucional concreto de las normas jurídicas	100
2.- Dictámenes de constitucionalidad como marco del funcionamiento democrático	101
2.1.- Tratados internacionales	101
2.2.- Convocatoria a consultas populares y en los casos de reforma a la Constitución	102
2.3.- Objeción de inconstitucionalidad sobre proyectos de ley	103
2.4.- Declaratorias de Estado de excepción	103
2.5.- Admisibilidad para el enjuiciamiento político del Presidente	105
2.6.- Comprobación del abandono del cargo de Presidente de la República	105
2.7.- Casos de destitución del Presidente y de disolución la Asamblea Nacional	105
2.8.- Proyectos de estatutos de autonomía regional	106
3.- Las garantías constitucionales como protectoras de los derechos fundamentales	107
3.1.- Las acciones de protección o amparo	108
3.2.- Medidas cautelares	110
3.3.- Acción de habeas corpus y habeas data	110
3.4.- Acceso a la información pública	112
3.5.- Por incumplimiento	113
3.6.- Acciones extraordinarias de protección	114
CONCLUSIONES	115
BIBLIOGRAFÍA	123

## INTRODUCCIÓN

He escogido este tema, porque a mi parecer existe un paralelismo en los hitos históricos que se refieren al control constitucional de los dos países. Es así que la República Alemana fue una de las precursoras del constitucionalismo social en Europa al incorporar en la Constitución de Weimar de 1919, además, de los derechos fundamentales, los derechos laborales y sociales, y Ecuador fue uno de los pioneros en Latinoamérica, luego de México (1917) en incorporar estos derechos en la Constitución de 1929.

Luego de la Segunda Guerra Mundial, la República Federal Alemana crea a través de la Ley Fundamental de 1949, hasta ahora vigente, el actual Tribunal Constitucional Federal, siguiendo el modelo del control constitucional concentrado. En Ecuador, el primer órgano de control constitucional se crea con la Constitución de 1945 bajo la influencia de la Constitución Española de 1931 que también estableció el modelo de control concentrado o europeo. EL Tribunal de Garantías Constitucionales entró en funcionamiento con la Constitución de 1967.

También hay que considerar que los dos países tienen una estructura de gobierno diferente, la República Federal Alemana que cuenta con un gobierno federalista y la República del Ecuador que tiene un sistema de gobierno presidencialista. Esta característica es de notable importancia, porque se refleja en la estructura y funcionamiento de los órganos constitucionales.

Cabe señalar que el Tribunal Constitucional Federal, es un órgano de control constitucional que goza de prestigio a nivel europeo, e incluso internacional, razón está por la cual, también, me motiva el analizar su estructura y funcionamiento, a fin de obtener otra perspectiva que amplíe mis conocimientos en esta materia.

Tomando todas estas consideraciones me gustaría hacer una contraposición del Tribunal Constitucional Federal y la Corte Constitucional, desde su creación hasta hoy en día, en lo que se refiere a su estructura, competencias y poderes, en fin, su evolución jurídica, con la finalidad de obtener un balance en su desarrollo y poder establecer objetivamente una proyección para el futuro.

# LA CORTE CONSTITUCIONAL EN ECUADOR COMPARADA CON EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL DE LA REPÚBLICA FEDERAL ALEMANA COMO ORGANOS DE CONTROL DE CONSTITUCIONAL

## CAPITULO I

### EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

#### 1.- Sistemas de aplicación de control de constitucionalidad (difuso y concentrado)

Antes de seguir adelante con el tema, cabe definir lo que se entenderá por control o justicia constitucional para este estudio. Si bien el término es plurívoco y ha permitido ser entendido de diferentes maneras, por ejemplo, para Kelsen como una “*jurisdicción especializada encargada de controlar la constitucionalidad de las leyes*”<sup>1</sup>, o “*como una garantía jurisdiccional de la Constitución*”<sup>2</sup>; para Cappelletti y otros, “*una jurisdicción especializada encargada de aplicar la Constitución*”<sup>3</sup>; para Zagrebelsky y otros, “*una jurisdicción especializada en conocer determinados procesos constitucionales*”<sup>4</sup>; para otros, simplemente como sinónimo de jurisdicción constitucional; pero Manuel Aragón Reyes, al cual me orientaré conceptualmente, establece una clara diferencia entre el término “*justicia constitucional*” de “*jurisdicción constitucional*” y sostiene que la justicia constitucional: “*no está basada en una comprensión formal, sino material, de tal manera que se refiere a la totalidad de la actividad judicial de aplicación de la Constitución, ya sea realizada por tribunales especializados o por tribunales ordinarios, ya sea practicada de forma concentrada o difusa*”<sup>5</sup>,

---

<sup>1</sup> Manuel Aragón Reyes. *Estudios de Derecho Constitucional*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2da. edición, 2009. Página 237.

<sup>2</sup> Hernán Salgado Pesantes. *Manual de justicia constitucional ecuatoriana*. Quito, Corporación Editora Nacional, 2004. Página 15.

<sup>3</sup> Manuel Aragón Reyes. *Estudios de Derecho Constitucional*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2da. edición, 2009. Página 237.

<sup>4</sup> *Ibidem*. Página 237.

<sup>5</sup> *Ibidem*. Página 237.

mientras que la jurisdicción constitucional: “se corresponde con un entendimiento formal, de tal modo que se identifica con un tribunal especializado cuyo cometido es aplicar la Constitución (un tribunal o un “orden jurisdiccional”, ya que no sería impensable la pluralidad orgánica ...)”<sup>6</sup>. Aclarando a su vez que también los tribunales ordinarios aplican la Constitución, pero que la jurisdicción constitucional tiene el monopolio de determinados procesos constitucionales.

Me orientaré a este concepto amplio de justicia constitucional, por cuanto nos permite referirnos a toda la actividad judicial, no política, de aplicación de la Constitución y por consiguiente a cualquiera de los sistemas de control constitucional: *difuso* o americano, *concentrado* o europeo y mixto. El modelo *concentrado* o europeo y el modelo *difuso* o americano son los dos modelos clásicos de justicia constitucional.

Creo necesario señalar que la primera vez en la cual se hizo mención a la Constitución como cuerpo de derecho, más concretamente de “derechos”, aplicable por medio de los tribunales con preferencia a las demás normas del sistema jurídico interno, fue en el famoso caso *Marbury vs. Madison* del juez Marshall en Estados Unidos de América en 1803. Dando así origen al primer modelo clásico llamado *difuso* o americano, en el cual se sientan las bases para un control constitucional por parte de los jueces de la función judicial, en general<sup>7</sup>.

A finales del siglo XIX, se expandió, al menos en teoría, el modelo *difuso* o americano constitucionalista en algunos países de Latinoamérica, como Argentina, Colombia, El Salvador, México, República Dominicana y Venezuela. Sin embargo, no se manifestó en casos concretos de práctica jurídica por razones jurídico-políticas, en especial por la

---

<sup>6</sup> Ibídem. Página 237.

<sup>7</sup> Las características del control difuso: Este control está descentralizado, puesto que lo ejercen todos los jueces y tribunales de un país, por eso difuso; se presenta la pretendida inconstitucionalidad a manera de un incidente dentro de un proceso, debido a ello se dice que esta inconstitucionalidad opera por vía de excepción (carácter incidental); aquí la cuestión principal - la de fondo- que se ventila no es la inconstitucionalidad sino otro asunto particular; el proceso al cual nos referimos tiene que ver con un caso determinado y por eso es un control concreto, cuyos efectos jurídicos son limitados, pues alcanzan únicamente a las partes que intervienen en ese caso, es decir son efectos inter partes; por último, se trata de un control a posteriori por cuanto la inconstitucionalidad alegada se refiere a una ley o precepto legal que está vigente, que ya fue promulgado. Hernán Salgado Pesantes. *Manual de justicia constitucional ecuatoriana*. Quito, Corporación Editora Nacional, 2004. Páginas 29-30.

inestabilidad gubernamental. En Norteamérica tampoco hubo grandes cambios. El Tribunal resolvía los casos de acuerdo con el liberalismo económico de la época “*utilizando la cláusula del proceso debido económico y la cláusula del comercio para respaldar el laissez faire, la autonomía contractual y la propiedad*”<sup>8</sup>

En la misma época, en Europa, se aplicaba más bien la teoría legalista, según la cual los derechos emanaban de la ley y no de la Constitución, la cual no obligaba jurídicamente ni al legislador ni a los jueces por ser considerada como una norma política y no jurídica. Los jueces estaban sometidos sólo al imperio de la ley y a su aplicación.

A comienzos de siglo XX la llamada justicia constitucional estaba comenzando a ser parte de la Constitución en algunos países en América y en Europa. En Latinoamérica, además de irse consolidando el sistema *difuso* en los países arriba mencionados, cabe resaltar que en Venezuela y Colombia, entre otros, se va formando paulatinamente un sistema mixto, en el cual se conjuga la jurisdicción difusa con una acción directa de inconstitucionalidad, competencia exclusiva de la Corte Suprema.

En Europa, en Alemania aparece la Constitución alemana de Weimar de 1919, en la cual se introdujo un control constitucional que seguía estableciendo una conexión entre la justicia constitucional y el federalismo, igual que en la anterior Constitución de 1871, es decir una aplicación judicial de la Constitución en materia de división territorial del poder. En esta misma época comienza a aparecer la justicia constitucional *concentrada* o modelo europeo, cuyo punto de partida son las Constituciones de Austria y Checoslovaquia en 1920, y luego en España, en 1931, en las cuales se establecieron por primera vez los Tribunales Constitucionales.

Cabe aclarar, en breve que el *modelo concentrado* o europeo es una teoría de justicia constitucional que fue desarrollada por el jurista austriaco Hans Kelsen, 1881-1973. Esta teoría la desarrolla Kelsen luego de analizar el modelo *difuso* o americano y encontrar en él algunas deficiencias estructurales que podrían afectar a la seguridad jurídica, además, la dificultad de un eficiente control constitucional por parte de los jueces, quienes según la tradición cultural jurídica europea estaban sometidos sólo al imperio de la ley y a su

---

<sup>8</sup> Óscar José Dueñas Ruiz. *Lecciones de Teoría Constitucional*. Bogotá-Colombia, Librería Ediciones del Profesional, 2da. edición, 2008. Página 163.

aplicación, siguiendo como ya mencioné, la teoría legalista, y por las necesidades que planteaba el federalismo y el Estado constitucional como Estado de derecho. Lo primordialmente establecido en este modelo es que obligaba a dotar de eficacia jurídica a la Constitución, cuyo control debía ser de competencia especial o jurisdicción del Tribunal Constitucional. Kelsen destaca la supremacía de la Constitución, la cual como norma superior da “validez”<sup>9</sup> y “unidad”<sup>10</sup> a todas las normas del ordenamiento jurídico. Este orden lo compara a una “pirámide jurídica”<sup>11</sup>, cuyas normas se encuentran jerárquicamente entrelazadas por relación de derivación y fundamentación, estableciéndose así una “regularidad jurídica”<sup>12</sup>. Por cuanto, la finalidad de la justicia constitucional es hacer efectiva la exigibilidad jurídica de la Constitución ante los demás órganos del Estado y/o frente a los ciudadanos, en general, es decir, asegurar el imperio de la ley, como única vía posible para alcanzar la democracia y la libertad, establece la necesidad de crear un órgano único especializado de control constitucional compuesto por jueces constitucionales, quienes deben ser los guardianes de la *Ley Fundamental*.

*Por su parte el control concentrado – modelo europeo o kelsiano- tiene como características:*

- *A la inversa del control difuso, éste es ejercido por una jurisdicción única –sea Corte o Tribunal– especialmente creada para ello y por eso es concentrada,*
- *aquí, quien está capacitado procesalmente –es decir legitimado– para demandar una inconstitucionalidad lo hace por vía de acción, dicha pretensión es la principal y única cuestión del proceso;*
- *es abstracto porque el punto por dilucidar es si la ley o una norma jurídica contradice la Constitución; no se trata de un caso particular, concreto. En tales circunstancias, los efectos jurídicos tienen un carácter amplio que alcanza a todos quienes están sometidos a la jurisdicción del Estado, con efectos erga omnes;*
- *suele señalarse que el control concentrado es a priori, en el sentido de que la ley o norma jurídica que se impugna de inconstitucionalidad todavía no está promulgada por lo que no tiene vigencia aún. Esta característica es para determinados sistemas, en la mayoría hay también el control a posteriori.*<sup>13</sup>

---

<sup>9</sup> Hernán Salgado Pesantes. *Manual de justicia constitucional ecuatoriana*. Quito, Corporación Editora Nacional, 2004. Página 28.

<sup>10</sup> *Ibidem*. Página 28.

<sup>11</sup> *Ibidem*. Página 28.

<sup>12</sup> *Ibidem*. Página 28.

<sup>13</sup> *Ibidem*. Página 30.

Cabe mencionar, sin embargo que el sistema kelsiano no será aplicado tan rígidamente como fue inicialmente concebido, es decir, no habrá la separación absoluta entre jurisdicción constitucional y ordinaria, sino más bien una conexión necesaria entre ellas; ni la consideración rígida de que la Constitución como norma superior sólo establecía obligaciones jurídicas para el legislador y tampoco la consideración de que el Tribunal Constitucional debería ser un legislador negativo.

Resaltaré algunas transformaciones y aportes que enriquecieron el modelo kelsiano de justicia constitucional antes de la Segunda Guerra Mundial, pero primero mencionaré que el Tribunal Constitucional checoslovaco de 1921, uno de los primeros tribunales constitucionales, desapareció en 1938 sin haber dictado sentencia alguna. En Austria con la reforma constitucional de 1929 se introdujo la cuestión de inconstitucionalidad que permitía a los Tribunales Supremos, ordinario y administrativo, la facultad de plantear una acción ante el Tribunal Constitucional, estableciéndose así una relación con la jurisdicción ordinaria, la cual desaparece en 1934 a causa de la anexión de Austria a Alemania. En España con la Constitución de 1931 y su ley reguladora de 1933, en la cual se concede al Tribunal de Garantías la competencia sobre los recursos directos de inconstitucionalidad, además, las cuestiones de inconstitucionalidad que cualquier juez o tribunal le plantee y el recurso de amparo para la tutela de los derechos constitucionales, el cual podía ser interpuesto por cualquier ciudadano que creyere lesionado su/s derecho/s. No obstante, estos avances en la justicia constitucional española duraron hasta 1936 a causa de la guerra civil española, 1936-1939. Es decir, el modelo kelsiano, *concentrado* o europeo de justicia constitucional tuvo experiencias no exitosas y de corta duración.

Siguiendo el contexto europeo, la constitución de Weimar de 1919 desaparece en 1933 con el triunfo del nazismo, siendo Suiza, el único control constitucional que se mantuvo desde la Constitución de 1874 hasta finales de la Segunda Guerra Mundial. El control suizo era un control limitado a cuestiones federales y en él “*se creó la queja constitucional o “recours de droit public” para imponer la supremacía del derecho federal sobre los cantonales*”.<sup>14</sup>

---

<sup>14</sup> Norbert Lösing. *La Jurisprudencia Constitucional en Latinoamérica*. Traducido por Marcela Anzola Gil. Madrid, Dykinson S. L., 2002. Página 32.

También, en Norteamérica hubo significativos aportes con ocasión de la política del *New Deal* (nuevo trato) en la presidencia de Roosevelt para combatir la Gran Depresión de 1929, intensificándose la intervención de la *Judicial Review* que "obstaculizó las medidas políticas, hasta cuando el presidente logró la modificación de la jurisprudencia y de la composición misma del Tribunal"<sup>15</sup>. De esta manera se inició en Norteamérica la "era moderna"<sup>16</sup>, ya que este cambio significaba una revolución constitucional resultado de la voluntad popular expresada en las urnas en 1937 y que dejaba atrás la jurisprudencia que se había desarrollado entre 1890 y 1936. Al respecto uno de sus impulsores, el juez Oliver Holmes enfatiza: "La interpretación constitucional no es tanto una cuestión de encontrar el significado del texto; es equilibrar intereses sociales en contra de otros y elegir lo que es mejor para la sociedad"<sup>17</sup>. Holmes da así el inicio a "una interpretación diferente a la cláusula del debido proceso"<sup>18</sup>.

### **1.1.- Período posterior a la Segunda Guerra Mundial:**

#### **1.1.1.- En Europa:**

Luego de la Segunda Guerra Mundial la justicia constitucional experimenta su fortalecimiento a causa de la consolidación del Estado constitucional de derecho en Europa que se impuso sobre el totalitarismo nazi-fascista. Hasta 1960 sólo tres países europeos introdujeron la justicia constitucional kelsiana en sus Constituciones. Austria en 1946 reimplanta el anterior Tribunal Constitucional, Italia en la Constitución de 1947 y la República Federal Alemana en la *Ley Fundamental* de 1949. Alemania y Austria establecieron tribunales constitucionales federales, y en Italia, un regional. No obstante, a su limitación geográfica, se experimentó una fuerte consolidación institucional, por ser considerada como medio único de hacer realidad la supremacía de la Constitución en el ordenamiento jurídico. Cabe aclarar que en Italia se adopta un control constitucional restrictivo que no abarcaba ni la acción directa de inconstitucionalidad, ni el recurso de

---

<sup>15</sup> Óscar José Dueñas Ruiz. *Lecciones de Teoría Constitucional*. Bogotá-Colombia, Librería Ediciones del Profesional, 2da. edición, 2008. Página 162.

<sup>16</sup> *Ibidem*. Página 162.

<sup>17</sup> *Ibidem*. Página 163.

<sup>18</sup> *Ibidem*. Página 163.

amparo para tutelar los derechos constitucionales de los ciudadanos; mientras que en Alemania se dota al Tribunal Constitucional Federal de un ámbito más extenso, como lo veremos más adelante. Cabe señalar que en estos países y como es propio del modelo kelsiano o europeo, el control constitucional de las leyes tendrá efectos anulatorios *erga omnes*.

La posición peculiar de Francia respecto a la justicia constitucional se debe a las experiencias que había tenido de un control más bien político de la Constitución, guiado por la teoría legalista europea. Recién en 1958 se estableció el “*Conseil constitutionnel*”<sup>19</sup>, Consejo Constitucional, al cual se le concedió primeramente el control constitucional *a priori* de las leyes, para irse convirtiendo en un órgano de poder constitucional con presencia real:

*Se ha declarado plenamente competente para censurar leyes contrarias a los derechos y libertades fundamentales. Su primera decisión en este sentido se produjo el 16 de junio de 1971, cuando, en base a una demanda del presidente del Senado, el Consejo se opuso a una ley que no reconocía la libertad de asociación.*<sup>20</sup>

Dentro de esta época, aún a sabiendas de que no pertenece al ámbito europeo, cabe señalar a los Estados Unidos de América, en donde la justicia constitucional alcanza gran importancia gracias a la jurisprudencia de los tribunales Warren y Burger y la interpretación de la Constitución de 1953 a 1969<sup>21</sup>.

Hasta entonces se había consolidado la concepción de que el verdadero Estado constitucional debe ser democrático y de derecho y en el cual la Constitución es “*una verdadera norma superior, capaz de limitar el poder mediante el derecho, de garantizar jurídicamente la soberanía popular y, por ello, de ser fuente inmediata de los derechos de los ciudadanos*”<sup>22</sup> para cuyo cumplimiento se debía establecer un control judicial especial. Sin

---

<sup>19</sup> Norbert Lösing. *La Jurisprudencia Constitucional en Latinoamérica*. Traducido por Marcela Anzola Gil. Madrid, Dykinson S. L., 2002. Página 32.

<sup>20</sup> Óscar José Dueñas Ruiz. *Lecciones de Teoría Constitucional*. Bogotá-Colombia, Librería Ediciones del Profesional, 2da. edición, 2008. Página 159.

<sup>21</sup> Manuel Aragón Reyes. *Estudios de Derecho Constitucional*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2da. edición, 2009. Página 243.

<sup>22</sup> *Ibíd.* Página 245.

embargo, a lo largo del siglo XX seguía siendo punto esencial de discusión el determinar si el control constitucional debía ser o no ser llevado a cabo por un órgano especializado. El *status quo* y el buen funcionamiento del control constitucional *difuso y concentrado* en Europa y América permitió una expansión extraordinaria con nuevos entendimientos jurídicos-hermenéuticos.

En el marco europeo, países como Suecia y Dinamarca, atribuyeron en 1970 el control constitucional a un Tribunal especial. Grecia en 1975 y Bélgica en 1983, reformado en 1989, establecieron, más bien, escasas funciones de control constitucional al órgano supremo de justicia ordinaria. España, con la Constitución de 1978, sigue su mismo modelo *concentrado* que tenía en la Constitución de 1931.

*A los países del este europeo como consecuencia de los procesos de transición a la democracia que experimentan tras la caída del comunismo, y que ha llevado a la creación de Tribunales Constitucionales en la práctica a la totalidad de esos países (Rusia, Polonia, Hungría, República Checa, Eslovenia, etcétera)*<sup>23</sup>.

#### 1.1.2.- En América Latina:

El establecimiento y desarrollo de la justicia constitucional en Europa, en especial en España y en Alemania han ejercido y ejercen una innegable influencia en Latinoamérica. Por ejemplo Ecuador dejándose influenciar por las corrientes europeas a través de la Constitución española de 1931, se inclinó en la Constitución de 1945 por adoptar el modelo kelsiano, lo cual “*significó uno de los primeros ensayos del modelo kelsiano de control concentrado en América Latina*”<sup>24</sup>. Lo mismo ocurrió en otros países latinoamericanos poco tiempo después de haber entrado en vigencia la Constitución española de 1978. Así se menciona el establecimiento de un órgano de control constitucional en Perú en la Constitución de 1979; En Chile 1980, luego de su primera experiencia de 1971 a 1973; en El Salvador en 1982; en Guatemala en 1985, en Costa Rica en 1989; en Colombia, a la cual se le atribuía el modelo mixto de control difuso, estableció desde 1991 un Tribunal Constitucional; en Paraguay en 1992, en Bolivia en 1994; en México, que se ha

---

<sup>23</sup> *Ibíd.* Página 246.

<sup>24</sup> Hernán Salgado Pesantes. *Manual de justicia constitucional ecuatoriana*. Quito, Corporación Editora Nacional, 2004. Página 31.

caracterizado desde el siglo XIX por la acción de amparo, ha introducido desde 1994 algunas reformas que convierten paulatinamente a la Corte Suprema en un Tribunal Constitucional y en Nicaragua en 1995. “Sin embargo, hasta ahora solo en Costa Rica la jurisdicción Constitucional ha ejercido una amplia influencia sobre la vida del Estado similar a la de Alemania o España.”<sup>25</sup>

Otros países de América Latina, como Paraguay que tiene una Sala Constitucional parte del Tribunal Supremo ordinario; Panamá, en donde el control constitucional lo ejerce el Tribunal Supremo en pleno. Argentina, Brasil, Uruguay y Venezuela, en los cuales, como mencioné, se ha venido desarrollando un modelo mixto de control *difuso* y control *concentrado* con declaración de inconstitucionalidad atribuido a la Corte Constitucional.

### 1.1.3.- Características del control constitucional mixto:

Como lo mencioné anteriormente, desde sus comienzos, tanto el sistema *difuso* como el *concentrado* no fueron aplicados tan rígidamente como lo fueron concebidos, más bien, en su desarrollo han sido aplicados conjuntamente y esto ha influenciado en su caracterización. Cabe mencionar algunas transformaciones: Por ejemplo, lo propio del sistema *difuso* que es la aplicación de la Constitución por todos los jueces y tribunales ha sido generalmente aceptada en los países con sistema *concentrado*, aunque, en algunos casos se reserva sólo al Tribunal Constitucional la declaración de inconstitucionalidad de la ley.

En lo que se refiere a los efectos jurídicos, en el sistema *difuso* el efecto “*inter partes*” como declaración de inconstitucional ya no es limitado a las partes “*por el sistema de stare decisis*”<sup>26</sup>, sino que adquiere muchas veces eficacia general. En el sistema *concentrado* la declaración de inconstitucionalidad no es siempre con efectos anulatorios, sino a veces “*de efectos pro futuro o de jurisprudencia prospectiva*.”<sup>27</sup>

---

<sup>25</sup> Norbert Lösing. *La Jurisprudencia Constitucional en Latinoamérica*. Traducido por Marcela Anzola Gil. Madrid, Dykinson S. L., 2002. Página 43.

<sup>26</sup> Manuel Aragón Reyes. *Estudios de Derecho Constitucional*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2da. edición, 2009. Página 247.

<sup>27</sup> *Ibidem*. Página 247.

Al aplicar la Constitución, “la proliferación de sentencias interpretativas (e incluso aditivas y manipulativas)”<sup>28</sup> de control constitucional han transformado el papel de los jueces, “según Kelsen, de que los jueces constitucionales son “legisladores negativos”.<sup>29</sup>

En resumen, hoy en día se podría hablar de la “universalización”<sup>30</sup> de la justicia constitucional con transformaciones que permiten el funcionamiento conjunto del sistema difuso con el concentrado, es decir, un modelo mixto de control de constitucionalidad. Lo esencial de la justicia constitucional es que el órgano de control constitucional, igual cual sea, “sea el intérprete supremo de la Constitución, esto es, la de unificar la interpretación constitucional (que es tanto de la Constitución como la interpretación de la ley) e imponerla, con carácter vinculante, al resto de los órganos judiciales.”<sup>31</sup> Tomando en cuenta que las resoluciones y sentencias de los órganos de justicia constitucional “se caracterizan por repercutir no sólo en el ordenamiento jurídico del país, sino también en el contexto político”<sup>32</sup>.

## 2.- Corrientes constitucionales en Europa y Latinoamérica:

Concretamente me referiré a los modelos constitucionalistas del siglo XX hasta la actualidad. Una de las cualidades intrínsecas del derecho constitucional es la íntima relación entre democracia, gobierno y derecho, y la dificultad para las innovaciones. Roberto Viciano Pastor y Rubén Martínez Dalmau manifiestan:

*En efecto, cuando las innovaciones afectan a la legitimidad del poder público (democracia), al ejercicio de este poder (gobierno) o a la regulación jurídica de ambas cuestiones (Constitución), son poco atractivos los procesos innovadores, en especial cuando el devenir histórico ha enseñado*

---

<sup>28</sup> Ibídem. Página 247.

<sup>29</sup> Hernán Salgado Pesantes. *Manual de justicia constitucional ecuatoriana*. Quito, Corporación Editora Nacional, 2004. Página 18.

<sup>30</sup> Manuel Aragón Reyes. *Estudios de Derecho Constitucional*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2da. edición, 2009. Página 245.

<sup>31</sup> Ibídem. Páginas 247-248.

<sup>32</sup> Hernán Salgado Pesantes. *Manual de justicia constitucional ecuatoriana*. Quito, Corporación Editora Nacional, 2004. Página 19.

que no todo cambio en este campo ha sido para mejor, y que los que lo han sido, no siempre han conseguido consolidarse<sup>33</sup>.

Luego de la Primera Guerra Mundial aparece el constitucionalismo social, el cual en grandes rasgos transformó el Estado *liberal-democrático*<sup>34</sup> de comienzos del siglo XX que resultó de la unión obligada entre los liberales y los demócratas luego del apareamiento del socialismo. Antes de esa unión regía en Europa del siglo XIX el modelo *liberal*<sup>35</sup>, cuya máxima expresión jurídica es la conocida “*Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, de 1789*”<sup>36</sup>. En la cual se encuentra plasmado el pensamiento de Rousseau<sup>37</sup> y del Estado de derecho: “*Toda sociedad en la cual no esté establecida la garantía de los derechos, ni determinada la separación de los poderes, carece de Constitución*”<sup>38</sup>.

---

<sup>33</sup> Corte Constitucional. *El nuevo constitucionalismo en América Latina*. Quito, Corte Constitucional del Ecuador, 2010. Páginas 13-14.

<sup>34</sup> Giovanni Sartori dice: “Decimos democracia para eludir, a grandes rasgos, a una sociedad libre, no oprimida por un poder político discrecional e incontrolable, ni dominada por una oligarquía cerrada y restringida, en la cual los gobernantes responden a los gobernados. Hay democracia cuando existe una sociedad abierta en la que la relación entre gobernantes y gobernados es entendida en el sentido de que el Estado está al servicio de los ciudadanos y no los ciudadanos al servicio del Estado, en el cual el gobierno existe para el pueblo y no viceversa.” Giovanni Sartori, ¿Qué es la democracia?, p. 23, citado por Óscar José Dueñas Ruiz. *Lecciones de Teoría Constitucional*. Bogotá-Colombia, Librería Ediciones del Profesional, 2da. edición, 2008. Página 89.

<sup>35</sup> El filósofo alemán Georg Wilhelm Friedrich Hegel, 1770 – 1831, es uno de los representantes más notables del liberalismo. Según Hegel “por primera vez surgía un concepto de Estado que institucionalizaba la libertad y la igualdad humana”. En la Revolución Francesa se infunde los principios del Estado liberal, se cristalizó un derecho natural moderno, en su época altamente revolucionario, y se propugnó por un individualismo que convirtió en el centro de lo político al ciudadano y en el centro de lo jurídico la autonomía de la persona y esto implicó que el comportamiento del operador jurídico se tornara liberal, mecánico y formalista. *Ibidem*. Página 87.

<sup>36</sup> Ramiro Ávila Santamaría. *Neoconstitucionalismo y Sociedad*. Quito-Ecuador, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008. Página 26. (Cita <sup>27</sup>: Maurizio Firavanti. *Los derechos fundamentales, apuntes de historia de las Constituciones*. Madrid, Trotta, 5ta. edición, 2007, p.139.)

<sup>37</sup> *Ibidem*. Página 27.

<sup>38</sup> *Ibidem*. Página 27.

## 2.1.- *El constitucionalismo social:*

Prácticamente, se podría decir que el constitucionalismo social o *de post-guerra* y la internacionalización del derecho social tuvo sus inicios en Latinoamérica con la Constitución de México de 1917 como resultado de acontecimientos políticos internos, y en Europa occidental luego de la Primera Guerra Mundial con la promulgación de la Constitución alemana en Weimar de 1919, en las cuales se consagra por primera vez el *Estado social de derecho*<sup>39</sup>, por cuanto se protege, además de los derechos fundamentales de la persona -igualdad y libertad-, los derechos laborales y los derechos sociales para las personas que trabajaban en dependencia.

Hablando de derechos laborales, es oportuno mencionar que en este año 1919, el 28 de junio, en virtud del *Tratado de Paz de Versalles* se creó la Organización Internacional del Trabajo (OIT) como organismo especializado para los asuntos del trabajo y las relaciones laborales, y la Sociedad de Naciones (SDN), antecedente de la Naciones Unidas (ONU), para restablecer las relaciones internacionales en aras de la paz. “*Las primeras transformaciones jurídicas se plasmaron en el ámbito constitucional* <sup>(41)</sup> *y luego en el ámbito internacional* <sup>(42)</sup>. En lo que Bobbio describiría como el proceso de positivización, generalización e internalización, que conduce a la especificación <sup>(43)</sup>”<sup>40</sup>. A estos avances constitucionales les sigue la Constitución española de la 2da. República de 1931, de poca duración a causa de la guerra civil española, como lo mencioné anteriormente.

Cabe anotar que el Estado social de derecho o Estado de bienestar nace de la burguesía europea como una estrategia para evitar el triunfo y la propagación del socialismo que estaba en auge en Europa. Al respecto se hace una referencia concreta al informe

---

<sup>39</sup> Si la Constitución protege solo los derechos de igualdad y de libertad se está ante una Constitución que establece el *Estado de derecho*. Si fuera de protegerse los derechos de libertad y de igualdad, también se consagran y protegen los llamados derechos prestacionales, es decir los derechos sociales, económicos y culturales, se está ante una Constitución que respeta el *Estado social de derecho*. Óscar José Dueñas Ruiz. *Lecciones de Teoría Constitucional*. Bogotá-Colombia, Librería Ediciones del Profesional, 2da. edición, 2008. Página 91.

<sup>40</sup> Ramiro Ávila Santamaría. *Neoconstitucionalismo y Sociedad*. Quito-Ecuador, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008. Página 32. (Cita <sup>41</sup>: *Constitución de México, 1917; de Weimar, 1919; de la Unión Soviética, 1917*. Cita <sup>42</sup>: *Instrumentos jurídicos de la OIT, 1919; Instrumentos del sistema de Naciones Unidas (1945) y del sistema de Estados Americanos (1948)*. Cita <sup>43</sup>: Norberto Bobbio. *El tercero ausente*. Ediciones Cátedra, Madrid, 1997, p.170.)

presentado por el canciller alemán Otto Bismark en 1881 ante el Parlamento alemán, en el cual se planteaba la creación de los seguros sociales, en especial de riesgos de trabajo y de las pensiones “*para evitar según sus palabras, que los obreros cayeran en las garras del socialismo*”<sup>41</sup>. Sin embargo, la Constitución alemana de Weimar de 1919 fue vista sólo como un simple catálogo de buenos propósitos, por cuanto faltaron mecanismos adecuados que realmente los garantice y los lleve a la práctica. La falta de identificación del pueblo alemán con ella, la falta de presupuestos adecuados para hacerla cumplir y la falta de medios reales para enfrentar la crisis económica de 1929 – la quiebra de empresas, el creciente desempleo y la inflación-, fueron terreno ideal para que los nacionalsocialistas (NSDAP) liderados por Adolf Hitler tomaran el poder y se llegara posteriormente, como nos es conocido, a la catastrófica Segunda Guerra Mundial.

El constitucionalismo social en Europa se consolidó después de la Segunda Guerra Mundial y a través de él se pretendía disminuir las desigualdades sociales imperantes por medio de mecanismos adecuados de redistribución de los rubros presupuestarios para ejecutar determinadas políticas sociales que garanticen el bienestar del pueblo en general. Al respecto, cabe mencionar el Informe Beveridge de Churchill en noviembre de 1942 durante la Segunda Guerra Mundial “*que propugnaba por la universalidad de la seguridad social y la destinación de buena parte del presupuesto nacional para salud, seguro de desempleo, auxilio a la maternidad y el primer pilar de las pensiones*”<sup>42</sup>. En fin, el constitucionalismo social en su esencia “*entiende que no puede consolidarse un modelo democrático de Estado sin un pacto de redistribución de la riqueza entre las clases dominantes y las dominadas*”<sup>43</sup> Para lograr este objetivo y garantizar ante los jueces la exigibilidad de los derechos fundamentales, llamados derechos de primera generación y de los derechos sociales, económicos y culturales, llamados también derechos de segunda generación, se los integró en algunas Constituciones. Sin embargo, la *Ley Fundamental* de la República Federal Alemana de 1949, hasta ahora vigente con algunas modificaciones necesarias consagró en

---

<sup>41</sup>Oscar José Dueñas Ruiz. *Lecciones de Teoría Constitucional*. Bogotá-Colombia, Librería Ediciones del Profesional, 2da. edición, 2008. Página 93.

<sup>42</sup> *Ibíd.* Página 93.

<sup>43</sup> Corte Constitucional. *El nuevo constitucionalismo en América Latina*. Quito, Corte Constitucional del Ecuador, 2010. Página 17.

su artículo 20 que “*La República Federal Alemana es un Estado federal democrático y social*”<sup>44</sup> y en ella se reconoció solo aquellos derechos fundamentales, genuinos y exigibles, de los cuales podía garantizar su cumplimiento para hacerlos efectivos, con el fin de evitar que sea vista como un simple catálogo de buenos propósitos como la anterior Constitución.

Siguiendo el ejemplo mexicano o europeo (Alemán de la República de Weimar de 1919 o Español de 1931) que han influenciado mucho, algunos países de América Latina incorporaron en sus Constituciones los derechos sociales y económicos, en especial, los referentes al trabajo y a las relaciones laborales, así Ecuador 1929, en Perú en 1933, en Uruguay en 1934, en Cuba en 1940, en Brasil en 1946, en Argentina en 1949 y en 1957, entre otros. Además, a nivel internacional, en 1948 se expidió la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* y la Convención contra el Genocidio, en 1949 se actualizaron las normas del Derecho Internacional Humanitario y en 1953 se expidió la Convención Europea de los Derechos Humanos y otras resoluciones y declaraciones sobre los derechos humanos que aparecerán sucesivamente<sup>45</sup>.

Hasta los años sesenta el constitucionalismo social se había extendido notablemente en Europa occidental y en América Latina, alcanzando de esta manera su máxima expresión en esta década. Parecía ser que el Estado social de derecho sería un buen compromiso entre el capital y el trabajo y la mejor forma de brindar bienestar al pueblo. Sin embargo, esta tarea exigía una amplia intervención estatal, tanto normativa, como en la realización de actividades dirigidas a la protección social, llegando a hablarse de la “*economía social de mercado*”<sup>46</sup>. Esta política intervencionista fue criticada fuertemente por la “*sobrerregulación estatal que afectaba a la libertad*”<sup>47</sup>, como por su “*excesivo costo e ineffectividad redistributiva*”<sup>48</sup>.

---

<sup>44</sup> *Grundgesetz /Ley Fundamental. Basistexte Öffentliches Recht / Textos básicos de Derecho público.* Múnich, Beck-textos en dtv., 9. edición, 2008, Art. 20.

<sup>45</sup> Ramiro Ávila Santamaría. *Neoconstitucionalismo y Sociedad.* Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. 2008. Página 38.

<sup>46</sup> Manuel Aragón Reyes. *Estudios de Derecho Constitucional.* Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2da. edición, 2009. Página 420.

<sup>47</sup> Óscar José Dueñas Ruiz. *Lecciones de Teoría Constitucional.* Bogotá-Colombia, Librería Ediciones del Profesional, 2da. edición, 2008. Página 94.

<sup>48</sup> *Ibíd.* Página 94.

Al respecto y refiriéndose a Latinoamérica, Ramiro Ávila Santamaría dice: “Sin embargo, estas normas seguirán siendo harto ambiguas, particularmente las que tratan sobre derechos sociales, y no se desarrollarán en forma consistente en el ámbito legislativo”<sup>49</sup>.

Este intervencionismo estatal conllevó a un distorcionamiento del mercado, a causa de problemas de ineficacia administrativa y económica que condujeron a la crisis fiscal en los años setenta y por consiguiente a la disminución de los rubros presupuestarios, lo cual impidió que se siga realizando actividades de protección social.

Como respuesta a esta crisis surgieron propuestas neoliberales que pusieron en duda la relación entre el Estado, la sociedad y el derecho y “más relevante quizás fue la confirmación de la idea de **que no pueden conciliarse libertad y Estado «total»**”<sup>50</sup>. Al imponerse estas ideas se comenzó a otorgar mayor libertad de actuación a la iniciativa privada, en especial, en el desarrollo de su capacidad en el ámbito económico. Por su parte, el Estado trataba de asegurar marginalmente la protección de los derechos sociales consagrados en la Constitución con prestaciones sociales básicas, es decir, mínimas, floreciendo así en la década de los ochenta el *sistema de libre mercado*<sup>51</sup>, el mismo que se reforzó con la caída del muro de Berlín y del bloque socialista y contribuyó paulatinamente a la disminución de la seguridad social y desmantelamiento paulatino de los beneficios prestacionales.

---

<sup>49</sup> y continúa explicando que en el sistema jurídico de un país se podrá encontrar que las normas existentes tienen relación con la propiedad y la autonomía de la voluntad en diversas esferas y ámbitos. Las normas relacionadas con los derechos humanos estarán meramente en la constitución y en algunas normas secundarias. La explicación de este fenómeno lo encontramos sin duda en la cultura jurídica. La enseñanza de los derechos humanos será excepcional en las facultades. La cultura jurídica es positivista, conservadora y civilista. Positivista porque la teoría jurídica se basa en la validez formal de la norma, en la concepción de un sistema jurídico completo y en la interpretación basada en la exégesis de las normas. Conservadora porque rinde tributo a la historia y a la voluntad mítica de un legislador ancestral. Civilista porque la columna vertebral del estudio del derecho es el Código Civil que, como hemos afirmado, tiene como objeto de estudio la autonomía de la voluntad y la propiedad privada. Ramiro Ávila Santamaría. *Neoconstitucionalismo y Sociedad*. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. 2008. Página 38.

<sup>50</sup> Manuel Aragón Reyes. *Estudios de Derecho Constitucional*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2da. edición, 2009. *Ibidem*. Página 420.

<sup>51</sup> Óscar José Dueñas Ruiz. *Lecciones de Teoría Constitucional*. Bogotá-Colombia, Librería Ediciones del Profesional, 2da. edición, 2008. Página 93.

Al referirse a esta década Óscar José Dueñas Ruiz dice:

*Pero la ilusión se desmorona cuando se constata que ese neoliberalismo crea un panorama sombrío especialmente para las cada vez más empobrecidas masas marginales y se comienza a comprender **que la democracia y libre mercado son términos antagónicos** y entonces se plantea nuevamente el contenido esencial de ese constitucionalismo de la postguerra conocido como Estado social de derecho<sup>52</sup>.*

## 2.2.- *El neoconstitucionalismo:*

Antes de tratar el tema, cabe mencionar, la diferencia presentada entre el neoconstitucionalismo y el nuevo constitucionalismo por Roberto Viciano y Rubén Martínez. Para quienes el neoconstitucionalismo es una teoría del Derecho y no una teoría de la Constitución, porque “*su fundamento es el análisis de la dimensión positiva de la Constitución, para lo cual no es necesario el análisis de la legitimidad democrática y de la fórmula a través de la cual la voluntad constituyente se traslada a la voluntad constituida*”<sup>53</sup>. Sin embargo, el nuevo constitucionalismo es una teoría de la Constitución que “*asume las posiciones del neoconstitucionalismo sobre la necesaria impregnación constitucional del ordenamiento jurídico, pero su preocupación no es sólo la dimensión jurídica de la Constitución, sino, en primer orden su legitimidad democrática*”<sup>54</sup>, a fin de garantizar la soberanía popular, es decir, la voluntad del poder constituyente.

El neoconstitucionalismo europeo comienza a surgir en la década de los años setenta, posterior al auge del constitucionalismo social, como teoría garantista y pretende convertir al Estado de derecho<sup>55</sup> en el Estado Constitucional de Derecho<sup>56</sup>, y según Carbonell:

---

<sup>52</sup> *Ibidem*. Página 93.

<sup>53</sup> Corte Constitucional. *El nuevo constitucionalismo en América Latina*. Quito, Corte Constitucional, 2010, Página 17.

<sup>54</sup> *Ibidem*. Página 18.

<sup>55</sup> Dentro del lenguaje común y corriente, en Europa se sigue hablando de Estado de derecho, algo que sería en algunos países de Latinoamérica como Estado Social de Derecho. Por eso, en el proyecto de Constitución europea y en el Tratado de Lisboa se dice que el viejo continente respeta el Estado de derecho. Lo anterior permite afirmar que los europeos tuvieron o tienen simpatía por un modelo que ellos califican como el Estado del Bienestar y que no le dan tanta transcendencia al término Estado social de derecho. Óscar José

*Se trata de Constituciones que no se limitan a establecer competencias o a separar los poderes públicos, sino que contiene altos niveles de normas materiales y sustantivas que condicionan la actuación del Estado por medio de la ordenación de ciertos fines y objetivos. Además estas Constituciones contienen amplios catálogos de derechos fundamentales, lo que viene a suponer un marco de relaciones entre el Estado y los ciudadanos muy renovado, sobre todo por la profundidad y el grado de detalle de los postulados constitucionales que recogen tales derechos<sup>57</sup>.*

Y cita como ejemplo: la Constitución española de 1978 y en Latinoamérica, la Constitución brasileña de 1988 y la colombiana de 1991<sup>58</sup>. Desde la entrada en vigencia de estas Constituciones se ha modificado en forma notable la práctica jurisprudencial de los órganos constitucionales, tribunales o cortes constitucionales y los jueces y magistrados han tenido que emplear en el razonamiento judicial otras:

*técnicas interpretativas propias de los principios constitucionales, como la ponderación, la proporcionalidad, la razonabilidad, la maximación de los efectos normativos de los derechos fundamentales, el efecto de irradiación, la proyección horizontal de los derechos (a través de la drittwirkung), el principio pro personae, etcétera.<sup>59</sup>*

El fin es aplicar en forma justificada los contenidos normativos en casos concretos, a fin de ejercer su función de acuerdo a las nuevas exigencias constitucionales. Según Miguel Carbonell:

*En el paradigma neoconstitucional los jueces cobran gran relevancia, pues el ordenamiento jurídico debe estar garantizado en todas sus partes a través de mecanismos jurisdiccionales. Del mismo modo que la Constitución del neoconstitucionalismo es una Constitución “invasora” o “entrometida” (según Ricardo Guastini), también la tarea judicial tiene que ver con muchos aspectos de la vida social. El neoconstitucionalismo genera una explosión de la actividad judicial*

---

Dueñas Ruiz. *Lecciones de Teoría Constitucional*. Bogotá-Colombia, Librería Ediciones del Profesional, 2da. edición, 2008. Página 91.

<sup>56</sup> Corte Constitucional. *El nuevo constitucionalismo en América Latina*. Quito, Corte Constitucional, 2010, Página 17.

<sup>57</sup> Miguel Carbonell. *Neoconstitucionalismo y derechos fundamentales*. Quito, Librería jurídica Cevallos, 2010. Páginas 24-25.

<sup>58</sup> *Ibidem*. Página 25.

<sup>59</sup> *Ibidem*. Página 25.

y comporta o requiere de algún grado de activismo judicial, en buena medida superior al que se había observado anteriormente.<sup>60</sup>

Entre las características del neoconstitucionalismo, mencionan R. Viciano y R. Martínez:

*Una Constitución invasora, la positivización de un extenso catálogo de derechos, por la omnipresencia en la Constitución de principios y reglas y por la determinación de que la interpretación y aplicación de las normas constitucionales no puede ser la misma que la de las normas legales (Comanducci, 2003:83). Se trata en definitiva de recuperar la centralidad de la Constitución en el ordenamiento jurídico y de fortalecer su presencia determinante en el desarrollo e interpretación del mismo*<sup>61</sup>.

Si bien algunas de estas características comenzaron ya a aparecer desde principios del siglo XX. Sin embargo, lo novedoso del neoconstitucionalismo es la combinación de estos elementos y los efectos de su funcionamiento, a esto se suman las aportaciones teóricas de autores como Robert Alexy, Luis Roberto Barroso, Miguel Carbonell, Ronald Dworkin, Luis Ferrajoli, Carlos Nino, Luis Prieto Sanchís, Gustavo Zagrebelsky, entre otros, que contribuyen no sólo a explicar los fenómenos jurídicos, sino a crearlos, o como Luigi Ferrajoli señala: “la ciencia jurídica no tiene una función meramente contemplativa de su objeto de estudio, sino que contribuye de forma decisiva a crearlo y, en este sentido, se constituye como una especie de meta-garantía del ordenamiento jurídico en su conjunto”<sup>62</sup>.

Este proceso ha influenciado de alguna manera en los ordenamientos jurídicos contemporáneos que se han sido modificados hasta guardar una cierta relación con el fenómeno denominado “*constitucionalización del ordenamiento jurídico*” que de acuerdo a Riccardo Guastini se entiende por:

*Un proceso de transformación de un ordenamiento, al término del cual, el ordenamiento en cuestión resulta totalmente impregnado por las normas constitucionales. Un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una Constitución extremadamente invasora, entrometida,*

---

<sup>60</sup> *Ibíd.* Página 26.

<sup>61</sup> Corte Constitucional. *El nuevo constitucionalismo en América Latina*. Quito, Corte Constitucional, 2010, Página 18.

<sup>62</sup> Miguel Carbonell. *Neoconstitucionalismo y derechos fundamentales*. Quito, Editora jurídica Cevallos, 2010. Página 28.

*capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos así como las relaciones sociales*<sup>63</sup>.

### **2.3.- *El nuevo constitucionalismo latinoamericano:***

En cambio el nuevo constitucionalismo busca analizar en primer lugar la legalidad de la Constitución y luego el grado de efectividad de su normatividad con relación a la funcionalidad. Según esta teoría, el Estado constitucional sólo puede ser regido por una Constitución legitimada directamente por el pueblo, es decir, ser fruto del mandato del poder constituyente, el mismo que reside en el pueblo y ser la traslación fiel de la voluntad popular, de tal manera que cualquier alteración de las normas constitucionales garantice la voluntad de la soberanía popular. Sin embargo, según el nuevo constitucionalismo, si bien se debe seguir un procedimiento constituyente adecuado y establecer los mecanismos para garantizar la efectividad y normatividad de la Constitución.

*El nuevo constitucionalismo debe ser coherente con su fundamentación democrática, es decir, que debe generar mecanismos para la directa participación política de la ciudadanía, debe garantizar la totalidad de los derechos fundamentales incluidos los sociales y económicos, debe establecer procedimientos de control de la constitucionalidad que puedan ser activados por la ciudadanía y debe generar reglas limitadas del poder político, pero también de los poderes sociales, económicos o culturales que, producto de la historia, también limitan el fundamento democrático de la vida social y los derechos y libertades de la ciudadanía.*<sup>64</sup>

De este modelo se desprende el nuevo constitucionalismo latinoamericano que ha sido desarrollado por Boaventura de Sosa Santos, Luis Macas, Ramiro Ávila, entre otros, y que es considerado como el resultado de procesos históricos-culturales y luchas propias de la región en busca de la construcción de un nuevo Estado que viene acompañado de profundos cambios.

Sin dejar de reconocer el aporte valioso del neoconstitucionalismo y del nuevo constitucionalismo europeos, este último ha sido ajustado a la realidad latinoamericana por

---

<sup>63</sup> (Cita <sup>13</sup>: Riccardo Guastini. *Estudios de teoría constitucional*. México, IJ-UNAM, Fontamara, 2007, p.153) *Ibidem*. Página 31.

<sup>64</sup> Corte Constitucional. *El nuevo constitucionalismo en América Latina*. Quito, Corte Constitucional, 2010. Página 19.

las diferencias estructurales con estos países. Por cuanto, la realidad latinoamericana tiene en sus comienzos la etapa colonialista, en la cual se sometió a nuestros países a sistemas jurídicos y políticos ajenos a nuestras realidades. Sistemas que desconocían los derechos de la población originaria para la satisfacción de sus fines y que han dado lugar a la segregación y exclusión tradicional de las poblaciones originarias de nuestros países. Bajo este cuestionamiento, el nuevo constitucionalismo latinoamericano trata de evitar el trasplante de soluciones jurídicas preconcebidas y pretende más bien considerar otros aspectos propios de la región como la plurinacionalidad y la interculturalidad.

Al respecto Santamaría, siguiendo a Boaventura de Sousa Santos, describe algunas características propias del nuevo constitucionalismo latinoamericano, que vale mencionarlas:

*(1) en los movimientos sociales hay nuevos lenguajes, narrativas, imaginarios, problemas y propuestas de solución; (2) hay nuevos actores y prácticas transformadoras (que no existen en los países hegemónicos, tales como las asambleas constituyentes y presupuestos participativos); (3) hay nuevas formas -para la teoría política hegemónica- y culturas de organización, como la democracia comunitaria; (4) hay una nueva territorialidad, las resistencias locales revalorizan el territorio y la tierra, con un sentido cultural por sobre el patrimonial; (5) hay una tendencia a la desmercantilización y se desarrolla una nueva teoría sobre la relación entre Pachamama y el ser humano, que es base para un nuevo y distinto modelo de desarrollo; (6) las luchas son por la distribución, reconocimiento y representación simultáneamente y no como conquistas logradas; (7) se comienza a valorar otros saberes distintos a los científicos como formas de conocimiento y relacionamiento con el “otro” como la espiritualidad (ritos)<sup>65</sup>*

Este modelo ha sido asumido a partir de la década de 1990 por algunos países en América Latina, como por ejemplo, Colombia en 1991, Venezuela en 1999, Bolivia en el 2009 y Ecuador en 1998 y el 2008. El objetivo de este ajuste es encontrar otras manifestaciones normativas e institucionales adecuadas a nuestra propia realidad, utilizando para ello nuevas fuentes de conocimiento y creando nuevas formas de organización política para “*la construcción de un nuevo Estado que aún no estamos en condiciones de materializar<sup>66</sup>”*.

---

<sup>65</sup> Ramiro Ávila Santamaría. *El neoconstitucionalismo transformador, el Estado y el derecho en la Constitución de 2008*. Quito, Ediciones Abya-Yala, 2011. Página 80.

<sup>66</sup> *Ibidem*. Página 79.

## CAPÍTULO II

### CONTEXTO POLÍTICO-SOCIAL EN ALEMANIA Y LA EVOLUCIÓN DEL CONTROL CONSTITUCIONAL

*Después de haberse desarrollado el estado como es en la actualidad, resultado de las guerras religiosas del siglo 16 y 17, se cuestionó la pregunta de un orden racional basado en principios, es decir, consciente y planificado; en breve, el cuestionamiento sobre una constitución. Por cierto, el estado anterior no carecía de una constitución, pero la constitución sólo era una mera «institutio», es decir, desarrollada históricamente, de alguna manera, en su mayoría en forma contractual, orientada en el derecho natural o también sólo el resultado de una división de poderes bajo las fuerzas existentes. En este sentido tenían todos los estados una constitución, pues un estado sin constitución sería, como Jellinek lo anota, anarquía<sup>67</sup>.*

No obstante, parte de la Confederación Germánica, concretamente lo que ahora es la República Federal Alemana, hizo su primer intento a través de la Constitución de la Iglesia de San Pablo en Fráncfort en 1849, la cual marca un hito importante en el desarrollo constitucional, especialmente, en lo que refiere a los derechos fundamentales. Y además, fue la primera Constitución en conceder al Tribunal Supremo del Imperio (*Reichsgericht*) la función que “no sólo debía dirimir los litigios que se presentaban en la organización del estado (jurisdicción constitucional en sentido estricto), sino también asumir en particular la defensa de los derechos constitucionales del ciudadano (recursos de amparo).”<sup>68</sup> .

Si bien esta Constitución no entró en vigencia, sin embargo, al hablar de la evolución jurídica del control de constitucionalidad se hace hincapié en que “la Corte Constitucional Federal es la culminación de un proceso histórico que reconoce su primer antecedente en Alemania en la Constitución de 1849, si bien en esa oportunidad no pudo materializarse.”<sup>69</sup>

Posteriormente, en la Constitución del Imperio Alemán de 1871, la jurisdicción constitucional estuvo en manos del Consejo del Imperio que era un órgano constitucional

---

<sup>67</sup> Klaus Stern: *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland / El Estado de Derecho de la República Federal Alemana*. Traducción propia. Múnich, Editorial C. H. Beck'schen, 2da. edición, 1984. Página 61.

<sup>68</sup> Rupert Scholz. “Alemania: cincuenta años de Corte Constitucional Federal”. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Edición 2002, Montevideo, 2002, pág. 59.

<sup>69</sup> *Ibidem*. Página. 59.

de naturaleza esencialmente política. El Consejo del Imperio estaba conformado por los representantes de los gobiernos de los 25 estados (*Länder*). En esta Constitución, las competencias del Consejo del Imperio eran más amplias que las del Parlamento. Los miembros del Consejo del Imperio tenían voz y voto en la concesión de todas las leyes aprobadas y en la autorización del presupuesto, además, en la aprobación de determinados actos oficiales del emperador, como por ejemplo, la disolución del Parlamento del Imperio y en el caso de declaración de guerra. “Adicionalmente, le competía numerosas funciones administrativas, y de mediación en caso de desacuerdos en materia de derecho constitucional entre los estados federales individuales y dentro de un estado miembro”<sup>70</sup>. No obstante, esta Constitución se limitaba a la determinación de la organización estatal. En ella faltó la parte de los derechos fundamentales.

## **1.- La Constitución del Imperio Alemán en Weimar, 1919:**

*La historia de la República de Weimar no se puede comprender sin mirar el desarrollo de la sociedad alemana en la Primera Guerra Mundial. En esos años se agudizaron las tensiones sociales y los conflictos que trajeron consigo mismo la rápida industrialización y modernización. En la República de Weimar no se tenía que crear un nuevo ordenamiento político, sino, también, integrar nuevamente una sociedad totalmente destrozada.*<sup>71</sup>

A finales de la Primera Guerra Mundial y bajo la presión de la Revolución de Noviembre de 1918 que se organizó como protesta a causa de las consecuencias de la Primera Guerra Mundial, el Parlamento del Imperio decidió convocar a elecciones para la Asamblea Nacional constituyente, las cuales se llevaron a cabo el 19 de enero de 1919. La Asamblea Nacional constituyente nombró a Federico Ebert (1871 – 1925), como el primer Presidente del Imperio el 11 de febrero de 1919.

---

<sup>70</sup> *Die Verfassung des Deutschen Reiches/ La Constitución del Imperio alemán.* Traducción propia. <http://www.dhm.de/lemo/html/kaiserreich/innenpolitik/verfassung/> Acceso: 25.06.2013.

<sup>71</sup> Herbert Landau. “La evolución de los derechos humanos en la jurisprudencia de la Corte Constitucional Federal y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.” *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2008*, Montevideo, Konrad Adenauer Stiftung e.V., 14avo. año, 2008. Página 21.

Gracias al trabajo anticipado de Hugo Preuss<sup>72</sup> y de los asesores técnicos responsables en el Ministerio de Interior del Imperio, la Asamblea Nacional pudo comenzar inmediatamente con el asesoramiento de la Constitución y concluir en un período tan corto, del 24 de febrero al 31 de julio de 1919. El 11 de agosto firmó el Presidente del Imperio la Constitución de Weimar y el 14 de agosto entró en vigencia con su publicación.<sup>73</sup>

Además de la Constitución, la Asamblea Nacional tuvo que cerrar el convenio de paz. Un mes antes, el 28 de junio, se acababa de firmar el *Tratado de Paz de Versalles* para el restablecimiento oficial de la paz entre Alemania y los Aliados, el mismo que entró en vigencia el 10 de enero de 1920.

El sistema de gobierno que se adoptó para el Imperio Alemán en 1919 fue un gobierno democrático presidencial-parlamentario, conocido más tarde como República de Weimar.<sup>74</sup> El imperio se componía de los territorios de los estados alemanes (Länder), los cuales debían tener constituciones democráticas e independientes. No obstante, el derecho del imperio prevalecía sobre el de los estados y, a no ser que se disponga otra cosa, las leyes del imperio tenían que ser ejecutadas por las autoridades de los estados. El gobierno del imperio conservaba el derecho al veto en leyes relacionadas con algunas materias de interés colectivo y, siempre que estimare necesario, podía establecer normas uniformes referentes al bienestar general y a la defensa del orden y seguridad públicos.

---

<sup>72</sup> Padre de la Constitución: El jurista liberal Hugo Preuss fue el creador de la Constitución del Imperio de Weimar, aun cuando su bosquejo no fue acogido en su totalidad. Sobre todo sus sugerencias sobre la organización del Estado federal no fueron recibidas por los gobiernos del sur de Alemania. Preuss no era, por cierto, un anti federalista, pero su concepción estaba marcada de un fuerte unitarismo. Albert Funk. *Föderalismus in Deutschland vom Fürstenbund zur Bundesrepublik / El Federalismo en Alemania, de la federación de los principados hasta la República federal*. Traducción propia, Bonn, bpb: Bundeszentrale für politische Bildung, tomo: 1907, 2010. Página 253.

<sup>73</sup> Ursula Büttner. *Weimar. Die überforderte Republik 1918-1933 / Weimar. La República sobrecargada 1918-1933*. Traducción propia. Bonn, bpb: Bundeszentrale für politische Bildung, Volumen 729, 2010. Página 112.

<sup>74</sup> El nombre de República de Weimar es un término aplicado por la historiografía posterior, puesto que el país conservó su nombre de Deutsches Reich («Imperio alemán»). La denominación procede de la ciudad homónima, Weimar, donde se reunió la Asamblea Nacional constituyente. *La República de Weimar*. <http://www.tatsachen-ueber-deutschland.de/es/historia-y-presente/main-content-03/1919-1933-la-republica-de-weimar.html> Acceso: 21.07. 2013.

Los órganos constitucionales del Imperio Alemán fueron el Parlamento del Imperio, el Presidente y el Gobierno del Imperio, el Consejo del Imperio y el Tribunal de Estado para el Imperio. Me referiré a este último.

### ***1.1.- Tribunal de Estado como órgano de jurisdicción constitucional:***

En conformidad con lo dispuesto en la Constitución, se crea, por primera vez, un tribunal especializado: El Tribunal de Estado para el Imperio Alemán, al cual se le confirió la resolución de las cuestiones constitucionales dentro de cada estado, en los cuales no hubiera jurisdicción competente para resolverlas, así como cualquiera otra que no sea de derecho privado entre los diferentes estados o entre un estado y el imperio, a petición de las partes y siempre que no hubiera otra jurisdicción que sea competente.<sup>75</sup> Además, era competente para resolver las acusaciones propuestas por el Parlamento del Imperio en contra del Presidente, del Canciller o de los ministros del Imperio por una violación punible de la Constitución o una ley del Imperio.<sup>76</sup>

Si bien, hubo la posibilidad del control constitucional abstracto de las normas jurídicas en caso de duda sobre la compatibilidad entre el derecho de los estados y del imperio, pero era competencia del Tribunal Supremo del Imperio.<sup>77</sup>

La administración de justicia, en general, se regía todavía bajo el principio legalista del Art. 102 de la Constitución del Imperio alemán: “*Los jueces son independientes y no están sometidos más que a la ley.*”<sup>78</sup>

### ***1.2.- Derechos fundamentales:***

Como había señalado al hablar sobre el constitucionalismo social, la Constitución del Imperio Alemán en Weimar es una de las pioneras del Estado social de derecho y por lo

---

<sup>75</sup> *Constitución del Imperio Alemán, de 11 de agosto de 1919.* Textos Constitucionales españoles y extranjeros, Zaragoza, Athenaeum, 1930. Art. 19.

<sup>76</sup> *Ibidem.* Art. 59.

<sup>77</sup> *Ibidem.* Art. 13.

<sup>78</sup> *Ibidem.* Art. 102.

tanto del constitucionalismo social a nivel mundial. En ella se estableció, por primera vez en forma oficial, el Estado de bienestar en Alemania. El avance de esta Constitución es de notable importancia. Ella contiene un amplio catálogo -66 artículos- sobre derechos fundamentales. En la segunda parte, del Art. 109 hasta el 165 se refiere particularmente a los «*Derechos y deberes fundamentales de los alemanes*», los cuales estaban debidamente divididos en secciones: La persona individual, la vida social, religión y confesiones religiosas, educación y enseñanza, y la vida económica<sup>79</sup>.

Alemania, como los demás países europeos, estaba atravesando por una situación muy crítica a consecuencia de la guerra. Los más afectados fueron los trabajadores, quienes vivían en una situación económica deprimente, lo que condujo a que se redefina la idea de igualdad social absoluta. Razón está, por la cual se reconoce en la OIT, como instrumento internacional, y en esta Constitución los derechos de segunda generación (derechos sociales, culturales y económicos) y se establece de esta manera los principios del derecho social.

*Algunas de las constituciones de los Estados alemanes surgidas en el siglo XIX preveían garantías de los derechos cívicos y la Constitución de Weimar, de 1919, contenía un amplio catálogo de derechos fundamentales. Sin embargo, la eficacia positiva de esas garantías era escasa. Ni la jurisprudencia ni la doctrina jurídica realizaron mayores esfuerzos para hacer cumplir las disposiciones de la Constitución de Weimar sobre los derechos fundamentales en su carácter de derechos subjetivos.*<sup>80</sup>

### **1.3.- Modificación de la Constitución:**

La reforma de la Constitución podía hacerse mediante una ley individual de carácter constitucional y no necesitaba efectuarse en la Constitución. Tanto el Parlamento del Imperio, como el Consejo del Imperio y el pueblo -a través de una consulta popular-

---

<sup>79</sup> *Ibidem.* Arts. 109 – 165.

<sup>80</sup> Herbert Landau. “La evolución de los derechos humanos en la jurisprudencia de la Corte Constitucional Federal y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.” *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2008*, Montevideo, Konrad Adenauer Stiftung e.V., 14avo. año, 2008. Página 403.

podían reformar la Constitución. Según el Art. 76<sup>81</sup>, la Constitución podía ser reformada por vía legislativa. No obstante, se necesitaba la asistencia de los dos tercios de los miembros del Parlamento del Imperio y la aprobación de por lo menos los dos tercios de los presentes. También los acuerdos de reforma constitucional del Consejo del Imperio requerían una mayoría de dos tercios de los votos emitidos. Si la reforma de la Constitución se la hacía a través de un referéndum, era necesaria la aprobación de la mayoría de los electores. Cuando el Parlamento del Imperio aprobaba una reforma contra veto del Consejo del Imperio, el Presidente del Imperio no podía promulgar la ley, si, en un término de dos semanas, el Consejo del Imperio solicitase una consulta popular.

El Parlamento del Imperio podía, además, aprobar reformas constitucionales temporales, como ya lo había hecho a través de las Leyes habilitantes<sup>82</sup> de 1919 a 1924 y luego en 1933<sup>83</sup>, en las cuales se podía traspasar temporalmente la competencia de legislar del Parlamento al Gobierno del Imperio.

*La crisis económica en Alemania tomó desde la mitad de 1930, cada vez peor, una magnitud dramática y se degeneró en el transcurso de los próximos tres años en una crisis estatal que encaminó la República a su fin. El número de los desempleados subió sobre los seis millones, la*

---

<sup>81</sup> *Constitución del Imperio Alemán, de 11 de agosto de 1919.* Textos Constitucionales españoles y extranjeros, Zaragoza, Athenaeum, 1930. Art. 76.

<sup>82</sup> Ley de los plenos poderes o Ley habilitante, es una ley que habilita a un órgano del Estado que normalmente no es competente, algo así como al Gobierno del Imperio o a un Ministro del Imperio, a decretar reglamentos legales. Ermächtigungsgesetz/Ley habilitante. *Enciclopedia: Die Grosse Bertelsmann.* Traducción propia. Tomo 4, Deu-Fat, Gütersloh, Bertelsmann Lexikothek Verlag GmbH, 1990. Página 291.

<sup>83</sup> La ley habilitante más importante y de las más graves consecuencias, luego de ser sancionada como norma legal que incluso se calificaba así mismo como ley, fue la Ley habilitante del 24 de marzo de 1933 (oficialmente: **Ley para la eliminación de las necesidades del pueblo y del imperio**) que traspasó al gobierno de Hitler la competencia de legislar. A través de esa Ley se eliminó prácticamente a la Constitución de Weimar. Su validez era de cuatro años, pero a pesar de eso (con prórroga en 1937, 1939 y en 1943) estuvo en vigencia hasta finales del dominio nacional-socialista. Ermächtigungsgesetz/Ley habilitante. *Enciclopedia: Die Grosse Bertelsmann.* Traducción propia. Tomo 4, Deu-Fat, Gütersloh, Bertelsmann Lexikothek Verlag GmbH, 1990. Página 291.

*situación financiera del imperio y de los estados seguía empeorándose y las fuerzas radicales de la derecha y de la izquierda recibieron impulso.*<sup>84</sup>

Esta crisis socio-política-económica, unida a la subida de Hitler al poder<sup>85</sup>, condujo a la Segunda Guerra Mundial, la cual comienza en Europa con el asalto a Polonia el primero de septiembre de 1939 por los nacional-socialistas y termina con la capitulación incondicional de las fuerzas armadas alemanas, el 8 de mayo de 1945.

## **2.- Ley Fundamental de la República Federal Alemana, 1949:**

Luego de la capitulación, Alemania fue ocupada por los vencedores hasta 1949: Por Rusia en el oeste; Gran Britania, el noreste; USA, la mitad y el suroeste, y Francia, el sur y Renania-Palatinado. Al final de la ocupación, Alemania quedó dividida en dos estados hasta su reunificación en 1990.

Alemania regresó a la democracia paulatinamente. Primero se encargó a los ministros, los cuales fueron escogidos y nombrados por los Aliados, la preparación de las constituciones estatales en febrero de 1946. Luego, en noviembre y diciembre de 1946, se llamó a las primeras elecciones para elegir a los parlamentos y para la aprobación de las constituciones regionales. Más tarde, el 25 de febrero de 1947, se determinó la estructura de los estados federales, y lo más importante, se desintegró formalmente a Prusia, -tal y como se venía sugiriendo desde 1848 y que Hugo Preuss y los estados del sur de Alemania en 1919 lo habían planteado- con el fin de evitar una hegemonía en lo posterior.

---

<sup>84</sup> Albert Funk. *Föderalismus in Deutschland vom Fürstenbund zur Bundesrepublik / El Federalismo en Alemania, de la federación de los principados hasta la República federal*. Traducción propia. Bonn, bpb: Bundeszentrale für politische Bildung, tomo: 1907, 2010. Página 279.

<sup>85</sup> En conexión a la asunción al poder a través del nacional-socialismo en 1933 no se derogó oficialmente a la Constitución de Weimar, pero a causa de la transición a la forma de gobierno dictatorial fue prácticamente derogada. Hans-Gerd Pieper: *Staatsorganisationsrecht / Organización de un Estado de Derecho*. Traducción propia. Münster, Editorial Alpmann und Schmidt, 13ava. edición, revisada y aumentada, 2010. Página 4.

En la conferencia de Múnich del 6 junio 1947, en la cual se quería encontrar un camino para la creación del nuevo estado federal, quedó claro que sólo los 11 estados del este formarían parte de la nueva Federación. Y el primero de julio de 1948, los países vencedores aceptaron oficialmente que se realice una constitución conjunta para los estados del este y la convocatoria a una Asamblea constituyente para el primero de septiembre.

*No obstante, los ministros querían presentar algunas inquietudes ante los Aliados, pues querían hacer figurar al futuro Estado del este como un provisorio, en consecuencia, la Constitución debía llamarse Ley Fundamental, debía ser acordada por una junta parlamentaria y no a través de una Asamblea constituyente, y tampoco querían una consulta popular, sino sólo la aprobación por parte de los parlamentos regionales, a fin de así resaltar el carácter provisional de la Ley Fundamental.*<sup>86</sup>

Luego de que estas sugerencias fueran aceptadas por los Aliados, se reunieron los ministros para una convención, del 10 al 23 agosto de 1948, en el palacio de la isla Herrenchiemsee en Baviera, en la cual lograron sentar los principios fundamentales de la Ley Fundamental y así facilitar la labor de la junta parlamentaria. A ella acudieron algunos constitucionalistas expertos como Carlo Schmid y Hermann Brill.<sup>87</sup>

*La polémica sobre las fallas de la Constitución de Weimar -en la organización a nivel del imperio, como también la relación entre el imperio y los estados- fueron punto central de las jornadas en Herrenchiemsee. En la convención resultó, independiente de los partidos, una mayoría de seguidores de un federalismo balanceado con estados fuertes. En sólo dos semanas se logró elaborar un bosquejo constitucional que abarcaba 149 artículos formulados hasta en detalle con las variantes mayoritarias y minoritarias de algunos puntos litigiosos.*<sup>88</sup>

---

<sup>86</sup> Albert Funk. *Föderalismus in Deutschland vom Fürstenbund zur Bundesrepublik / El Federalismo en Alemania, de la federación de los principados hasta la República federal.* Traducción propia, Bonn, bpb: Bundeszentrale für politische Bildung, tomo: 1907, 2010. Página 303.

<sup>87</sup> *Ibidem.* Página 303.

<sup>88</sup> *Ibidem.* Página 304.

Como se había previsto, el primero de septiembre se reunió la junta parlamentaria en Bonn. Ya algunos de sus miembros habían participado en la Convención de Herrenchiemsee. La junta parlamentaria discutió cada uno de los artículos:

*No todos los artículos de la Ley Fundamental fueron retomados literal o sustancialmente del bosquejo constitucional, tampoco los últimos pasajes sobre el Consejo federal. La nueva Alemania no debía recibir la democracia inestable de la República de Weimar, sino una democracia defendible.*<sup>89</sup>

Es así como a los de cuatro años de la capitulación, el 8 de mayo de 1949, fue aceptada la Ley Fundamental por la junta parlamentaria con 53 votos a favor y 12 en contra y una semana más tarde fue aprobada por los parlamentos regionales. La Ley Fundamental sigue vigente hasta la actualidad con algunas modificaciones que han sido necesarias.

En el artículo 20 de la Ley Fundamental se consagra que: “*La República Federal Alemana es un Estado federal democrático y social*”<sup>90</sup> Las constituciones de los estados federales (*Länder*) deben estar en consonancia con los principios republicanos, democráticos y sociales de la Ley Fundamental. Los estados tienen el derecho prioritario de legislar, pero mientras y salvo el estado federal no haya hecho uso de sus competencias. Existe una lista de las atribuciones estatales, a fin de evitar conflictos por concurrencia. Sin embargo, las competencias exclusivas de los estados miembros son: la educación, la cultura política, la policía y los derechos municipales, además la administración que, según la tradición, fue siempre competencia de los estados.<sup>91</sup>

De los órganos constitucionales, como son, el Parlamento federal/ (Bundestag), el Consejo federal (Bundesrat), el Presidente federal (Bundespräsident), el Gobierno federal (Bundesregierung) y el Tribunal Constitucional Federal (Bundesverfassungsgericht), hablaré sobre este último.

---

<sup>89</sup> *Ibidem*. Página 305.

<sup>90</sup> *Grundgesetz / Ley Fundamental*. Art. 20.

<sup>91</sup> *Ibidem*. Arts. 20 -37.

### ***2.1.- El Tribunal Constitucional Federal como órgano de control constitucional:***

En la Ley Fundamental, dentro del capítulo IX dedicado a la jurisdicción, se refiere expresamente, entre otros, al Tribunal Constitucional Federal.<sup>92</sup>

Como hemos visto anteriormente en la Constitución de Weimar de 1919, se crea, por primera vez, el Tribunal de Estado para el Imperio Alemán que fue un tribunal constitucional con limitadas competencias, por cuanto no tenía competencia para decidir sobre las diferencias entre los órganos constitucionales del imperio, ni tampoco para la revisión de las quejas de los ciudadanos por infracciones de los derechos fundamentales.

A partir de 1949, la Ley Fundamental, en sus artículos 92, 93 y 94, estableció para el Tribunal Constitucional Federal, o según algunos autores, "*Corte Constitucional Federal*"<sup>93</sup>, una infraestructura jurídica sui generis. El Tribunal Constitucional Federal, con sede en Karlsruhe, comenzó con su trabajo el 9 de septiembre de 1951, es decir, dos años más tarde de entrar en vigencia la Ley Fundamental, pero fue inaugurado oficialmente el 28 de septiembre de 1951. Tanto la Ley Fundamental de 1949 como la Ley del Tribunal Constitucional Federal (BverfGG) regulan todo lo que se refiere a la instauración, organización, integrantes, competencias y el proceso de derecho del Tribunal. Sin embargo, "*Un tribunal constitucional implementado con tal plenitud de poderes únicos para la protección completa del derecho constitucional, es una innovación en la historia constitucional alemana.*"<sup>94</sup>

### ***2.2.- Derechos fundamentales:***

Es tanta la importancia de los "*derechos humanos*", o según la Ley Fundamental, "*derechos fundamentales*" que se les ubica directamente al comienzo de la Constitución. Se trata de un catálogo de derechos individuales subjetivos que se encuentran formulados

---

<sup>92</sup> *Ibidem.* Arts. 92-94.

<sup>93</sup> Rupert Scholz. "Alemania: cincuenta años de Corte Constitucional Federal". *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2002*, Montevideo, Konrad Adenauer Stiftung e.V., 2002. Página 57.

<sup>94</sup> Horst Sacker. *Das Bundesverfassungsgericht / El Tribunal Constitucional Federal*. Traducción propia. Bonn, Editorial bpb: Bundeszentrale für politische Bildung, Volumen 405, 6ta. edición, 2003. Página 18.

concisamente desde el Art. 1 hasta el Art. 19.<sup>95</sup> “A diferencia de la Constitución de Weimar que prácticamente fue ineficaz, se quería crear únicamente derechos subjetivos genuinos, exigibles.”<sup>96</sup>

Ya en su Art. 1<sup>97</sup> numeral 2, se establece una premisa de notable importancia para el pueblo alemán, en la cual se hace hincapié de la primacía de los derechos humanos por sobre el derecho positivo, y el Art. 1 numeral 3, obliga explícitamente a los poderes públicos el cumplimiento de los derechos fundamentales. Además, este artículo está especialmente protegido bajo la garantía de la perdurabilidad del artículo 79 de la Ley Fundamental.

*La propia Ley Fundamental denominó derechos fundamentales a estos derechos subjetivos contemplados en la primera sección, y no derechos humanos. De esta manera se quería expresar – también en lo terminológico- el carácter de los derechos individuales consagrados en la Ley Fundamental como derecho positivo y exigible.*<sup>98</sup>

El fin realmente perseguido por los constituyentes era que la Ley Fundamental acogiera bajo su protección sólo aquellos derechos, cuyo cumplimiento pueda garantizarse objetivamente. Siguiendo esta intención anota Landau: “A través de la jurisprudencia de la Corte Constitucional Federal, los derechos fundamentales adquirieron forma correcta y echaron raíces en la comunidad. La labor del Tribunal determinó que los derechos fundamentales se convirtieran en un derecho vital y de efectivo cumplimiento.” Lo que no ocurre con los

---

<sup>95</sup> Grundgesetz/Ley Fundamental. Arts.: 1-19.

<sup>96</sup> Herbert Landau. “La evolución de los derechos humanos en la jurisprudencia de la Corte Constitucional Federal y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.” *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2008*, Montevideo, Konrad Adenauer Stiftung e.V., 14avo. año, 2008. Página 403.

<sup>97</sup> Grundgesetz / Ley Fundamental. Art. 1 [Protección de la dignidad humana, derechos humanos, vinculación a los derechos fundamentales] (1) La dignidad humana es intangible. Es obligación de todos los poderes públicos respetarla y protegerla (2) El pueblo alemán reconoce por ello a los derechos humanos como inviolables e inalienables y como fundamento de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo. (3) Los derechos fundamentales que vienen a continuación obligan a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial como leyes en vigor inminente.

<sup>98</sup> Herbert Landau. “La evolución de los derechos humanos en la jurisprudencia de la Corte Constitucional Federal y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.” *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2008*, Montevideo, Konrad Adenauer Stiftung e.V., 14avo. año, 2008. Página 403

derechos sociales, y con los “*derechos humanos de tercera generación, como el derecho a la paz, el derecho al desarrollo o el derecho a la protección ambiental que son reclamos políticos cuyo cumplimiento no puede garantizar ningún Estado en las actuales circunstancias.*”<sup>99</sup>

### 2.3.- *Modificación de la Ley Fundamental:*

Al hablar de la modificación de la Ley Fundamental, cabe citar su artículo 79<sup>100</sup>, el cual determina que ella puede ser sólo reformada a través de una ley que expresamente modifique o complemente el texto constitucional y para ello se requiere de la aprobación de una mayoría de dos tercios de los miembros del Parlamento federal y de dos tercios de los votos del Consejo federal. En esta parte no me refiero a los tratados internacionales, los cuales, dependiendo de su finalidad, por ejemplo: la paz, tienen un trato especial.

Cabe recalcar, además, la garantía de perdurabilidad que contiene el Art. 79 en su numeral tercero, en el cual es inadmisibles la modificación de la Ley Fundamental que afecte la estructura de la Federación en estados federales (*Länder*), o el principio de colaboración o participación de los estados miembros en la legislación, o los principios declarados en los artículos 1 y 20.<sup>101</sup> En el Art. 20 se encuentra determinada la estructura estatal y los principios democráticos de representación, de división de poderes, de sumisión al orden constitucional, a las leyes y al derecho, y el Art. 1, el cual es el cimiento de la Ley Fundamental respecto a los derechos fundamentales, hace referencia especial sobre la obligación de los poderes públicos en la aplicación inminente de los derechos fundamentales acogidos en ella.

---

<sup>99</sup> *Ibidem*. Página 404.

<sup>100</sup> *Grundgesetz/Ley Fundamental*. Art. 79.

<sup>101</sup> *Ibidem*. Art. 20 [Fundamentos constitucionales, derecho de resistencia] (1) La República Federal Alemana es un Estado federal democrático y social. (2) Todos los poderes del Estado emanan del pueblo. El pueblo ejercerá este poder por medio de votaciones y elecciones y a través de órganos especiales de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial. (3) El poder legislativo se someterá al orden constitucional, y los poderes ejecutivo y judicial se someterán a la ley y al Derecho. (4) Todos los alemanes tienen el derecho de resistencia contra cualquiera que atente eliminar este orden, cuando no hubiere otro medio.

Bajo este subtítulo, mencionaré también, el estado de emergencia legislativa regulado por el Art. 81<sup>102</sup> de la Ley Fundamental. Lo importante de él en este contexto es lo pertinente a los numerales 2 y 4 que disponen: que si después de haber sido declarado el estado de emergencia legislativa y el Consejo federal aprueba el proyecto de ley declarado urgente por el Gobierno federal, no se permite que esa ley reforme, derogue o suspenda total o parcialmente la Ley Fundamental. De esta manera se resguarda a la Ley Fundamental, aun en el caso de que el Parlamento federal no esté disponible.

#### 2.4.- *Decretos habilitantes y decretos de emergencia: (interna y externa)*

Luego de una experiencia tan amarga con respecto a las leyes habilitantes, cabe señalar que la Ley Fundamental si bien permite habilitar al gobierno federal, a un ministro federal o a los gobiernos de los estados regionales para otorgar decretos reglamentarios, pero exige que se regule claramente sus límites de contenido, objeto y alcance de la autorización otorgada, la cual debe estar legalmente motivada. Por lo tanto, con la actual Constitución ya no existe la posibilidad de que una ley habilite general y temporalmente el reemplazo completo de las funciones de otro órgano constitucional.<sup>103</sup>

En lo que se refiere a los decretos de emergencia, desde 1949 hasta 1968 el Parlamento federal desistió totalmente de los decretos de emergencia o de excepción, porque estaban aún vigentes los acuerdos sobre los tratados de prerrogativa a favor de los Aliados, quienes en ese caso hubieran tomado en sus manos el gobierno de la República Federal de Alemania por su derecho como vencedores.

Por esta razón, recién el 24 de junio de 1968 se aprobó una ley complementaria a la Ley Fundamental que agregó, entre otros, el artículo 35, referente al estado de emergencia; el

---

<sup>102</sup> *Ibidem.* Art. 81(1): Si en el caso del artículo 68 el Parlamento federal no fuese disuelto, podrá el Gobierno federal dirigir un oficio al Presidente federal, quien, con la aprobación del Consejo federal, podrá declarar el estado de emergencia legislativa para la resolución de un proyecto de ley que el Parlamento federal lo rechaza, habiendo sido declarado como urgente por el Gobierno federal. Lo mismo rige también para un proyecto de ley que el Canciller Federal hubiese presentado conjuntamente con la petición del artículo 68 y que haya sido rechazado. El art. 68 trata sobre el voto de confianza y la disolución del Parlamento federal.

<sup>103</sup> *Ibidem.* Art. 80.

Art. 87a, referente a las fuerzas armadas; Art 91, a la defensa interior y 115a, a la defensa por causa de agresión armada o de una inminente agresión al territorio federal.

Los Arts. 35, número 2 y 3 de la Ley Fundamental<sup>104</sup> que se refieren a los casos de emergencia interna que afecte a un estado (*Land*) -por conmoción civil, catástrofe natural o por un siniestro particularmente grave-, o que afecte a más de un estado (*Länder*) -catástrofe natural o siniestro particularmente grave)-. El Gobierno federal podrá, de ser necesario, dar las instrucciones a los gobiernos de los estados miembros para emplear a la policía de los otros estados, así como a las unidades de la policía federal y de las fuerzas armadas para respaldo policial. Las medidas que adopte el Gobierno federal pueden ser suspendidas en cualquier tiempo a petición del Consejo federal, o también, inmediatamente luego de haber desaparecido el peligro.

Según la interpretación del Tribunal Constitucional Federal, cuando en el artículo 35, número 3 se refiere al Gobierno federal, autoriza al órgano colegial en su conjunto. La ley no permite la delegación de competencias a sólo un miembro, y la competencia que tiene el Ministro de Defensa sobre el orden y comando de las Fuerzas Armadas (Art. 65a)<sup>105</sup>, no es justificativo para otra interpretación. Además, la Ley Fundamental elimina el empleo de las fuerzas armadas como instrumento de poder político interno o en el interior de la República con armas militares específicas. Sólo se le utilizará a las fuerzas armadas para una situación de emergencia del estado (Art. 35 numeral 3 o Art. 87a numeral 4<sup>106</sup>), para apoyar a la policía en la protección de objetos civiles y para luchar contra insurgentes organizados y militarmente armados, pero las actividades de las Fuerzas Armadas cesarán inmediatamente cuando el Parlamento federal o el Consejo federal lo exigieren. Según el Tribunal Constitucional Federal *“El empleo de las Fuerzas Armadas, así como el empleo de medios de defensa militares específicos es, además, también, en tal situación de peligro sólo en última ratio permitido.”*<sup>107</sup>

---

<sup>104</sup> *Ibidem.*

<sup>105</sup> *Ibidem.* Art. 65a: El Ministro Federal de Defensa ejerce el orden y comando de las Fuerzas Armadas.

<sup>106</sup> *Ibidem.*

<sup>107</sup> Bundesverfassungsgericht - Pressestelle. (Tribunal Constitucional Federal - Oficina de Prensa) *Plenarentscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Einsatz der Streitkräfte im Inneren*

También, en el caso de que el Gobierno federal hubiese adoptado las medidas necesarias para contrarrestar el peligro que amenace la existencia del régimen fundamental de libertad y democracia de la Federación o de un estado, podrá el Consejo federal exigir, cualquier momento, que estas medidas se terminen, o en los demás casos, será revocada inmediatamente después de desaparecer el peligro (Art 91).<sup>108</sup>

En los casos de emergencia externa, a causa de una agresión armada o de una inminente agresión al territorio federal. La declaración de emergencia la hará el Parlamento federal con la aprobación del Consejo federal a petición del Gobierno federal y requiere una mayoría de dos tercios de los votos emitidos y, como mínimo, la mayoría de los miembros del Parlamento federal. Cuando sea imposible reunir al Parlamento federal, el caso de defensa será declarado por la Comisión Conjunta<sup>109</sup> por mayoría de los dos tercios de los votos emitidos y, como mínimo, por la mayoría de sus miembros (Art. 115a).<sup>110</sup>

No obstante, la Ley Fundamental prevé los decretos de emergencia manteniendo el poder de control de los otros órganos constitucionales y de esa manera se elimina el uso arbitrario de los decretos de emergencia y del poder de las fuerzas armadas.

### **2.5.- Reunificación de la República Alemana:**

Luego de la Segunda Guerra Mundial se divide el territorio alemán en la República Federal Alemana o Alemania occidental y la República Democrática Alemana o Alemania oriental hasta su reunificación en 1990. Un punto culminante en la historia democrática alemana es

---

*("Luftsicherheitsgesetz"), Dictamen del pleno del Tribunal Constitucional federal sobre el empleo de las fuerzas armadas en el interior ("Ley de seguridad aérea"). Traducción propia.*

<http://www.bverfg.de/pressemitteilungen/bvg12-063> Acceso: 01.09.2013.

<sup>108</sup> Grundgesetz / Ley Fundamental.

<sup>109</sup> *Ibidem.* Art. 53a: (1) La Comisión Conjunta esta formada en sus dos terceras partes por diputados del Parlamento federal y un tercio de los miembros del Consejo federal. Los diputados serán designados por el Parlamento federal conforme a la fuerza proporcional de los grupos parlamentarios, los cuales no deberán pertenecer al Gobierno federal. Cada Estado estará representado a través de un miembro del Consejo federal convocado por él; estos miembros no estan sujetos a instrucciones. La conformación de la Comisión Conjunta y su procedimiento serán regulados a través de un reglamento interno, el cual debe ser sancionado por el Parlamento federal bajo aprobación del Consejo federal.

<sup>110</sup> *Ibidem.*

la adhesión pacífica de los cinco estados del oeste que conformaban la República Democrática Alemana.

Ya desde su creación en 1949, la Ley Fundamental preveía dos alternativas para la adhesión de los cinco estados alemanes del oeste. Por una parte, lo dispuesto en el Art. 146<sup>111</sup>, por medio del cual era posible la elaboración de una nueva Constitución que luego debía ser elegida por el pueblo. En este caso la Ley Fundamental hubiera perdido su validez, además, la preparación, asesoramiento y elección de una nueva Carta Fundamental significaban un largo proceso. Como segunda alternativa, lo dispuesto en el Art. 23, en relación con la adhesión. *“Ese camino se impuso rápido, y así se acordó en el Tratado de Unificación entre los gobiernos de Bonn y Berlín occidental el 31 de agosto 1990. La declaración de la reunificación ya la había acordado la Cámara del pueblo el 23 de agosto.”*<sup>112</sup>

*Lo esencial para la situación jurídica de la Alemania unida es, sobre todo, el Tratado de Soberanía acordado el 12.09.1990 con los anteriores Aliados, el cual hizo posible la reunificación y la fijación definitiva de las fronteras exteriores de Alemania. Según el Art. 7 del Tratado, la Alemania unida tiene la soberanía completa sobre sus asuntos internos y externos.*<sup>113</sup>

---

<sup>111</sup> Ibídem. Art. 146 [Vigencia y duración de la Ley Fundamental] Esta Ley Fundamental que, después de haberse consumado la unidad y la libertad de Alemania, es válida para todo el pueblo alemán, perderá su validez el día en que entre en vigencia una Constitución, la misma que fuese elegida por libre decisión del pueblo alemán.

<sup>112</sup> Albert Funk. *Föderalismus in Deutschland vom Fürstenbund zur Bundesrepublik / El Federalismo en Alemania, de la federación de los principados hasta la República federal*. Traducción propia. Bonn, bpb: Bundeszentrale für politische Bildung, tomo: 1907, 2010. Página 34.

<sup>113</sup> Hans-Gerd Pieper: *Staatsorganisationsrecht / Organización de un Estado de Derecho*. Traducción propia. Münster, Editorial Alpmann und Schmidt, 13ava. edición, revisada y aumentada, 2010. Página 7.

## CAPÍTULO III

### EVOLUCIÓN JURÍDICA DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN ECUADOR

En este capítulo presentaré exclusivamente una breve reseña histórica sobre la evolución jurídica del control de constitucionalidad en el Ecuador. Para ello y siguiendo el criterio de notables constitucionalistas ecuatorianos analizaré el desarrollo del control constitucional en Ecuador en dos grandes etapas: La etapa anterior a la creación del Tribunal de Garantías Constitucionales que le denominé “Ensayos de control constitucional” y que abarca de 1830 a 1929, y la etapa posterior a la creación del Tribunal de Garantías Constitucionales que está subdividida, a la vez, en dos etapas: La etapa de creación y desarrollo que se extiende de 1945 hasta 1979 y la etapa de “Consolidación del Tribunal Constitucional” que se extiende desde 1995/96 hasta nuestros días.

#### **1.- Ensayos de control constitucional, 1830 – 1929:**

La primera etapa se extiende desde 1830 hasta 1929. Al separarse Ecuador de la Gran Colombia se estructuró al nuevo Estado con los departamentos de Azuay, Guayas y Quito “*en un sólo cuerpo independiente*”<sup>114</sup> y con los mismos órganos constitucionales que regían en ese entonces: el Congreso (poder legislativo), las Cortes de Justicia (poder judicial) y el Jefe de Estado (poder ejecutivo), este último conformado por dos órganos auxiliares: el Ministro de Estado y el Consejo de Estado: “*institución de origen francés –reestructurada por Napoleón- cuya evolución lo llevó a convertirse en un órgano de control de la legalidad de los actos de la Administración Pública.*”<sup>115</sup>

Al contrario de la República Federal Alemana, Ecuador goza de unidad nacional-territorial, de soberanía estatal y un sistema de gobierno presidencialista ya desde el 13 de mayo de

---

<sup>114</sup> *Constituciones del Ecuador desde 1830 hasta 2008*. <http://cancilleria.gob.ec/constituciones-del-ecuador-desde-1830-hasta-2008/> Acceso: 20.06.2013.

<sup>115</sup> Hernán Salgado Pesantes. *Manual de justicia constitucional ecuatoriana*. Quito, Corporación Editora Nacional, 2004. Página 33.

1830, fecha en la cual se separó de la Gran Colombia. Poco después contaba con su primera Constitución, “*expedida en la ciudad de Riobamba y promulgada el 23 de septiembre de 1830, donde se buscó recoger y adaptar las instituciones políticas conocidas en esa época, tomando como punto de partida la clásica separación de poderes, dentro de un sistema presidencial.*”<sup>116</sup>

Entre la Constitución de Riobamba de 1830 y la de 1945 fueron promulgadas doce Constituciones: 1835, 1843, 1845, 1851, 1852, 1861, 1869, 1878, 1884, 1897, 1906, 1929 y la de 1938, no promulgada. La cantidad de Constituciones en esta época muestran ostensiblemente la inestabilidad política que regía en Ecuador, por cuanto ellas no representan ningún cambio estructural sustancial del Estado, sino más bien fueron utilizadas para “*legitimar situaciones de hecho.*”<sup>117</sup>

*Este fenómeno político fue común en los países de América Latina, en mayor o en menor medida, lo que explica el elevado número de Cartas constitucionales en los estados de la región, las cuales de modo general son simples repeticiones de las anteriores, con pequeños cambios que bien pudieron hacerse por vía de reforma constitucional, si esa hubiera sido la intención.*<sup>118</sup>

En las 13 Constituciones oficiales de este período no existe unanimidad respecto a la elección de un determinado órgano constitucional para que asuma el control constitucional. Algunas de ellas le dotaron de facultades de este tipo al Consejo del Estado, otras a la Corte Suprema de Justicia, pero, en definitiva, el órgano máximo de conocimiento y decisión en esta materia fue el Congreso Nacional. Es evidente, también, que esta postura muestra la influencia en Ecuador del principio de soberanía popular predominante en algunos países europeos en el siglo XIX y parte del siglo XX. “*Conforme a este principio, correspondía al Congreso Nacional –como supuesto depositario de la soberanía popular– interpretar de forma final y obligatoria la Constitución.*”<sup>119</sup>

---

<sup>116</sup> *Ibidem.* Páginas 31 – 32.

<sup>117</sup> *Ibidem.* Página 32.

<sup>118</sup> *Ibidem.* Página 32.

<sup>119</sup> Agustín Grijalva Jiménez. *Constitucionalismo en Ecuador*, Quito, Pensamiento jurídico contemporáneo número 5, Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, CEDEC, 2012. Página 174.

Esta etapa se caracteriza, en general, por la falta de continuidad en la determinación de un órgano constitucional responsable del control y justicia constitucional en Ecuador. Por esta razón me referiré a la evolución del control constitucional en este período, más bien, desde el punto de vista funcional que institucional.

### ***1.1. Principio de supremacía constitucional:***

En la Constitución de 1830 se estableció la obligación juramentada de fidelidad a la Constitución y a las leyes por parte de todo funcionario. La de 1835 agregó que se declaran vigentes sólo aquellas leyes y decretos que no fuesen contrarios a la Constitución. “*esta segunda disposición plantea ya en forma técnica la supremacía constitucional*”.<sup>120</sup> En las Constituciones de 1843, 1845 se mantuvo igual disposición. La Constitución de 1851 estableció que “*toda ley que se oponga a esta Constitución no tendrá efecto (Art. 135 Constitución de 1851)*”.<sup>121</sup> De esta manera se fue sentando las bases de este principio.

Más tarde, la primera Constitución en mencionar explícitamente el principio de supremacía constitucional en el ordenamiento jurídico ecuatoriano y además que toda la regulación jurídica tiene que ser unánime con sus preceptos para surtir efectos jurídicos, fue la de 1897<sup>122</sup>. La aceptación de la supremacía constitucional es la condición *sine qua non* para el control y justicia constitucional. El partir de esta premisa significa que además, “*se reconoce toda la doctrina de gradación y jerarquía del ordenamiento jurídico. «Que luego con Kelsen se perfeccionará, la cual concluye que la Ley Suprema no puede ser violada y deben organizarse mecanismos de protección con esta finalidad»*”.<sup>123</sup> Luego de la Constitución de 1897 acogieron este principio todas las Constituciones ecuatorianas posteriores.

---

<sup>120</sup> Juan Ignacio Larrea Holguín. *Derecho constitucional ecuatoriano*, Tomo II, Quito-Ecuador, Corporación de estudios y publicaciones, Vol. II, 2000. Página 247.

<sup>121</sup> *Constituciones del Ecuador desde 1830 hasta 2008*. <http://cancilleria.gob.ec/constituciones-del-ecuador-desde-1830-hasta-2008/> Acceso: 20.06.2013.

<sup>122</sup> Hernán Salgado Pesantes. *Manual de justicia constitucional ecuatoriana*. Quito, Corporación Editora Nacional, 2004. Página 36.

<sup>123</sup> *Ibidem*. Página 37.

Una vez sentada la condición fundamental del control constitucional en Ecuador, correspondía afianzar el cumplimiento de la Constitución y para ello se fueron creando paulatinamente los mecanismos de protección apropiados.

### ***1.2. Mecanismos de control constitucional:***

Como ya lo he mencionado, una de las características del modelo de control constitucional *concentrado* es el control preventivo o *a priori*, por medio del cual se evita el ingreso al ordenamiento jurídico de un precepto jurídico contrario a la Ley Suprema. En la Constitución de 1869 se estableció, por primera vez, la atribución del Presidente de la República para sancionar u objetar un proyecto de ley que considerase inconstitucional y que hubiese sido aprobado por el Congreso Nacional. Además, en este proceso se le concedió a la Corte Suprema de Justicia la competencia de dar un dictamen final y definitivo entre el órgano ejecutivo y legislativo para los casos de discordancia constitucionalidad que fueren objetados por el ejecutivo y que el legislativo insistiese. Este precepto constitucional fue perfeccionado por la Constitución de 1878 y luego por la de 1929. En esta última, el Presidente de la República debía oír, antes de sancionar una ley, al Consejo de Estado, es decir, a este órgano también se le hizo partícipe en este control constitucional *a priori*.

Otro mecanismo de control constitucional fue el control *a posteriori abstracto* introducido por la Constitución de 1851. A ella le siguieron las de 1906 y de 1929. Si bien, en la de 1851 el Consejo de Estado tenía el control constitucional solo sobre los actos de la función ejecutiva. En las dos siguientes, se amplía el control a los actos de la función judicial y demás autoridades a quien corresponda. Además, a partir de la Constitución de 1906 se amplió la protección para el cumplimiento de los *derechos fundamentales*. Y se le concedió al Congreso Nacional la potestad exclusiva de interpretar la inconstitucionalidad de una ley o decreto. No obstante, este mecanismo de control no conllevaba ninguna o insignificantes consecuencias en caso de incumplimiento, lo cual disminuía su exigibilidad. Al respecto, la Constitución de 1929 reforzó la exigibilidad del control *a posteriori abstracto*, al dotarle al Consejo de Estado de la competencia necesaria para declarar la nulidad de los decretos y reglamentos del ejecutivo en caso de ser inconstitucionales e

ilegales. “*El control de legalidad estuvo unido al de constitucionalidad*”<sup>124</sup>. Además, se posibilitó la acción popular por violación de la Constitución.<sup>125</sup>

Mientras que en lo que se refiere al control a *posteriori concreto*, característico del modelo de control constitucional *difuso* o norteamericano, en Ecuador faltó una ley que autorice a la función judicial a incumplir las leyes contrarias a la Constitución, razón está por la cual no hubo en materia judicial ningún adelanto positivo, según Grijalva Jiménez. Por lo contrario, la Constitución de 1929 disponía de una reglamentación contradictoria:

*En su artículo 162 establecía que ninguna autoridad podía «negarse a cumplir o aplicar las leyes, invocando que son inconstitucionales». Contradictoriamente, el mismo artículo señala que «la obligación primordial de toda autoridad, sea del orden que fuere, es ajustar sus actos a la Constitución».*<sup>126</sup>

Sin embargo, algo de notable trascendencia en esta época contiene la Constitución de 1929 en su segunda parte, Título XIII, Art. 151<sup>127</sup>, treinta puntos que se refieren a las garantías fundamentales –individuales, familiares, económicas, sociales, culturales, laborales y políticas- protegidas por esta Constitución. “*Esta norma se refería a la protección de los derechos fundamentales reconocidos por la misma Carta Política y que en épocas pasadas el constitucionalismo latinoamericano, de modo general, confundía con las garantías, al considerarlos como conceptos sinónimos (derechos y garantías).*”<sup>128</sup> Y así se dio inicio a la era del constitucionalismo social en Ecuador, como ya lo he mencionado anteriormente.

---

<sup>124</sup> Ibídem. Página 41.

<sup>125</sup> Resultan destacables en esta Constitución, 1929, dos aspectos: 1) el efecto jurídico de la declaratoria del Consejo en cuanto a decretos y reglamentos, pues la posibilidad de declarar la nulidad de los mismos representa un avance respecto a las meras excitaciones u observaciones anteriores; 2) la amplia legitimación activa, esto es la existencia de la acción popular para demandar la inconstitucionalidad de estas normas jurídicas expedidas por el Presidente. Agustín Grijalva Jiménez. *Constitucionalismo en Ecuador*, Quito, Pensamiento jurídico contemporáneo número 5, Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, CEDEC, 2012. Página 177.

<sup>126</sup> Ibídem. Página 178 – 179.

<sup>127</sup> *Constituciones del Ecuador desde 1830 hasta 2008*. <http://cancilleria.gob.ec/constituciones-del-ecuador-desde-1830-hasta-2008/> Acceso: 20.06.2013.

<sup>128</sup> Hernán Salgado Pesantes. *Manual de justicia constitucional ecuatoriana*. Quito, Corporación Editora Nacional, 2004. Página 37.

## **2.- Tribunal de Garantías Constitucionales:**

### **2.1.- Creación y desarrollo, 1945... 1967 a 1979:**

La Constitución de 1945 fue promulgada un poco antes del fin de la Segunda Guerra Mundial, el 6 de marzo de 1945. Por lo tanto, fue el producto de un período de inestabilidad política y conflicto bélico a nivel mundial. A nivel nacional, también Ecuador, además de su inestabilidad política, tuvo que afrontar un conflicto armado contra Perú unos años antes.

Es una época de cambios estructurales significativos, en especial, en lo que se refiere a las nuevas tendencias en materia de justicia constitucional. Ecuador, dejándose influenciar por las corrientes europeas, en especial, a través de España y más concretamente por la Constitución española de 1931, se inclinó en la Constitución de 1945 por adoptar el modelo kelsiano, *concentrado*, o europeo de control constitucional y por esta razón se creó el Tribunal de Garantías Constitucionales como órgano específico para esta materia. No obstante, como señala Salgado Pesantes, *“pero al tomar el modelo concentrado lo subordina a los criterios predominantes en nuestro medio, dando únicamente al Poder Legislativo la potestad de declarar inconstitucional una ley.”*<sup>129</sup>

Este período abarca las Constituciones de 1945, 1946, 1967 y la de 1978/79, además las reformas constitucionales de 1983 y de 1992. Si bien, el Tribunal de Garantías Constitucionales no estuvo presente en la Constitución de 1946, ni tampoco hubo en Ecuador una trayectoria democrática ininterrumpida, -por los períodos dictatoriales: 1946-1948, 1963-1966 y 1970-1978/79-, no obstante, todas ellas contribuyeron al desarrollo de este órgano constitucional de notable importancia en la vida constitucional y democrática.

Cabe mencionar que el Tribunal de Garantías Constitucionales fue creado como órgano de control constitucional<sup>130</sup> y de reemplazo del Consejo de Estado por la Constitución de 1945, pero comenzó a funcionar realmente luego de la Constitución de 1967, a causa de

---

<sup>129</sup> *Ibíd.* Página 39.

<sup>130</sup> La institución que lo realiza esta llamada a jugar un papel importante para mantener el Estado de Derecho y un ejercicio equilibrado del Poder, sin arbitrariedades, sin excesos. Hernán Salgado Pesantes. *Instituciones Políticas y Constitución del Ecuador*, Quito, Ecuador, ILDIS, 1987. Página 84.

que “la Constitución de 1945 tuvo una vida efímera y con ella el Tribunal de Garantías Constitucionales, que no llegó a funcionar.”<sup>131</sup>

### 2.1.1.- Competencias del Tribunal de Garantías Constitucionales:

En este período analizaré, en breve, el desarrollo de las competencias del Tribunal de Garantías Constitucionales como institución de control constitucional.

- 1) Velar por el cumplimiento de la Constitución y de las leyes, en especial de las garantías constitucionales: Esta competencia que en 1929 le pertenecía al Consejo de Estado, se le traspasó al Tribunal de Garantías Constitucionales a través de la Constitución de 1945. En 1946, período dictatorial, se eliminó al Tribunal de Garantías Constitucionales y se volvió a reestructurar el Consejo de Estado, al cual se le regresó esta facultad. La Constitución 1967 reestructuró de manera definitiva el Tribunal de Garantías Constitucionales como órgano constitucional, el cual retomó esta competencia y la mantuvo en la Constitución de 1978/79.
- 2) Dictaminar definitivamente proyectos de ley: La Constitución de 1945 traspasó la misma competencia que tenía el Consejo de Estado al Tribunal de Garantías Constitucionales, permitiéndole así participar en el control *a priori*. En primer lugar, era el ejecutivo quien podía sancionar u objetar un proyecto de ley en caso de considerarlo inconstitucional, pero el dictamen de este Tribunal en caso de discrepancia entre las dos funciones -ejecutiva y legislativa- era definitivo. La Constitución de 1946 concede esta competencia a la Corte Suprema de Justicia, quien la mantuvo en la Constitución de 1967 y la Constitución de 1978/79 no reguló sobre esta materia.
- 3) Formular observaciones<sup>132</sup> previas acerca de la inconstitucionalidad de normas jurídicas inferiores: En la Constitución de 1945 se atribuyó al Tribunal de Garantías Constitucionales la facultad de formular observaciones sobre la inconstitucionalidad o ilegalidad de las normas jurídicas inferiores, ya sean decretos, acuerdos, reglamentos o

---

<sup>131</sup> Hernán Salgado Pesantes. *Manual de justicia constitucional ecuatoriana*. Quito, Corporación Editora Nacional, 2004. Página 43.

<sup>132</sup> Las expresiones “observar” o “formular observaciones”, implicaban una especie de amonestación, de llamada de atención, y aunque no se dijera de modo expreso contenían el pedido de una rectificación del acto normativo o administrativo. *Ibidem*. Página 46.

resoluciones, dirigiéndose a la autoridad que la hubiese expedido. Pero en el caso de que estas observaciones no fueran aceptadas, tenía que publicarlas y luego someterlas a la decisión final del Congreso Nacional. *“De la declaratoria de nulidad -en la Constitución de 1929- a la formulación de observaciones hay claramente un debilitamiento de competencias en esta materia.”*<sup>133</sup> En 1946 se le atribuyó esta competencia al Consejo de Estado, pero se le limitó realizar observaciones sobre fallos judiciales.

En la Constitución de 1978/79 se le regresó esta competencia al Tribunal de Garantías Constitucionales y se concedió al plenario de las Comisiones Legislativas, en caso de receso del Congreso Nacional, la decisión final sobre las observaciones de inconstitucionalidad presentadas por el Tribunal. Al respecto, cabe citar que *“Esto suponía conceder una atribución de importancia inusitada a dichas comisiones: Podían juzgar en última instancia sobre la constitucionalidad del orden jurídico. Parece un poder desmedido y peligroso.”*<sup>134</sup>

Sin embargo, el incumplimiento de estas observaciones no tenía mayores consecuencias. Razón está por la cual en la reforma constitucional de 1983 se estableció que el desacato a ellas debería ser punible, *“es decir, el no obedecer constituye una infracción que será reprimida por la ley,”*<sup>135</sup> además, la remoción de los responsables, sin perjuicio de la acción penal que resultare de ello. No obstante, lejos de las buenas intenciones del legislador, no se llegó a tipificar el desacato como infracción en el Código Penal. Consecuentemente, la reforma constitucional de 1992 eliminó la punibilidad del desacato a las observaciones del Tribunal, pero se mantuvo como consecuencia: *“la remoción del funcionario y la aplicación de las sanciones contempladas en la ley, sin perjuicio de la acción penal.”*<sup>136</sup>

---

<sup>133</sup> Agustín Grijalva Jiménez. *Constitucionalismo en Ecuador*, Quito, Pensamiento jurídico contemporáneo número 5, Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, CEDEC, 2012. Página 184.

<sup>134</sup> Juan Ignacio Larrea Holguín. *Derecho constitucional ecuatoriano*, Tomo II, Quito-Ecuador, Corporación de estudios y publicaciones, Vol. II, 2000. Páginas 257-258.

<sup>135</sup> Hernán Salgado Pesantes. *Instituciones Políticas y Constitución del Ecuador*, Quito, Ecuador, ILDIS, 1987. Página 85.

<sup>136</sup> Hernán Salgado Pesantes. *Manual de justicia constitucional ecuatoriana*. Quito, Corporación Editora Nacional, 2004. Página 47.

4) Suspender condicionalmente las leyes inconstitucionales para casos concretos: En la Constitución de 1945 se le facultó al Tribunal de Garantías Constitucionales suspender la vigencia de una ley o precepto jurídico a petición de un juez o Tribunal de última instancia, cuando se dudaba sobre la constitucionalidad del mismo. El juez o Tribunal podían interrumpir el proceso por esta causa, pero sólo durante veinte días, vencido este plazo tenían que aplicar el precepto jurídico cuestionado. Así mismo, la suspensión ordenada por el Tribunal de Garantías Constitucionales era temporal y sólo hasta que el Congreso Nacional decida sobre ella. Claro, una vez decidido el asunto por el legislativo, este tenía alcance *erga omnes*.

Más adelante, la Constitución de 1967 faculta a la Corte Suprema de Justicia la no aplicación de las normas jurídicas que considerase inconstitucionales en los casos particulares a dilucidarse. Esta inaplicabilidad surtía sólo efectos *interpartes* y no se indicó en la Constitución el procedimiento que debía seguirse para obtener una decisión definitiva y *erga omnes* y en la Constitución de 1978/79 se extendió esta facultad de inaplicabilidad en los casos particulares a las salas de la Corte Suprema de Justicia, pero la suspensión del precepto inconstitucional lo hacía el pleno de la Corte Suprema. No obstante, el último en tomar la decisión definitiva era el Congreso Nacional, o en su receso, el plenario de las Comisiones Legislativas.

En la reforma de 1983, las salas de Corte Suprema de Justicia, del Tribunal Fiscal o del Tribunal de lo Contencioso Administrativo estaban facultadas para declarar inaplicable un precepto jurídico que sea contrario a la Constitución con efectos *interpartes*. No obstante, la sala en cuestión debía informar al pleno de la Corte Suprema de Justicia, para que este, en caso de aceptar, lo remita al Tribunal de Garantías Constitucionales, el cual luego de suspender los efectos jurídicos debía someterlo al conocimiento y decisión del Congreso Nacional.

Por último, la reforma de 1992 trajo en sí un cambio significativo, creándose una Sala Constitucional en la Corte Suprema, a la cual se encargó resolver los informes sobre la inaplicabilidad presentados por las otras salas de la Corte<sup>137</sup> u otros Tribunales de última

---

<sup>137</sup> La reforma de 1992, eliminó la referencia a los Tribunales Fiscal y Contencioso Administrativo, que se han incorporado a la Corte Suprema como Salas especializadas. Juan Ignacio Larrea Holguín. *Derecho*

instancia, como última y definitiva instancia. De esta manera se le quitaba por primera vez al Congreso Nacional su potestad de última instancia, “*pero lo que no se tuvo en cuenta fue que al Tribunal de Garantías Constitucionales se le relegaba, una vez más, a un papel secundario, a una suerte de primera instancia que no le correspondía, ni en la teoría ni en la práctica constitucional.*”<sup>138</sup>

- 5) Suspender condicionalmente los efectos de una norma jurídica por inconstitucionalidad de forma y/o de fondo: La Constitución de 1946 introdujo, por primera vez, el control constitucional formal de una ley promulgada, es decir, la suspensión de una ley, en cualquier tiempo, por haberse omitido alguno de los requisitos constitucionales formales en el proceso de su formación y asignó esta competencia a la Corte Suprema de Justicia. “*No obstante, paradójicamente, la Corte debía poner el asunto en conocimiento del propio Congreso, el que tenía la decisión final.*”<sup>139</sup> En la Constitución de 1967 se extendió este control, al control por inconstitucional de fondo, y además de las leyes, se extendió a otras normas jurídicas, como a los decretos y a las ordenanzas, y se le concedió a la misma Corte Suprema de Justicia amplias competencias para la suspensión total o parcial de la norma, en cualquier tiempo, de oficio o a petición de parte. No obstante, la decisión final seguía en manos del Congreso Nacional y la Constitución de 1978/79 otorgó al plenario de las Comisiones Legislativas, en caso de receso del Congreso Nacional, la última decisión en esta materia.

La reforma de 1983 traspasa esta competencia al Tribunal de Garantías Constitucionales, pero la decisión final quedó en manos del Congreso Nacional, o en su receso, del plenario de las Comisiones Legislativas

La reforma de 1992 dispuso crear una Sala Constitucional en la Corte Suprema de Justicia que se encargó de los asuntos constitucionales, entretanto las decisiones del Tribunal pasaron a segundo lugar. “*La reforma debilitó al Tribunal de Garantías*

---

*constitucional ecuatoriano*, Tomo II, Quito-Ecuador, Corporación de estudios y publicaciones, Vol. II, 2000. Página 250.

<sup>138</sup> Hernán Salgado Pesantes. *Manual de justicia constitucional ecuatoriana*. Quito, Corporación Editora Nacional, 2004. Página 47.

<sup>139</sup> Agustín Grijalva Jiménez. *Constitucionalismo en Ecuador*, Quito, Pensamiento jurídico contemporáneo número 5, Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, CEDEC, 2012. Página 185.

*Constitucionales y lo enfrentó a la Corte. No obstante, un aporte clave de esta reforma fue la de establecer que «la resolución de la sala será definitiva y de efectos generales».*<sup>140</sup> Además de ser relegado a segundo plano, se suprimió de sus competencias la facultad de conocer de oficio la inconstitucionalidad de la ley y de las otras normas jurídicas. *“Al respecto, la experiencia demostró que las intervenciones oficiosas de los miembros del Tribunal no eran de mayor utilidad, al contrario, traían un desgaste innecesario a la Institución y afectaban su prestigio.”*<sup>141</sup>

- 6) Conocer de las quejas que formule cualquier persona, natural o jurídica, por quebrantamiento de la Constitución o de las leyes: La Constitución de 1945 concedió esta competencia al Tribunal de Garantías Constitucionales, el cual, luego de su conocimiento, debía *“preparar la acusación contra los funcionarios responsables y, salvo lo dispuesto en la ley penal, presentarla al Congreso para que éste, según los casos, los enjuicie u ordene enjuiciarlos.”*<sup>142</sup> La Constitución de 1967 cambió la formulación, en lugar de preparar la acusación, dispuso *“presentar acusación”* y en la parte pertinente se refirió *“a los presuntos responsables”*. En la Constitución de 1978/79 se determinó que en caso de receso del Congreso Nacional, decidirá el plenario de las Comisiones Legislativas y en la reforma de 1992 se modificó *“en lo referente a quejas por violación de derechos y libertades constitucionales ocasionadas «por quebrantamiento de la Constitución», esta última frase fue sustituida por «actos de las autoridades públicas».*<sup>143</sup>

#### 2.1.2.- Derechos fundamentales:

La Carta constitucional de 1945 no sólo recoge el amplio catálogo de las garantías fundamentales (*derechos fundamentales*) protegidas en la Constitución de 1929 - a causa del constitucionalismo social-, sino que las amplía y las divide en cinco secciones

---

<sup>140</sup> *Ibidem*. Página 185.

<sup>141</sup> Hernán Salgado Pesantes. *Manual de justicia constitucional ecuatoriana*. Quito, Corporación Editora Nacional, 2004. Página 47.

<sup>142</sup> *Constituciones del Ecuador desde 1830 hasta 2008*. <http://cancilleria.gob.ec/constituciones-del-ecuador-desde-1830-hasta-2008/> Acceso: 20.06.2013.

<sup>143</sup> Hernán Salgado Pesantes. *Manual de justicia constitucional ecuatoriana*. Quito, Corporación Editora Nacional, 2004. Página 48.

contenidas en el título XIII: de los derechos individuales, de la familia, de la educación y de la cultura, de la economía, del trabajo y la previsión social.

A partir de la Constitución de 1967 se habla de los “*derechos, deberes y garantías*”, y se les coloca en el IV título, divididos en capítulos: derechos de la persona, de la familia, de la educación, del trabajo y la seguridad social, de los derechos políticos, de la situación de los extranjeros. Lo mismo sucede en la Carta constitucional de 1978/79.

### 2.1.3.- *Particularidades:*

Cabe mencionar que en 1967 se crearon, además del Tribunal de Garantías Constitucionales, el Tribunal Contencioso Tributario o Tribunal Fiscal<sup>144</sup> y el Tribunal Contencioso Administrativo<sup>145</sup> como órganos jurisdiccionales<sup>146</sup> especializados junto a la Corte Suprema de Justicia, de igual jerarquía que esta y funcionalmente autónomos. En 1968 se dictó la primera Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales y en 1969, un Reglamento para este Tribunal, sin embargo, no se realizó posteriormente ninguna actualización acorde a las exigencias constitucionales.

La Constitución de 1946 trajo consigo el principio de la irretroactividad, por primera vez, de las resoluciones de la Corte Suprema de Justicia y del Congreso Nacional, el cual fue acogido en las posteriores Constituciones. “*Como observa Schiessler, este carácter*

---

<sup>144</sup> El Tribunal Fiscal conoce y resuelve las controversias que se susciten entre las administraciones tributarias y los contribuyentes, responsables o terceros, por actos que determinen obligaciones tributarias o establezcan responsabilidades en las mismas o por las consecuencias que se deriven de relaciones jurídicas provenientes de la aplicación de la Leyes, Reglamentos o Resoluciones de carácter tributario. (Cód. Tributario Art. 218). Hernán Salgado Pesantes. *Instituciones Políticas y Constitución del Ecuador*, Quito, Ecuador, ILDIS, 1987. Página 82.

<sup>145</sup> que tiene competencia para conocer y decidir las controversias originadas en la Administración Pública; Este órgano jurisdiccional cuida de la aplicación y cumplimiento de la ley por parte de las entidades del Estado y de sus funcionarios. Esta actividad, esencial en un Estado de Derecho, se resume en el denominado principio de legalidad que viene a ser una forma de control de los gobernantes y es semejante a aquella que realiza, en otro nivel, del Tribunal de Garantías Constitucionales de velar por el cumplimiento de la Constitución (principio de la constitucionalidad). *Ibidem*. Páginas 82-83.

<sup>146</sup> Desde la Constitución anterior de 1967 se habló de Función Jurisdiccional en lugar de Judicial, esta última expresión se aplica a una categoría de jurisdicción (a aquella que compete a la Corte Suprema, Cortes Superiores y demás juzgados); es decir, el vocablo «jurisdiccional» reviste una mayor amplitud, acorde con la moderna administración de justicia. *Ibidem*. Página 77

*irretroactivo de las medidas legislativas es de definitiva trascendencia para el recto orden jurídico y la debida garantía de los ciudadanos (cfr. Algunos aspectos técnicos de la nueva Constitución, Schiessler, Guillermo, Concepción, 1977).”<sup>147</sup>*

## **2.2.- Tribunal Constitucional, consolidación: Reformas de 1995 y 1996 codificadas en la Constitución de 1998:**

Estas reformas fueron impulsadas por el Presidente de la República, quien creó una Comisión especializada en 1994 para la preparación de un anteproyecto de reformas constitucionales.<sup>148</sup> En agosto del mismo año, el ejecutivo convocó a una consulta popular, en la cual, entre otras preguntas, pedía la autorización del pueblo para remitir el anteproyecto al Congreso Nacional, a fin de que este, luego de los respectivos debates, procediera a su aprobación en un período de 100 días. Consecuentemente, se remitió el anteproyecto al Congreso Nacional en 1995. No todas las sugerencias del anteproyecto fueron acogidas. *“Desde ya vale indicar que entre los resultados más positivos constan: el amparo constitucional, el hábeas corpus, el hábeas data, el Defensor del Pueblo y un Tribunal Constitucional reestructurado.”<sup>149</sup>*

Además del cambio de nombre a Tribunal Constitucional, el punto más importante que le caracteriza a este período es traspasar a este órgano, en forma definitiva, la decisión final en materia de control constitucional.

Al respecto, cabe citar la primera parte del Art. 278 de la Constitución de 1998:

*La declaratoria de inconstitucionalidad causará ejecutoria y será promulgada en el Registro Oficial. Entrará en vigencia desde la fecha de su promulgación y dejará sin efecto la disposición o*

---

<sup>147</sup> Juan Ignacio Larrea Holguín. *Derecho constitucional ecuatoriano*, Tomo II, Quito-Ecuador, Corporación de estudios y publicaciones, Vol. II, 2000. Página 249.

<sup>148</sup> Las reformas constitucionales no se limitan a fortalecer el control y las garantías constitucionales, sino que tienen un alcance mucho mayor que incluye normas sobre derechos laborales de empleados públicos, seguridad social, descentralización y regulación económica. Agustín Grijalva Jiménez. *Constitucionalismo en Ecuador*, Quito, Pensamiento jurídico contemporáneo número 5, Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, CEDEC, 2012. Página 186.

<sup>149</sup> Hernán Salgado Pesantes. *Manual de justicia constitucional ecuatoriana*. Quito, Corporación Editora Nacional, 2004. Página 49.

*el acto declarado inconstitucional. La declaratoria no tendrá efecto retroactivo, ni respecto de ella habrá recurso alguno.*<sup>150</sup>

Las demás competencias fueron ampliadas a favor del Tribunal Constitucional (Art. 276 de la Constitución de 1998)<sup>151</sup>, a las cuales me referiré:

- 1) Dictaminar definitivamente sobre las objeciones de inconstitucionalidad de proyectos de ley realizadas por el Presidente (Art. 276 numeral 4): El Tribunal Constitucional volvió a ser parte en el proceso de formación de las leyes al igual que en la Constitución de 1945.
- 2) Dictaminar previamente los instrumentos internacionales (Art. 276 numeral 5): Por primera vez se le confirió al Tribunal Constitucional la competencia de dictaminar previamente la conformidad constitucional de los tratados o convenios internacionales, pero sólo de aquellos que necesitaban de la aprobación posterior del Congreso Nacional. El hecho de que para la validez de algunos instrumentos internacionales era suficiente la aprobación del ejecutivo, conllevó algunas críticas: *“En efecto, puede decirse que la reforma de 1998 introduce un control jurídico parcial de algunos instrumentos internacionales pero debilita el control político puesto que anteriormente todos ellos debían ser aprobados por el Congreso.”*<sup>152</sup> Cabe, además, señalar la validez especial con la que cuentan los instrumentos internacionales:

*La Codificación de 1998 sigue esta línea, y establece que para la aprobación de un tratado que contiene normas contrarias a la Constitución es preciso proceder a la previa reforma de la Ley Suprema; y una vez perfeccionado el tratado tendrá fuerza obligatoria con una jerarquía superior a la que corresponde a las leyes ordinarias.*<sup>153</sup>

---

<sup>150</sup> *Constituciones del Ecuador desde 1830 hasta 2008.* <http://cancilleria.gob.ec/constituciones-del-ecuador-desde-1830-hasta-2008/> Acceso: 20.06.2013.

<sup>151</sup> *Ibíd.*

<sup>152</sup> Agustín Grijalva Jiménez. *Constitucionalismo en Ecuador*, Quito, Pensamiento jurídico contemporáneo número 5, Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, CEDEC, 2012. Página 188.

<sup>153</sup> Juan Ignacio Larrea Holguín. *Derecho constitucional ecuatoriano*, Tomo II, Quito-Ecuador, Corporación de estudios y publicaciones, Vol. II, 2000. Página 251.

3) Dictaminar la inconstitucional de preceptos jurídicos (Art. 276 numeral 1): Esta Constitución traspasó al Tribunal Constitucional, por fin, la competencia de conocer y resolver en forma definitiva y con carácter general y obligatorio las demandas de inconstitucionalidad, de fondo o forma, sobre los preceptos jurídicos: leyes orgánicas y ordinarias, decretos-leyes, decretos, ordenanzas; estatutos, reglamentos y resoluciones, y suspender total o parcialmente sus efectos. Este paso significó un avance de considerable importancia en la consolidación del Tribunal Constitucional. Sin embargo, cabe citar a Grijalva Jiménez por su comentario sobre la incoherencia e imprecisión en la formulación de esta disposición constitucional”

*En todo caso, como bien han indicado varios autores, la declaratoria de inconstitucionalidad de la ley por el Tribunal Constitucional no puede tener jurídicamente «el efecto de suspender los efectos de estas normas», sino de declarar la «invalidéz» de las mismas, pues en este último caso quedan expulsadas del sistema jurídico en forma definitiva.<sup>154</sup>*

4) Dictaminar la inconstitucionalidad de los actos administrativos (Art. 276 numeral 2): Además, la Constitución de 1998 concede al Tribunal Constitucional nuevas competencias, como la de declarar, luego de su conocimiento, la inconstitucionalidad de los actos administrativos de toda autoridad pública, si es el caso. La consecuencia jurídica de esta declaratoria de inconstitucionalidad es la revocatoria del acto, además de las otras medidas necesarias que pudiera adoptar el órgano administrativo.

5) Una nueva competencia traída por las últimas reformas, era facultar al Tribunal Constitucional el conocer sobre las resoluciones que denieguen el hábeas corpus, el hábeas data y el amparo, y los casos de apelación previstos en la acción de amparo (Art. 276 numeral 3). Además, se determina que las providencias de la Función Judicial no serán susceptibles del control por parte del Tribunal Constitucional, respetándose así el principio de independencia de las funciones.<sup>155</sup>

---

<sup>154</sup> Agustín Grijalva Jiménez. *Constitucionalismo en Ecuador*, Quito, Pensamiento jurídico contemporáneo número 5, Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, CEDEC, 2012. Página 189.

<sup>155</sup> En todo caso, el constitucionalismo ecuatoriano desde la Carta de 1945 prefirió usar el término Función para referirse a los tres clásicos poderes del Estado. Hernán Salgado Pesantes. *Instituciones Políticas y Constitución del Ecuador*, Quito, Ecuador, ILDIS, 1987. Página 77.

- 6) Otra competencia atribuida al Tribunal Constitucional era la de “*dirimir conflictos de competencia o de atribuciones que han sido asignadas por la Constitución (Art. 276 numeral 6)*.”<sup>156</sup>
- 7) Dictaminar sobre los casos de inaplicabilidad de preceptos jurídicos. La Constitución de 1998 (Art. 274, inciso 2, frase 2)<sup>157</sup> traspasó al Tribunal Constitucional la competencia de resolver sobre los informes de inaplicabilidad de los preceptos jurídicos presentados por las salas de la Corte Suprema de Justicia, por los tribunales y por los demás jueces. El adelanto que trajo esta Constitución en esta materia fue facultar a todas las instancias jurisdiccionales, además de fallar sobre el asunto particular, la inaplicabilidad de los preceptos jurídicos inconstitucionales, de oficio o a petición de parte (Art. 274, inciso 1), cuyos efectos jurídicos eran *inter partes* (Art. 274, inciso 2). “*Silvia Bascuñan: «Precisar la realidad de la jerarquía normativa, en efecto, es misión esencial inherente a todo juzgamiento, de modo que debe admitirse la posibilidad de hacerlo a cualquier órgano habilitado para sentenciar» (Bascuñan: La actual ordenación constitucional, p.46)*”<sup>158</sup>

Una vez declarada la inconstitucionalidad, el juez estaba obligado a presentar un informe sobre esta declaratoria ante el Tribunal Constitucional para que este órgano pudiera resolver el caso con efectos generales y de carácter obligatorio, por lo tanto, *erga omnes*. “*De lo expuesto se deduce que en el Ecuador –como ocurre en otros países– existe un sistema de carácter mixto, donde se conjuga el modelo concentrado con el difuso, si bien este último opera en menor medida.*”<sup>159</sup>

*Pese a la existencia formal de este tipo de control, los jueces –especialmente de primer nivel y de la Corte Superior– lo ejercen muy escasamente- Ello sin duda se debe a la falta de cultura constitucional de la que aún adolecen los jueces ecuatorianos, la cual a su vez es resultado del*

---

<sup>156</sup> *Constituciones del Ecuador desde 1830 hasta 2008*. <http://cancilleria.gob.ec/constituciones-del-ecuador-desde-1830-hasta-2008/> Acceso: 20.06.2013.

<sup>157</sup> *Ibidem*.

<sup>158</sup> Juan Ignacio Larrea Holguín. *Derecho constitucional ecuatoriano*, Tomo II, Quito-Ecuador, Corporación de estudios y publicaciones, Vol. II, 2000. Página 253.

<sup>159</sup> Hernán Salgado Pesantes. *Manual de justicia constitucional ecuatoriana*. Quito, Corporación Editora Nacional, 2004. Página 98.

*poco desarrollo de la jurisprudencia constitucional y de la falta de independencia respecto a jueces superiores.*<sup>160</sup>

### 2.2.1.- Capacidad para presentar demandas de inconstitucionalidad:

A causa de la experiencia política negativa, el Art. 277 de la Constitución de 1998<sup>161</sup> limitó expresamente la capacidad de presentar las demandas de inconstitucionalidad y sólo se permitió al Presidente de la República; al Congreso Nacional, con el voto de mayoría; a la Corte Suprema de Justicia, por decisión del pleno; a los concejos provinciales o concejos municipales y a mil ciudadanos en goce de los derechos políticos o cualquier persona, natural o jurídica que haya obtenido un informe favorable sobre la providencia de inconstitucionalidad por parte del Defensor del Pueblo. El fin perseguido era de frenar un sinnúmero de demandas políticas sin fundamento jurídico alguno, “*pues denunciar una inconstitucionalidad es un asunto muy serio en un Estado de Derecho y si constantemente hay esta clase de denuncias, el mismo significado y valor de la Ley Suprema se deteriora.*”<sup>162</sup>

### 2.2.2.- Estado social de Derecho, derechos fundamentales:

La Constitución de 1998 continuó con la implementación de las bases del nuevo constitucionalismo latinoamericano en Ecuador, iniciado en la Constitución de 1978/79 y de esa manera siguió el ejemplo de la Constitución colombiana de 1991 y de otras constituciones neoconstitucionalistas como la española de 1978 y la brasileña de 1988.

Al comienzo de la Constitución, en el artículo 1 del primer título<sup>163</sup> que se refiere a los principios fundamentales del Estado, se define, por primera vez, que: “*El Ecuador es un estado social de derecho, soberano, unitario, independiente, democrático, pluricultural y*

---

<sup>160</sup> Agustín Grijalva Jiménez. *Constitucionalismo en Ecuador*, Quito, Pensamiento jurídico contemporáneo número 5, Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, CEDEC, 2012. Página 190.

<sup>161</sup> *Constituciones del Ecuador desde 1830 hasta 2008*. <http://cancilleria.gob.ec/constituciones-del-ecuador-desde-1830-hasta-2008/> Acceso: 20.06.2013.

<sup>162</sup> Hernán Salgado Pesantes. *Manual de justicia constitucional ecuatoriana*. Quito, Corporación Editora Nacional, 2004. Página 50.

<sup>163</sup> *Constituciones del Ecuador desde 1830 hasta 2008*. <http://cancilleria.gob.ec/constituciones-del-ecuador-desde-1830-hasta-2008/> Acceso: 20.06.2013.

*multiétnico.*<sup>164</sup> Ya en la definición se puede observar la influencia del modelo constitucionalista al cual se orienta, al utilizar, además del término “*social*”, los términos *pluricultural o multiétnico*”, que caracterizan la realidad ecuatoriana, es decir, latinoamericana. A esto se suma el amplio catálogo de derechos recogidos en el Título III y divididos en capítulos especializados: derechos civiles; políticos; económicos, sociales y culturales. Estos últimos subdivididos en derechos de propiedad, trabajo, familia, salud, grupos vulnerables, seguridad social, cultura, educación, ciencias y tecnología, de la comunicación y de los deportes. Luego le siguen los derechos colectivos, los cuales contienen los derechos de los pueblos indígenas y negros o afroecuatorianos<sup>165</sup>, del medio ambiente y de los consumidores.

Además, gracias a las reformas constitucionales de 1995/96, como ya lo mencioné, se hace una alusión especial a las garantías de los derechos: del hábeas corpus, hábeas data, amparo y la defensoría del pueblo.

Al respecto, Larrea Holguín resalta que esta Constitución “*da validez en el orden jurídico interno, a los tratados internacionales válidamente celebrados y garantiza los derechos en ellos reconocidos, en todas las materias.*”<sup>166</sup> Lo cual significa que los derechos fundamentales tuvieron doble fórmula, “*en su enunciación por la Constitución y el pleno acatamiento de los pactos internacionales; así se pretende dar mayor firmeza a tan importante asunto.*”<sup>167</sup>

---

<sup>164</sup> *Ibidem.*

<sup>165</sup> La inclusión de estos derechos en la Ley Fundamental constituye un importante progreso nacional y su contenido es mayor al de las Constituciones de Brasil (de 1988), de Colombia (de 1991) e incluso de Paraguay (de 1992) que tiene la primacía en esta materia. Las demás Constituciones latinoamericanas de países que tienen población indígena, especialmente de Perú, México y Guatemala, aún no desarrollan estos derechos; Bolivia lo hizo. En 2007 la Asamblea General de Naciones Unidas ONU aprobó una *Declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas*. En la OEA aún se estudia una declaración a nivel interamericano. Hernán Salgado Pesantes. *Lecciones de Derecho Constitucional*, Quito, Ecuador, Ediciones Legales, 4ta. edición actualizada, enero 2012. Páginas 98-99.

<sup>166</sup> Juan Ignacio Larrea Holguín. *Derecho constitucional ecuatoriano*, Tomo II, Quito-Ecuador, Corporación de estudios y publicaciones, Vol. II, 2000. Página 281.

<sup>167</sup> *Ibidem.* Página 279.

### 2.2.3.- Particularidades:

Al comenzar este último tema resalté como característica de esta época la resolución definitiva de inconstitucionalidad de las normas jurídicas por parte del Tribunal Constitucional e hice referencia a la primera parte del Art. 278 de la Constitución de 1998. Sin embargo, quiero resaltar la contradicción con el artículo 284 de la misma que dice: “*En caso de duda sobre el alcance de las normas contenidas en esta Constitución, el Congreso Nacional podrá interpretarlas de un modo generalmente obligatorio.*”<sup>168</sup>

Como podemos observar, a pesar de su avance todavía estaba vigente una disposición similar a la de la Constitucional de 1906, la cual en su artículo 7, inciso primero decía: “*Sólo el Congreso tiene facultad de interpretar la Constitución de un modo generalmente obligatorio, y resolver las dudas que se suscitaren sobre la inteligencia de alguno o algunos de sus preceptos.*”<sup>169</sup>

En resumen, esta Constitución conservaba todavía el dogma de la soberanía popular, como ya lo expliqué anteriormente. El hecho de que las facultades de resolución definitiva de inconstitucionalidad, -para lo cual se necesita interpretar la norma jurídica en cuestión- y de interpretación de la Constitución con carácter general y obligatorio, sean competencias de diferentes órganos constitucionales, produce una clara contradicción que ya ha sido superada por el derecho constitucional y enmendada en la Constitución de 2008.

---

<sup>168</sup> *Constituciones del Ecuador desde 1830 hasta 2008.* <http://cancilleria.gob.ec/constituciones-del-ecuador-desde-1830-hasta-2008/> Acceso: 20.06.2013.

<sup>169</sup> *Ibidem.*

## **CAPÍTULO IV**

### **ESTRUCTURA COMPARATIVA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL ECUATORIANA Y DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ALEMÁN COMO ORGANOS DE CONTROL CONSTITUCIONAL**

El Tribunal Constitucional Federal está regulado por la Ley Fundamental de 1949 que aún se encuentra en vigencia con algunas modificaciones y por la Ley del Tribunal Constitucional Federal (BVerfGG)<sup>170</sup>, que son las que determinan todo lo que se refiere a la instauración, organización, competencias y el proceso de derecho del Tribunal. Mientras que la Corte Constitucional está regulada principalmente por la Constitución de 2008, por la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, así como por otros reglamentos.

En este capítulo me referiré paralelamente a la estructura de los dos órganos de control constitucional, porque a mi parecer es la mejor manera de apreciar sus similitudes y diferencias. Me gustaría aclarar que al referirme a las prescripciones jurídicas de la Ley del Tribunal Constitucional Federal, me referiré a párrafos (§) y no a artículos, por cuanto la palabra “artículos” está reservada para las prescripciones de la Ley Fundamental.

#### **1.- Integración del órgano constitucional alemán y la composición de la Corte Constitucional ecuatoriana:**

Antes de proseguir, cabe decir que según la Ley Fundamental, el Tribunal Constitucional Federal pertenece a la función jurisdiccional.<sup>171</sup> Sin embargo, es un órgano constitucional independiente (§ 1, BVerfGG)<sup>172</sup>, al igual que los otros órganos constitucionales.

---

<sup>170</sup> BVerfGG: siglas de *Bundesverfassungsgerichtsgesetz* / Ley del Tribunal Constitucional Federal.

<sup>171</sup> *Grundgesetz/Ley Fundamental*. Art. 92.

<sup>172</sup> *Bundesverfassungsgerichtsgesetz / Ley del Tribunal Constitucional Federal. Gesetze des Öffentlichen Recht / Leyes de Derecho público*. Traducción propia. Múnich, C.H.Beck, 95avo. suplemento, 2010.

La Ley Fundamental determina en forma simple que “*El Tribunal Constitucional Federal se integra de jueces federales y de otros miembros.*”<sup>173</sup> Y según la Ley del Tribunal Constitucional Federal, el Tribunal está compuesto por dos salas integradas por ocho jueces (§ 2, incisos 1 y 2, BVerfGG)<sup>174</sup> que son elegidos para un período de doce años –desde el nuevo reglamento de 1970-, o hasta que hayan alcanzado los 68 años de edad y no se permite su reelección. No obstante, los jueces se mantienen en su cargo hasta el nombramiento de su sucesor, con el fin de no afectar el funcionamiento jurisdiccional y la capacidad de decisión del Tribunal Constitucional Federal (§ 4, BVerfGG).<sup>175</sup>

Originalmente, cada sala estaba conformada por doce jueces -juristas de reconocida competencia-, pero a partir del primero de septiembre de 1956 se redujo a diez jueces y desde el primero de septiembre de 1963, se redujo a ocho jueces por sala. Este número incluye al Presidente y Vicepresidente del Tribunal Constitucional Federal, los cuales son elegidos de diferente sala y en forma rotativa (§ 9, inciso, 1, BVerfGG)<sup>176</sup>. Como consecuencia, las dos salas tienen la presidencia y vicepresidencia en común. El Presidente y el Vicepresidente presiden su respectiva sala y serán representados por el juez que tenga más años de servicio, en caso de haber algunos, por el juez con más edad de la respectiva sala (§ 15, inciso 1, BVerfGG).<sup>177</sup> Los dieciséis jueces representan la configuración federal de la República Federal Alemana. Cada sala tiene diferente ámbito de competencias y funcionan independientemente. “*En atención a que ambas Salas son autárquicas, la Corte Constitucional constituye lo que se llama «tribunal gemelo».*”<sup>178</sup>

---

<sup>173</sup> Grundgesetz / Ley Fundamental. Art. 94.

<sup>174</sup> Bundesverfassungsgerichtgesetz / Ley del Tribunal Constitucional Federal.

<sup>175</sup> Ibidem.

<sup>176</sup> Ibidem.

<sup>177</sup> Ibidem.

<sup>178</sup> Rupert Scholz. “Alemania: cincuenta años de Corte Constitucional Federal”. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2002*, Montevideo, Konrad Adenauer Stiftung e.V., 2002. Página 60.

Concretamente, la primera sala, llamada también, “*Sala de los derechos fundamentales*”<sup>179</sup>, tiene competencia para el control de las normas jurídicas y procedimientos sobre las quejas constitucionales o recursos de protección o amparo que se refieren a los derechos fundamentales de los artículos 1 al 19 y 101 y 103, inciso 1 de la *Ley Fundamental* (§ 14 inciso 1, BVerfGG).<sup>180</sup>

La segunda sala (§ 14 incisos 2 y 3, BVerfGG)<sup>181</sup>, conocida como “*Sala de derecho político*”<sup>182</sup>, decide principalmente sobre las diferencias entre los órganos, entre la Federación y los estados federativos (*Länder*), así como, la prohibición de los partidos políticos y las quejas de derecho electoral. Además, es competente del control de las normas y de los recursos de amparo en el ámbito del derecho de asilo y de extranjería; del servicio público; del servicio militar y de la prestación sustitutoria del servicio militar; del derecho penal: del procedimiento por imposición punitiva o pecuniaria, inclusive la ejecución de la prisión preventiva y pena de prisión; como también, del derecho tributario. A esto se suma la audiencia jurídica en los procesos sobre los recursos de protección o amparo por quebrantamiento del artículo 101, inciso 1<sup>183</sup> o 103, inciso 1<sup>184</sup> de la *Ley Fundamental* que provengan del ámbito del derecho civil, -con excepción de la familia y herencias-, de aquellos que tengan un apellido que comience con cualquiera de las consonantes entre la L y la Z.<sup>185</sup>

---

<sup>179</sup> Horst Säcker. *Das Bundesverfassungsgericht / El Tribunal Constitucional Federal*. Traducción propia, Bonn, Editorial bpb: Bundeszentrale für politische Bildung, Volumen 405, 6ta. edición, 2003. Página 47.

<sup>180</sup> *Bundesverfassungsgerichtgesetz / Ley del Tribunal Constitucional Federal*.

<sup>181</sup> *Ibidem*.

<sup>182</sup> Horst Säcker. *Das Bundesverfassungsgericht / El Tribunal Constitucional Federal*. Traducción propia, Bonn, Editorial bpb: Bundeszentrale für politische Bildung, Volumen 405, 6ta. edición, 2003. Página 47.

<sup>183</sup> Grundgesetz / Ley Fundamental. Art. 101: (1) “Los tribunales de excepción son improcedentes. Nadie podrá ser sustraído de su juez legal”.

<sup>184</sup> *Ibidem*. Art. 103: (1) “Todos tienen el derecho a audiencia jurídica ante los tribunales”.

<sup>185</sup> Horst Säcker. *Das Bundesverfassungsgericht / El Tribunal Constitucional Federal*. Traducción propia, Bonn, Editorial bpb: Bundeszentrale für politische Bildung, Volumen 405, 6ta. edición, 2003. Página 47.

En caso de haber dudas sobre la competencia de una sala, decidirá una comisión de seis jueces que estará integrada por el Presidente, el Vicepresidente del Tribunal y dos jueces de cada sala (§ 14, inciso 5, BVerfGG).<sup>186</sup>

Además, desde 1986 cada sala cuenta con comisiones de tres jueces, las cuales deciden en los casos de lesión grave de los derechos fundamentales o casos existenciales. La composición de las comisiones se debe cambiar cada tres años.

El pleno del Tribunal, conformado por los dieciséis jueces, tiene la competencia de “*expedir su propio reglamento*”<sup>187</sup> Para la preparación de los dictámenes, cada juez cuenta con la ayuda de colaboradores científicos, los cuales pudieron haber sido jueces de cualquier jurisdicción, fiscales, empleados públicos de alto rango y profesores privados. No obstante, para el asesoramiento de las salas se permite sólo la presencia de los jueces constitucionales.

En lo que se refiere a la Corte Constitucional ecuatoriana, es un órgano constitucional que goza, también, de autonomía administrativa y financiera.<sup>188</sup> Según el artículo 432 de la Constitución<sup>189</sup>, la Corte Constitucional estará conformada por nueve miembros<sup>190</sup> y sus alternos, los cuales son elegidos para un período de nueve años “*tiempo aceptable pues los períodos cortos contribuyen a una mayor politización*”<sup>191</sup> y no es posible su reelección inmediata. “*Es decir, hay la posibilidad de presentarse de nuevo, pero no se señala después de que tiempo. Y esto debió decir expresamente la normativa constitucional, no*

---

<sup>186</sup> *Bundesverfassungsgerichtgesetz / Ley del Tribunal Constitucional Federal.*

<sup>187</sup> *Ibidem.* § 1 numeral 3.

<sup>188</sup> *Constitución de la República del Ecuador 2008.* Quito, cep: Corporación de Estudios y Publicaciones, versión profesional, 2012. Art. 430.

<sup>189</sup> *Ibidem.* Art. 432.

<sup>190</sup> Reiteramos que aunque la Constitución en la parte orgánica tenga recelo de llamar magistrado (solo dice miembro, Arts. 431 y siguientes) a quien es parte de la Corte Constitucional, consideramos que realmente es un juez de alto nivel y que, como tal, debe poseer prudencia, conocimientos en la materia, ponderación en los actos, junto a la indispensable independencia e imparcialidad. Hernán Salgado Pesantes. *Lecciones de Derecho Constitucional*, Quito, Ediciones Legales, 4ta. edición actualizada, enero 2012. Página 160.

<sup>191</sup> *Ibidem.* Página 160.

*dejar para la ley...*<sup>192</sup> Los miembros de la Corte serán renovados cada tres años por tercios. El primer tercio a renovarse será determinado a través de un sorteo entre todos los jueces constitucionales, mientras que cuando se renueve el segundo grupo, el sorteo será entre los seis jueces restantes de la primera designación.<sup>193</sup> La ley determinará el mecanismo de reemplazo en caso de ausencia del titular. El Presidente y el Vicepresidente serán elegidos de entre los jueces constitucionales para un período de tres años y no podrán ser reelegidos de forma inmediata y serán, a la vez, los representantes legales de la Corte Constitucional.<sup>194</sup>

Los miembros de la Corte ejercen sus funciones ya sea en plenario y en salas, según lo dictamine la ley. No obstante, las decisiones que estén *“relacionadas con las atribuciones previstas en esta Constitución serán adoptadas por el pleno de la Corte.”*<sup>195</sup>

La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y de Control Constitucional<sup>196</sup>, el Reglamento de Sustanciación de Procesos<sup>197</sup> y las Reglas de Procedimiento determinan la formación, las obligaciones y procedimiento de las Salas de Admisión, de Selección y de Revisión de la Corte Constitucional, las cuales están integradas por tres juezas o jueces constitucionales que serán designadas mensualmente, previo sorteo, en forma rotativa por el Pleno.

Los jueces terminan sus funciones, normalmente, luego del período para el cual fueron elegidos, pero también, como lo determina el artículo 185 de la Ley Orgánica<sup>198</sup> por muerte, por renuncia legalmente aceptada, por incapacidad física o mental permanente, por

---

<sup>192</sup> *Ibíd.* Página 160.

<sup>193</sup> *Ibíd.* Art. 25 del Régimen de Transición.

<sup>194</sup> *Ibíd.* Art. 435.

<sup>195</sup> *Ibíd.* Art. 429, párrafo 2.

<sup>196</sup> *Ibíd.* Art. 199 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

<sup>197</sup> *Ibíd.* Arts. 9, 13, 15 del Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional.

<sup>198</sup> *Ibíd.* Art. 185 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y de Control Constitucional.

haber incurrido en una inhabilidad de acuerdo al artículo 173 de esta Ley Orgánica<sup>199</sup>, o por destitución que lo retomaré al hablar sobre las responsabilidades de los jueces constitucionales.

## **2.- Requisitos para ser jueces constitucionales en los dos países:**

Puede ser elegido juez constitucional cualquier alemán que haya cumplido los 40 años de edad y esté habilitado según la ley de jueces (§ 3, incisos 1 y 2, BVerfGG)<sup>200</sup> - lo cual implica que haya aprobado los dos años de pasantía posteriores al estudio jurídico y el segundo examen estatal-, es decir, que tenga el título de abogado; o ser profesor titular de derecho en una universidad alemana, es decir, que tenga los títulos de Doctor en Derecho y de Profesor universitario. El requisito para ser juez constitucional es ser jurista habilitado, pero no importa la profesión que se desempeña, sea la de juez, empleado público, abogado, diputado, funcionario del gobierno o profesor universitario.

No obstante, tres jueces de cada sala serán nombrados del grupo de los jueces de los Tribunales federales superiores, es decir, de la Corte Suprema de Justicia o de los Tribunales de lo Contencioso Administrativo, Fiscal, Laboral o Social, y que hubieren laborado por lo menos tres años en esa posición (§2, inciso 3, BVerfGG).<sup>201</sup>

El juez constitucional no debe pertenecer a una entidad legislativa, o del gobierno estatal o federal<sup>202</sup>, ni realizar ninguna otra actividad profesional secundaria, excepto la de profesor universitario de Derecho (§ 3, incisos 3 y 4, BVerfGG)<sup>203</sup>. La Ley del Tribunal

---

<sup>199</sup> *Ibidem.*

<sup>200</sup> *Bundesverfassungsgerichtgesetz / Ley del Tribunal Constitucional Federal.*

<sup>201</sup> *Ibidem.*

<sup>202</sup> *Grundgesetz / Ley Fundamental. Art. 94.*

<sup>203</sup> *Bundesverfassungsgerichtgesetz / Ley del Tribunal Constitucional Federal.*

Constitucional Federal le da al juez el derecho de renunciar a su cargo en cualquier tiempo (§ 12, BVerfGG)<sup>204</sup>.

En lo que se refiere a la Corte Constitucional ecuatoriana, la actual Constitución<sup>205</sup> determina que para ser designado miembro de la Corte Constitucional se requiere, como primera condición: Ser ecuatoriana o ecuatoriano y encontrarse en ejercicio de sus derechos políticos. Además, poseer el título de tercer nivel en Derecho legalmente reconocido en el país, es decir, es suficiente tener el título de abogado. Otro requisito de notable importancia es el haber ejercido con probidad notoria la profesión de abogada o abogado, la judicatura o la docencia universitaria en ciencias jurídicas por un lapso mínimo de diez años y el de demostrar probidad y ética –estos requisitos, aparte de la exigencia objetiva del tiempo de ejercicio profesional, pueden dar lugar a interpretaciones- y por último se exige el no pertenecer ni haber pertenecido a la directiva de ningún partido o movimiento político en los últimos diez años. “Es decir, se permite la afiliación (caso contrario sería una violación al derecho político pertinente).”<sup>206</sup> En definitiva: “Los requisitos que se exigen a los nueve miembros y a sus alternos son menores que aquellos que constaban en la Constitución anterior.”<sup>207</sup> Tampoco se menciona como requisito un límite mínimo de edad.

### **3.- El procedimiento de designación:**

“Los miembros del Tribunal Constitucional Federal serán elegidos, por mitades, por el Parlamento federal y por el Consejo federal.”<sup>208</sup> Tienen derecho de presentar sus propuestas

---

<sup>204</sup> *Ibidem*.

<sup>205</sup> *Constitución de la República del Ecuador de 2008*. Art. 433.

<sup>206</sup> Hernán Salgado Pesantes. *Lecciones de Derecho Constitucional*, Quito, Ediciones Legales, 4ta. edición actualizada, enero 2012. Página 160.

<sup>207</sup> *Ibidem*. Página 159.

<sup>208</sup> *Grundgesetz / Ley Fundamental*. Art. 94.

los grupos parlamentarios, el Gobierno federal y los gobiernos estatales, y el Ministro de Justicia llevará la lista de todos los candidatos (§ 8 inciso 2, BVerfGG)<sup>209</sup>.

A los jueces que les elige el Parlamento federal, se les elige por elección indirecta y para ello se forma una comisión de doce parlamentarios, los cuales son escogidos conforme a la representación proporcional de los partidos políticos (§ 6, incisos 1 y 2, BVerfGG)<sup>210</sup>. Para ser elegido como juez constitucional se necesita un mínimo de ocho votos a favor (§ 6, inciso 5, BVerfGG)<sup>211</sup>. Los jueces elegidos por el Consejo federal necesitan de una mayoría de dos tercios del total de votos (§ 7, BVerfGG)<sup>212</sup>. Para la elección del Presidente y Vicepresidente del Tribunal Constitucional Federal se alternan el Parlamento federal y el Consejo federal (§ 9, inciso 1, BVerfGG)<sup>213</sup>. Los jueces constitucionales elegidos obtienen su nombramiento por parte del Presidente federal (§ 10, BVerfGG)<sup>214</sup> y a la vez, prestan su juramento de mantenerse fieles a la Ley Fundamental y cumplir escrupulosamente sus deberes de magistrados al servicio de todos.<sup>215</sup> EL texto del juramento se encuentra en el § 11, inciso 1, BVerfGG<sup>216</sup>, el cual puede ser prestado con o sin afirmación religiosa.

Refiriéndome a la Corte Constitucional, según lo determina el Art. 434 de la Constitución<sup>217</sup>, para la designación de los jueces constitucionales se debe formar una comisión calificadora la misma que estará integrada por dos personas nombradas por cada una de las funciones Legislativa, Ejecutiva y de Transparencia y Control Social, es decir un total de seis personas, “*que actuarán con absoluta independencia de las autoridades*

---

<sup>209</sup> *Bundesverfassungsgerichtgesetz / Ley del Tribunal Constitucional Federal.*

<sup>210</sup> *Ibidem.*

<sup>211</sup> *Ibidem.*

<sup>212</sup> *Ibidem.*

<sup>213</sup> *Ibidem.*

<sup>214</sup> *Ibidem.*

<sup>215</sup> Horst Säcker. *Das Bundesverfassungsgericht / El Tribunal Constitucional Federal.* Traducción propia, Bonn, Editorial bpb: Bundeszentrale für politische Bildung, Volumen 405, 6ta. edición, 2003. Página 54.

<sup>216</sup> *Bundesverfassungsgerichtgesetz / Ley del Tribunal Constitucional Federal.*

<sup>217</sup> *Constitución de la República del Ecuador de 2008.* Art. 434.

*nominadoras. En los casos de representación de cuerpos colectivos, los miembros deben ser nombrados por acuerdo adoptado por mayoría absoluta.*<sup>218</sup> Las funciones: Legislativa, Ejecutiva y de Transparencia y Control Social tienen derecho a presentar al menos nueve candidatos<sup>219</sup>. Para ello se convocará a un *proceso de concurso público, con veeduría y posibilidad de impugnación ciudadana*<sup>220</sup>. El concurso será regulado por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social.<sup>221</sup> Para el nombramiento del juez constitucional se tomará en consideración, además de los requisitos enunciados, el artículo 173 de la Ley Orgánica<sup>222</sup> que se refiere a las inhabilidades para la designación como juezas o jueces. Para la integración de *la Corte Constitucional* se procurará seleccionar el mismo número entre hombres y mujeres para obtener una equidad de género.

#### **4.- Efectos jurídicos de los fallos o sentencias:**

##### ***4.1.- De los fallos del Tribunal Constitucional Federal:***

Al respecto la Ley Fundamental en su artículo 94, inciso 2 dice: “*Una ley federal regulará las condiciones y el procedimiento, y determinará los casos en los cuales sus decisiones tendrán fuerza de ley.*”<sup>223</sup> Por regla general y en caso de que la petición de inconstitucional de una norma sea objetivamente fundamentada, se declarará la nulidad de las normas, según el § 78, BVerfGG.<sup>224</sup> Puede ser que el Tribunal Constitucional Federal sólo declare la inconciliabilidad de la norma con la Ley Fundamental. Esto significa que no se permite más la utilización de tal norma, por estar en la espera de una nueva norma que la reemplace

---

<sup>218</sup> *Ibidem.* Art. 179, Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

<sup>219</sup> *Ibidem.* Art. 25 del Régimen de Transición.

<sup>220</sup> *Ibidem.* Art. 180 - 184 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

<sup>221</sup> *Ibidem.* Art. 25 del Régimen de Transición.

<sup>222</sup> *Ibidem.* Art. 173, Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

<sup>223</sup> *Grundgesetz / Ley Fundamental.* Art. 94, párrafo 2.

<sup>224</sup> *Bundesverfassungsgerichtsgesetz / Ley del Tribunal Constitucional Federal.*

(§ 31, inciso 2, frase 3 y §79, inciso 1, BVerfGG).<sup>225</sup> “También puede considerarse la validez temporal de una norma, cuando la exigencia constitucional de la nulidad es menos probable que una validez temporal, la llamada «Chaosfalle», es decir, amenaza de un vacío legal.”<sup>226</sup>

Los efectos jurídicos de nulidad comienzan desde el momento mismo de la declaratoria de nulidad de la norma (§ 79, inciso 1, BVerfGG) y obliga a todos los órganos constitucionales federales y de los estados, así como, a todos los juzgados, tribunales y oficinas públicas. Tiene fuerza de ley y por esta razón obliga a todos los ciudadanos y órganos de Derecho privado (§ 31, BVerfGG).<sup>227</sup> Cabe citar a Rupert Scholz, quien dice: “Sus fallos son de acatamiento obligatorio para los tres poderes del Estado, en los cuales las decisiones de la Corte también poseen fuerza legal objetiva.”<sup>228</sup>

Por lo general, las decisiones en las salas son tomadas con el voto de una mayoría simple, pero para algunos procesos significativos se necesita de una mayoría calificada de los dos tercios, según lo dispone el § 15, inciso 4, BVerfGG.<sup>229</sup> En caso de que en la sala no se llegue a una decisión unánime, los jueces tienen la posibilidad de publicar, también, su voto salvado, apartándose de la opinión mayoritaria. Cuando una de las salas no está de acuerdo con la decisión de la otra, decide el pleno del Tribunal Constitucional Federal con el fin de unificar su jurisprudencia (§ 16 inciso 1, BVerfGG)<sup>230</sup>, pero para esto se necesita la presentación previa de la providencia de la respectiva sala. El Pleno está conformado por todos los jueces del Tribunal y tiene capacidad de decisión cuando cuenta con una asistencia mínima de los dos tercios del total de los jueces (§ 16, inciso 2, BVerfGG).<sup>231</sup>

---

<sup>225</sup> *Ibidem*.

<sup>226</sup> Hans-Gerd Pieper. *Staatsorganisationsrecht / Organización de un Estado de Derecho*, Traducción propia. Münster, Editorial Alpmann und Schmidt, 13ava. edición, revisada y aumentada, 2010. Página 251.

<sup>227</sup> *Bundesverfassungsgerichtgesetz / Ley del Tribunal Constitucional Federal*.

<sup>228</sup> Rupert Scholz. “Alemania: cincuenta años de Corte Constitucional Federal”. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2002*, Montevideo, Konrad Adenauer Stiftung e.V., 2002. Página 60.

<sup>229</sup> *Bundesverfassungsgerichtgesetz / Ley del Tribunal Constitucional Federal*.

<sup>230</sup> *Ibidem*.

<sup>231</sup> *Ibidem*.

## 2.2.- De las sentencias de la Corte Constitucional:

Según el artículo 440 de la Constitución: “*las sentencias y los autos de la Corte Constitucional tendrán el carácter definitivo e inapelable*”<sup>232</sup>, También, Las Reglas de Procedimiento determinan que “*Las sentencias de constitucionalidad tendrán el efecto de cosa juzgada, material o formal, según sea el caso y serán de obligatorio cumplimiento para todas las personas e instituciones*”.<sup>233</sup>

A esto se suma lo que determina la Ley Orgánica en lo que se refiere a las competencias del Art. 436 de la Constitución: “*La Corte Constitucional producirá precedente constitucional, que será obligatorio y vinculante en los términos previstos en la Constitución y en la presente ley.*”<sup>234</sup> Para ello es necesario que las sentencias y dictámenes sean “*expedidos con el voto conforme de por lo menos cinco integrantes del Pleno.*”<sup>235</sup> Los votos pueden ser a favor, salvados o concurrentes<sup>236</sup>.

## 5.- El reemplazo de un juez constitucional:

Además de la formación de las comisiones en las salas, se introdujo en 1986 el procedimiento para el reemplazo de un juez. Cada sala tiene que contar con la presencia de un mínimo de seis jueces para tener capacidad de decisión (§ 15 inciso 2, BVerfGG).<sup>237</sup> Hasta 1985 la ley no preveía el reemplazo, entre sí, de los jueces de las dos salas, pero “*desde el primero de enero de 1986 se ha alejado este peligro, pues en el § 15, inciso 2, frase 2, BVerfGG se prevé un sorteo para los procedimientos de urgencia especial, a través del cual es posible elegir a un juez o a jueces de la otra sala hasta obtener el número de asistencia*

---

<sup>232</sup> Constitución de la República del Ecuador de 2008. Art. 440.

<sup>233</sup> Ibídem. Art. 17. De las Reglas de Procedimiento para el Ejercicio de las Competencias de la Corte Constitucional.

<sup>234</sup> Ibídem. Art. 187 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y de Control Constitucional.

<sup>235</sup> Ibídem. Art. 16, inc. 1, Reglas de Procedimiento.

<sup>236</sup> Ibídem. Art. 16, inc. 2 y 3, Reglas de Procedimiento.

<sup>237</sup> Bundesverfassungsgerichtsgesetz / Ley del Tribunal Constitucional Federal.

mínima.”<sup>238</sup> De ese modo se pueden sobrellevar los casos de enfermedad o muerte hasta llenar la vacante sin el peligro de llegar a la incapacidad de decisión en las salas por falta de cuórum.

“Otra razón para la cual también se instituyó el sorteo como proceso complementario, es en el caso de que exista desconfianza fundamentada sobre la imparcialidad de un juez.”<sup>239</sup> Según la ley, no se podrá rechazar a un juez constitucional porque éste hubiera colaborado anteriormente en el proceso legislativo o manifestado su opinión científica sobre una pregunta de derecho de importancia para el proceso, ni la pertenencia a un partido político o un planteamiento general parecido que justificare la exclusión del juez.<sup>240</sup> Sin embargo, gracias a la modificación de 1986 ya no existe el peligro de que una sala se quede sin cuórum cuando el rechazo de un juez sea aceptado o cuando el mismo juez se excluya de un proceso.

No obstante, no se puede suplantar o reemplazar a un juez en el transcurso de un proceso, pero para el caso de que muchos jueces se hayan retirado durante el proceso, a tal punto que la sala no pueda tomar decisiones, se tiene que comenzar nuevamente con el proceso luego de las nuevas elecciones (§ 15, inciso 3, BVerfGG)<sup>241</sup>. En el caso de que uno de los jueces constitucionales se separe del cargo antes de lo previsto por cualquier razón, elegirá su reemplazo el mismo órgano que eligió a este juez (§ 5, inciso 3, BVerfGG)<sup>242</sup>.

En la Corte Constitucional ecuatoriana el reemplazo de un miembro está determinado por el Reglamento de Sustanciación de Procesos: “en el caso de licencia, ausencia e impedimento

---

<sup>238</sup> Horst Sacker. *Das Bundesverfassungsgericht / El Tribunal Constitucional Federal*. Traducción propia, Bonn, Editorial bpb: Bundeszentrale für politische Bildung, Volumen 405, 6ta. edición, 2003. Página 48.

<sup>239</sup> *Ibidem*. Página 48.

<sup>240</sup> *Bundesverfassungsgerichtsgesetz / Ley del Tribunal Constitucional Federal*. § 18, números 2 y 3.

<sup>241</sup> *Ibidem*.

<sup>242</sup> *Ibidem*.

*de una jueza o juez titular se principalizará a un juez alerno debiendo éste actuar en todas las funciones del juez titular incluyendo la de las Salas de Admisión, Selección y Revisión.*<sup>243</sup>

## **6.- Responsabilidades de los jueces constitucionales:**

De los jueces del Tribunal Constitucional Federal, según el § 105, BVerfGG<sup>244</sup> que trata sobre la jubilación o despido de los jueces del Tribunal Constitucional Federal. El Tribunal puede autorizar al Presidente federal la jubilación anticipada de un juez por incapacidad perdurable para el desempeño de sus funciones, o también, la destitución por haber cometido un acto ilícito, o por haber sido condenado con pena de prisión superior a los seis meses, o por la culpabilidad de prevaricato, de tal modo que sea imposible su permanencia en esa función. El pleno del Tribunal decide “*sobre la introducción de un procedimiento para el cese anticipado del cargo de un juez constitucional en contra de su voluntad*”<sup>245</sup> La autorización necesita de la aprobación de los dos tercios de los jueces del Tribunal Constitucional Federal. No obstante, luego de introducir el procedimiento, el pleno del Tribunal puede destituir provisoriamente al juez. Lo mismo sucede cuando se ha abierto un procedimiento penal en contra del juez a causa de un acto ilícito. La destitución provisional del cargo requiere, también, de la aprobación de los dos tercios de los jueces de este Tribunal Constitucional Federal.

Además de las otras leyes procesales, se tomarán en cuenta para el procedimiento el §. 54, inciso 1 y el §. 55, incisos 1, 2, 4 y 6, BVerfGG<sup>246</sup>: El Tribunal *puede* ordenar la preparación de un sumario para la audiencia oral, pero en el caso de ser solicitado por la acusación o a petición del Presidente federal, el sumario *tiene* que ser preparado. El Tribunal decidirá fundamentándose en la audiencia oral. Para la audiencia será citado el

---

<sup>243</sup> *Constitución de la República del Ecuador de 2008*. Art. 8.1 del Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional.

<sup>244</sup> *Bundesverfassungsgerichtgesetz / Ley del Tribunal Constitucional Federal*.

<sup>245</sup> Horst Säcker. *Das Bundesverfassungsgericht / El Tribunal Constitucional Federal*. Traducción propia, Bonn, Editorial bpb: Bundeszentrale für politische Bildung, Volumen 405, 6ta. edición, 2003. Página 49.

<sup>246</sup> *Bundesverfassungsgerichtgesetz / Ley del Tribunal Constitucional Federal*.

Presidente federal, quien tendrá la oportunidad de esclarecerse sobre la acusación. Al final de ella serán oídos el representante de la acusación con su solicitud y el Presidente federal con su defensa, quien tiene la última palabra.

La responsabilidad de los jueces constitucionales de la Corte Constitucional, según la actual Constitución en su Art. 431<sup>247</sup>, que trata sobre la responsabilidad y destitución de los miembros de la Corte Constitucional, determina que *“no estarán sujetos a juicio político ni podrán ser removidos por quienes los designen.”* Según Salgado Pesantes: Se *“procede bien al determinar que no están sujetos al juicio político, y que tampoco «ser removidos por quienes los designen» porque esto afectaría la independencia de la Corte Constitucional.”*<sup>248</sup> Sin embargo, tienen la misma responsabilidad en el ejercicio de sus funciones como los demás empleados públicos.<sup>249</sup> Sin perjuicio de la responsabilidad civil, los miembros de la Corte Constitucional gozan de fuero especial para el caso de ser acusados por haber cometido eventualmente una infracción penal, por lo tanto, podrán ser *“acusados sólo por el Fiscal o el Fiscal General de la Nación y juzgados por el pleno de la Corte Nacional de Justicia, para cuyo efecto se requerirá el voto conforme de las dos terceras partes de sus integrantes.”*<sup>250</sup>

En lo que se refiere a la destitución de un miembro, la propia Corte Constitucional está facultada para decidir al respecto, no obstante, requiere del voto conforme de las dos terceras partes de sus integrantes. El procedimiento, los requisitos y causas serán determinados por una ley.<sup>251</sup> De acuerdo a la Constitución, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional en su Art. 186<sup>252</sup> determina más detalles sobre las responsabilidades de los jueces constitucionales, el fuero especial, el procedimiento y la decisión. Lo más importante es la determinación de la responsabilidad de los jueces *“por*

---

<sup>247</sup> Constitución de la República del Ecuador de 2008. Art. 431.

<sup>248</sup> Hernán Salgado Pesantes. *Lecciones de Derecho Constitucional*, Quito, Ediciones Legales, 4ta. edición actualizada, enero 2012. Página 161.

<sup>249</sup> Constitución de la República del Ecuador de 2008. Art. 233: Ninguna servidora ni servidor público estará exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones o por sus omisiones.

<sup>250</sup> *Ibidem*. Art. 431, inciso 2.

<sup>251</sup> *Ibidem*. Art. 431, inciso 4.

<sup>252</sup> *Ibidem*. Art. 186 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

*hechos punibles cometidos durante y con ocasión de las funciones ejercidas en la judicatura, serán objeto de denuncia, investigación y acusación única y exclusivamente por el Fiscal General del Estado...*” y continúa *“Excepto en lo que tiene que ver con las opiniones, fallos y votos emitidos en el ejercicio de su cargo, en cuyo caso no serán objeto de responsabilidad penal.”*<sup>253</sup> En esta frase se determinan una inmunidad que no es propia para los magistrados de una Corte Constitucional y que no está consagrada en la Constitución.

Al hablar sobre la responsabilidad de los jueces, cabe anotar, que los jueces constitucionales pueden terminar sus funciones, además por haber incurrido en una inhabilidad o por destitución, según en el Art. 185 numeral 5 y 6 de la Ley Orgánica<sup>254</sup>, es decir, por culpa inexcusable en el cumplimiento de sus deberes inherentes a su cargo, por violar la reserva propia de la función, en caso de responsabilidad penal, por abandono injustificado del cargo declarado por el pleno de la Corte Constitucional. Sin embargo, estas causales requieren de una resolución que sea aprobada por las dos terceras partes de los integrantes de la Corte Constitucional. Podrán terminar su cargo, también, por incurrir en una de las inhabilidades mencionadas en el Art. 173 de la Ley Orgánica, la mayoría de ellas deben ser motivo de control antes de su designación, otras, como la mencionada en el numeral 3, por mora del pago de pensiones alimenticias, puede ocurrir, también, por responsabilidad luego de ser designados.

---

<sup>253</sup> *Ibíd.*

<sup>254</sup> *Ibíd.*

## CAPITULO V

### COMPETENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL COMO ÓRGANO DE CONTROL CONSTITUCIONAL

En este capítulo me referiré exclusivamente a las competencias del Tribunal Constitucional Federal. Si bien, he tratado de realizar una clasificación que permita un análisis comparativo entre los dos órganos constitucionales, empero, no es posible hacerlo paralelamente. Tampoco trataré sobre los procedimientos en materia constitucional por no ser materia de esta tesis.

Las competencias del Tribunal Constitucional Federal están reguladas, como ya lo señalé, por la Ley Fundamental, por la Ley del Tribunal Constitucional Federal (*BVerfGG*)<sup>255</sup> y por “*la decisión del Pleno de noviembre de 1993 (Tercera parte, Nr.1.3).*”<sup>256</sup>

Al igual que en el capítulo anterior, utilizaré la palabra artículo/s (Art/s), sólo cuando me refiera a Ley Fundamental y cuando me refiera a la Ley del Tribunal Constitucional Federal, párrafo/s (§).

#### **1.- Las acciones por inconstitucionalidad:**

El control de las normas puede ser propuesto por cualquier ciudadano, pero también por un tribunal o determinados órganos constitucionales.

##### ***1.1.- Control constitucional abstracto de las normas jurídicas:***

El control abstracto de las normas jurídicas significa que esta norma no está ligada a un caso concreto.

---

<sup>255</sup> BVerfGG: siglas de *Bundesverfassungsgerichtsgesetz* / Ley del Tribunal Constitucional Federal.

<sup>256</sup> Horst Säger. *Das Bundesverfassungsgericht / El Tribunal Constitucional Federal*. Traducción propia, Bonn, Editorial bpb: Bundeszentrale für politische Bildung, Volumen 405, 6ta. edición, 2003. Página 47.

### 1.1.1.- Incompatibilidad de fondo o forma con la Ley Fundamental:

Según el Art. 93, inciso 1, número 2 de la Ley Fundamental<sup>257</sup>, el Tribunal Constitucional Federal tiene la competencia de decidir sobre las controversias o dudas relativas a la compatibilidad de forma o fondo de la normativa federal o de los estados con la Ley Fundamental, o de la normatividad de los estados con otras normas del Derecho federal. “También, pueden ser presentadas ante el Tribunal Constitucional Federal las preguntas de conciliación de las normas jurídicas anteriores a la Ley Fundamental (BVerfGE 24, 179).<sup>258</sup>

La petición sobre el control abstracto de constitucionalidad pueden hacerlo el Gobierno federal, los gobiernos estatales, o por lo menos un cuarto de los miembros del Parlamento federal (§ 76, inciso 1, BVerfGG).<sup>259</sup> Sin embargo, para la petición de este control es necesario que exista controversia de opinión o duda sobre la compatibilidad de las normas con la Ley Suprema y que el peticionario este convencido de que esa norma jurídica es inconstitucional, porque el control de una norma exige una razón fundamentada, ya sea para el establecimiento de claros intereses o por la necesidad de la protección jurídica. A no ser que la norma ya no tenga validez y por lo tanto ninguna consecuencia jurídica, o cuando existe una decisión paralela del Tribunal Constitucional Federal, a causa de las nuevas condiciones de vida o porque ha cambiado la concepción de los principios de derecho.

Como medida de control del Derecho de los estados (*Länder*) se contrapone toda la normatividad del Derecho federal. Mientras que la medida de control del derecho de la Federación es la Ley Fundamental. Por regla general y cuando el Tribunal está convencido de la incompatibilidad de la norma con la Ley Fundamental, declarará la nulidad de tal norma, pero si comprueba que hay otras determinaciones de la misma ley que son igualmente incompatibles, puede declarar igualmente su nulidad (§ 78, BVerfGG).<sup>260</sup> El

---

<sup>257</sup> Grundgesetz / Ley Fundamental.

<sup>258</sup> Horst Säger. *Das Bundesverfassungsgericht / El Tribunal Constitucional Federal*. Traducción propia, Bonn, Editorial bpb: Bundeszentrale für politische Bildung, Volumen 405, 6ta. edición, 2003. Página 65.

<sup>259</sup> Bundesverfassungsgerichtsgesetz / Ley del Tribunal Constitucional Federal. Traducción propia. Múnich, C.H.Beck, 95avo. suplemento, 2010.

<sup>260</sup> *Ibidem*. § 78: determina que cuando el Tribunal está convencido de que la ley federal no es compatible con la Ley Fundamental, o la ley de un Estado con la Ley Fundamental o con las demás del Derecho federal,

Tribunal Constitucional Federal puede, también, declarar sólo la inconciliabilidad de la norma con la Ley Fundamental. (§§ 31, inciso 2, frase 3 y 79, inciso 1, BVerfGG)<sup>261</sup>, o una validez temporal para evitar vacíos legales. Los efectos jurídicos de nulidad comienzan desde el mismo momento de la declaratoria de nulidad de la norma (§ 79, inciso 1, BVerfGG) y tienen fuerza de ley (§ 31, inciso 1, BVerfGG).

#### *1.1.2.- De la necesidad de una regulación legislativa federal:*

Se trata de un segundo control abstracto de las normas jurídicas que fue introducido en 1994 en el Art. 93, inciso 1, numeral 2a, Ley Fundamental<sup>262</sup> y determina que el Tribunal Constitucional Federal puede decidir sobre la necesidad de una regulación legislativa federal que cumpla con los requisitos del Art. 72, inciso 2 de la Ley Fundamental<sup>263</sup>, es decir, que la nueva regulación sea requerida para la creación de condiciones de vida equivalentes en el territorio federal o para el mantenimiento de la unidad jurídica o económica en interés del estado federal en su totalidad. Esta petición pueden hacerlo el Consejo federal y los Gobiernos o Parlamentos de los estados (*Länder*), según el § 76, inciso 2, BVerfGG.<sup>264</sup> El peticionario tiene que invocar que la nueva legislación no cumple con los requisitos exigidos en el Art. 72, inciso 2 de la Ley Fundamental y por lo tanto la considera inconstitucional. La petición es fundamentada cuando tal ley no cumple realmente con los requisitos exigidos constitucionalmente. Las consecuencias y efectos jurídicos son los mismos, arriba mencionados.

#### *1.1.3.- De la protección a la minoría parlamentaria:*

*Otra vía de control abstracto de normas jurídicas es la invocación ante el Tribunal Constitución Federal de al menos un tercio de los miembros del Parlamento federal, cuando sostienen la inconstitucional de una norma jurídica que ha sido sancionada por la mayoría de los*

---

puede declarar la nulidad de la norma jurídica. En caso de existir otras prescripciones de la misma ley que por la misma razón no sean compatibles con la Ley Fundamental o con las demás del Derecho federal, podrá el Tribunal Constitucional Federal declararlas, igualmente, inconstitucionales.

<sup>261</sup> *Ibidem*.

<sup>262</sup> Grundgesetz / Ley Fundamental.

<sup>263</sup> *Ibidem*.

<sup>264</sup> Bundesverfassungsgerichtsgesetz / Ley del Tribunal Constitucional Federal.

*parlamentarios o también, en la aprobación de un contrato internacional. De esta manera el Tribunal cumple la función de protección a la minoría parlamentaria.*<sup>265</sup>

## **1.2.- Control constitucional concreto de las normas jurídicas:**

### **1.2.1.- De una norma jurídica del Derecho interno:**

Cuando la decisión de un tribunal se cimenta sobre una ley, cuya vigencia ha sido luego de la Ley Fundamental de 1949, y la considere inconstitucional, el juez tiene que interrumpir el proceso concreto y presentar una providencia judicial ante el Tribunal Constitucional Federal, a fin de que este se pronuncie sobre la constitucionalidad de la misma (§ 80, inciso 1, BVerfGG)<sup>266</sup>. También, es obligatoria la providencia judicial de petición ante el Tribunal Constitucional Federal cuando la legislación estatal viole la Ley Fundamental o exista incompatibilidad de una ley de un estado con una ley federal (Art. 100, inciso 1, Ley Fundamental).<sup>267</sup> Este procedimiento también incluye a las normas jurídicas, cuya vigencia es anterior a la Ley Fundamental, pero que han sido modificadas por el órgano legislativo luego de 1949.

En la providencia judicial debe fundamentarse hasta qué punto es dependiente la decisión del tribunal con la validez de la norma e indicarse la norma superior con la cual es incompatible y debe estar acompañada del acta procesal pertinente. El Tribunal decidirá sólo sobre la pregunta concreta de derecho constitucional. La petición que realice el tribunal es independiente a la acción sobre la nulidad de la norma jurídica que pueda estar realizando uno de los participantes del proceso (§ 80, incisos 2 y 3, BVerfGG).<sup>268</sup>

*El Tribunal Constitucional Federal tiene la potestad única de condenar una ley como inconstitucional. Esta potestad es lógica, porque no sería adecuado con la autoridad del órgano legislativo democrático, si todos los juzgados o tribunales fuesen competentes en no aplicar una*

---

<sup>265</sup> Horst Sacker. *Das Bundesverfassungsgericht / El Tribunal Constitucional Federal*. Traducción propia, Bonn, Editorial bpb: Bundeszentrale für politische Bildung, Volumen 405, 6ta. edición, 2003. Página 66.

<sup>266</sup> Bundesverfassungsgerichtsgesetz / Ley del Tribunal Constitucional Federal.

<sup>267</sup> Grundgesetz / Ley Fundamental.

<sup>268</sup> Bundesverfassungsgerichtsgesetz / Ley del Tribunal Constitucional Federal.

*norma jurídica por considerarla inconstitucional. Además, esto conduciría a una grave inseguridad del derecho.*<sup>269</sup>

Naturalmente que todo juez tiene el derecho de dudar sobre la constitucionalidad de una norma jurídica antes de aplicarla, pero cuando tal norma está en consonancia con la Ley Fundamental, entonces tiene que aplicarla, pero si está convencido de que no es así, tiene que interrumpir el proceso y enviar el acta al Tribunal con el pedido de que se revise la validez de la norma. El Tribunal Constitucional Federal antes de su decisión puede solicitar la opinión, tanto a las partes que iniciaron el proceso, como al Parlamento federal, al Consejo federal, al Gobierno federal y a los gobiernos estatales sobre la norma cuestionada (§ 77, BVerfGG)<sup>270</sup>. Además, puede requerir la jurisprudencia sobre la pregunta de derecho conflictiva a la Corte o Tribunales federales superiores o de los Tribunales superiores de los estados (*Länder*).

Cuando la decisión del juez en un determinado proceso se cimenta sobre una norma jurídica -leyes, ordenanzas o reglamentos del ejecutivo-, cuya vigencia es anterior a la Ley Fundamental, puede decidir por sí solo la no aplicación, si la considerare inconstitucional, por cuanto la decisión sobre ellas deja intocable la autoridad del órgano legislativo.

#### *1.2.2.- De una norma jurídica de Derecho internacional:*

En el caso de que el juez en el curso de un proceso tuviere dudas acerca de la vigencia de una prescripción de Derecho internacional en el ámbito federal y no supiera con certeza de si esta es fuente de derechos y obligaciones para un individuo, entonces tendrá que solicitar la decisión del Tribunal Constitucional Federal (Art.100, inciso 2, Ley Fundamental).<sup>271</sup> Para comprender esta disposición, cabe referirse al Art. 25 de la Ley Fundamental<sup>272</sup>, en el cual se determina que las reglas generales del Derecho internacional público no sólo son parte integrante del Derecho federal, sino que tienen primacía sobre las leyes y por lo

---

<sup>269</sup> Horst Sacker. *Das Bundesverfassungsgericht / El Tribunal Constitucional Federal*. Traducción propia, Bonn, Editorial bpb: Bundeszentrale für politische Bildung, Volumen 405, 6ta. edición, 2003. Página 64.

<sup>270</sup> Bundesverfassungsgerichtsgesetz / Ley del Tribunal Constitucional Federal.

<sup>271</sup> Grundgesetz / Ley Fundamental.

<sup>272</sup> *Ibidem*.

tanto crean directamente derechos y obligaciones para todos los habitantes del territorio federal alemán. De esta manera se reconoce la intención del legislador en incorporar el Derecho internacional en el Derecho federal, dándole incluso, una categoría superior a las leyes. El Tribunal Constitucional Federal es el único que tiene la competencia de decidir sobre la existencia y alcance de una norma de derecho internacional. Esta competencia le sirve al Tribunal Constitucional Federal sólo para la verificación de una norma de Derecho internacional, pero no para controlar dichas normas.

### *1.2.3.- Diferente interpretación por un Tribunal Constitucional de un Estado (Land):*

En el caso de que un Tribunal Constitucional de un Estado (*Land*) quisiera apartarse de la decisión interpretativa de la Ley Fundamental realizada por el Tribunal Constitucional Federal o por el Tribunal Constitucional de otro estado necesita solicitar la decisión del Tribunal Constitucional Federal (Art. 100, inciso 3 de la Ley Fundamental).<sup>273</sup>

No obstante, con el fin descongestionar el trabajo del Tribunal Constitucional Federal, se limita la presentación de este tipo de providencias judiciales a los jueces de la Corte o Tribunales federales superiores. La comisión de una sala puede declarar por unanimidad (§ 93d, inciso 3, BVerfGG) la improcedencia de una providencia judicial que fuese presentada por un juez inferior, pero si dicha providencia procede de un Tribunal Constitucional de un estado (*Land*), o de la Corte o de un Tribunal federal superior, dicha aceptación queda bajo la competencia de la sala (§ 81a, BVerfGG).<sup>274</sup>

*A través del procedimiento del Art. 100 de la Ley Fundamental sobre el control concreto de las normas se ha podido eliminar una cantidad de prescripciones jurídicas que no eran compatibles con la Ley Fundamental o de algunas normas federales que no eran compatibles con las normas jurídicas federales simples. También, se ha podido determinar que otras normas deben ser sólo interpretadas en conformidad con la Ley Fundamental, y en cambio, otras fueron sólo permitidas hasta su modificación. Los procesos de control de las normas jurídicas forman, junto a las quejas*

---

<sup>273</sup> *Ibidem.*

<sup>274</sup> Bundesverfassungsgerichtsgesetz / Ley del Tribunal Constitucional Federal.

constitucionales (recurso de protección o amparo), una buena carga en el trabajo del Tribunal Constitucional Federal.<sup>275</sup>

### 1.3.- Conflictos de competencias constitucionales: Diferentes situaciones:

1) Según el Art. 93, inciso 1, número 1, Ley Fundamental,<sup>276</sup> decide el Tribunal sobre la interpretación de la Ley Fundamental por motivo de controversias sobre el alcance de los derechos y las obligaciones de un órgano supremo de la Federación o de otras instituciones que están investidas de derechos propios por esta Ley Fundamental, o por el reglamento interno de un órgano federal supremo. Estos órganos son el Presidente federal, el Gobierno federal, el Parlamento federal, el Consejo federal, así como una fracción del Parlamento federal, e incluso, en casos especiales, cada legislador. En esta controversia se trata de determinar si un órgano constitucional está funcionando en el marco constitucional o se está excediendo. En este caso el peticionario pretende hacer valer sus derechos y obligaciones que le han sido transmitidas por la Ley Fundamental y que están siendo lesionadas o puestas en peligro inmediato a través de una medida u omisión del otro órgano constitucional. Le corresponde al Tribunal Constitucional Federal constatar en su dictamen si la medida o la omisión reclamada responden a la determinación de la Ley Fundamental.

Una controversia similar puede darse entre el Parlamento federal y el Presidente federal, cuando este último se niegue a la formalización y publicación de una ley sancionada por el órgano legislativo, -obligación del Presidente Constitucional según el Art. 82, inciso 1, Ley Fundamental-<sup>277</sup> por encontrarla inconstitucional.

2) En lo que se refiere a las controversias sobre los derechos y deberes entre la Federación y los estados (*Länder*) o entre los estados que ocurren a causa de la delimitación de las competencias fundamentales establecidas, en especial, en lo que se refiere a la ejecución del Derecho federal y ejercicio del control federal por los estados. Estos desacuerdos

---

<sup>275</sup> Horst Säger. *Das Bundesverfassungsgericht / El Tribunal Constitucional Federal*. Traducción propia, Bonn, Editorial bpb: Bundeszentrale für politische Bildung, Volumen 405, 6ta. edición, 2003. Página 68.

<sup>276</sup> *Grundgesetz / Ley Fundamental*.

<sup>277</sup> *Ibidem*.

serán resueltos por el Tribunal Constitucional Federal (Art. 93, inciso 1, números 3 y 4, Ley Fundamental).<sup>278</sup>

- 3) Otra controversia de competencias puede darse entre los órganos al interior de los estados (Länder). Según el Art. 93, inciso 1, número 4, Ley Fundamental,<sup>279</sup> el Tribunal Constitucional Federal es competente para resolver estas controversias, pero sólo cuando no haya otra jurisdicción, es decir, un Tribunal Constitucional estatal preestablecido. Con esta prescripción se trata de evitar posibles vacíos legales, pero ocurre, también, que algunos estados (Länder) conceden la decisión en última instancia al Tribunal Constitucional Federal (Art. 99 Ley Fundamental)<sup>280</sup> sobre los litigios constitucionales dentro de dicho estado.

## **2.- Dictámenes de constitucionalidad como marco de funcionamiento democrático:**

### **2.1.- Tratados internacionales:**

*“La Ley del Tribunal Constitucional Federal no conoce el control previo de las normas jurídicas.”<sup>281</sup> La única excepción es para las normas jurídicas a través de las cuales se aprueba el cierre de Convenios Internacionales. Art. 59, inciso 2, Ley Fundamental: “Tratados internacionales, los cuales regulan las relaciones políticas de la Federación o se refieren a materias de la legislación federal, necesitan de la aprobación o de la participación de los órganos competentes en la respectiva legislación federal bajo la forma de una ley federal. Para los convenios administrativos tendrá validez la normativa sobre la administración federal correspondiente.”<sup>282</sup> En estos casos se controla la norma antes de la formalización y*

---

<sup>278</sup> Ibidem.

<sup>279</sup> Ibidem.

<sup>280</sup> Ibidem.

<sup>281</sup> Horst Sacker. *Das Bundesverfassungsgericht / El Tribunal Constitucional Federal*. Traducción propia, Bonn, Editorial bpb: Bundeszentrale für politische Bildung, Volumen 405, 6ta. edición, 2003. Página 58.

<sup>282</sup> Grundgesetz / Ley Fundamental.

publicación por el Presidente federal y con ello se impide que se comience con obligaciones internacionales que estén en contradicción con las normas constitucionales federales.

## 2.2.- *Enjuiciamiento al Presidente federal y a los jueces:*

1) Según la Ley Fundamental, Art. 61<sup>283</sup>, el Presidente federal puede ser acusado por violación dolosa de la Ley Fundamental o de otra ley federal ante el Tribunal Constitucional Federal, ya sea por el Parlamento federal o por el Consejo federal. La solicitud de formulación de la acusación necesita de la aprobación de la cuarta parte de los miembros del Parlamento federal o de los votos del Consejo federal. Sin embargo, la resolución de formulación de la acusación necesita de los dos tercios de los miembros del Parlamento federal o de los votos del Consejo federal. Además, la acusación estará representada por un delegado del órgano acusador.

Si el Tribunal comprueba la culpabilidad por violación dolosa de la Ley Fundamental o de otra ley federal por parte del Presidente, podrá separarle de su cargo. Además, podrá disponer como medida cautelar, luego de la acusación, el impedimento del Presidente para continuar con el ejercicio de sus funciones. En caso de impedimento o terminación anticipada del cargo por el Presidente federal, sus funciones serán desempeñadas por el Presidente del Consejo federal, según lo dispuesto en el Art. 57 de la Ley Fundamental.<sup>284</sup>

2) En el caso de que un juez hubiese vulnerado la Ley Fundamental o el orden constitucional de un estado (*Land*) y bajo la petición de una mayoría de dos tercios del Parlamento federal, el Tribunal Constitucional Federal podrá ordenar el traslado del juez a otro puesto o su jubilación. La lesión pudo haber sido cometida dentro o fuera del desempeño de sus funciones. En el caso de que la infracción fuese dolosa, podrá ordenar su destitución (Art. 98, Ley Fundamental).<sup>285</sup> “*Un juez no puede atentar en contra*

---

<sup>283</sup> *Ibidem.*

<sup>284</sup> *Ibidem.*

<sup>285</sup> *Ibidem.*

*del orden fundamental constitucional bajo la protección de su independencia objetiva y personal.*<sup>286</sup>

### **2.3.- La prohibición de los partidos políticos y el control electoral:**

- 1) La Ley Fundamental prevé en su Art. 21, numeral 2<sup>287</sup>, la posibilidad de revisar a través del Tribunal Constitucional Federal la constitucionalidad de los partidos políticos que por su finalidad o por el comportamiento de sus partidarios se pretenda desvirtuar o eliminar el régimen fundamental de libertad y democracia, o que pongan en peligro la existencia de la República Federal Alemana. En caso de ser así, el Tribunal tiene la potestad única de prohibirlos.

Para ello, el Tribunal revisa la esencia y funcionalidad de los partidos políticos, pero sólo a petición. Esta petición pueden hacerlo el Parlamento federal, el Consejo federal, el Gobierno federal o los gobiernos estatales. Se trata una oportunidad de la cual disponen estos órganos, a no ser que consideren razonable que semejante partido se mantenga en la contienda política para reducir su insignificancia. El Tribunal, antes de utilizar esta competencia y considerando que los partidos son los portadores de la vida democrática que debe estar marcada por una integración libre y autónoma de todas las fuerzas y opiniones, trata de frenar a dicho partido, en primer lugar, con argumentaciones políticas, a fin de evitar el abrir un procedimiento por inconstitucionalidad. No obstante, hasta que el Tribunal Constitucional Federal tome su decisión, los partidos gozan del privilegio de que nadie pueda impedir o limitar su funcionalidad, de esta manera se evita el abuso del gobierno en contra de la oposición. Lo que pretende la Ley Fundamental es establecer la unión entre la tolerancia y una democracia defendible y evitar un gobierno totalitario. *“Esto ha sucedido hasta ahora en dos casos: En octubre de 1952 con el Partido Socialista del Imperio –SRP- y en agosto de 1956 con el Partido Comunista Alemán –KDP que fueron disueltos.*<sup>288</sup>

---

<sup>286</sup> Horst Sacker. *Das Bundesverfassungsgericht / El Tribunal Constitucional Federal*. Traducción propia, Bonn, Editorial bpb: Bundeszentrale für politische Bildung, Volumen 405, 6ta. edición, 2003. Página 73.

<sup>287</sup> *Grundgesetz / Ley Fundamental*.

<sup>288</sup> Horst Sacker. *Das Bundesverfassungsgericht / El Tribunal Constitucional Federal*. Traducción propia, Bonn, Editorial bpb: Bundeszentrale für politische Bildung, Volumen 405, 6ta. edición, 2003. Página 71.

2) En lo que se refiere al control electoral, cabe señalar que esta competencia la tiene, en primer lugar, el Parlamento federal. Una Comisión parlamentaria de control electoral es la encargada de preparar este control. El Parlamento federal decide, también, si un legislador ha perdido su calidad de miembro. (Art. 41, inciso 1, Ley Fundamental).<sup>289</sup> Sin embargo, “*contra la decisión del Parlamento federal es admisible el recurso de queja ante el Tribunal Constitucional Federal (Art. 41, inciso 2, Ley Fundamental)*”<sup>290</sup> En este procedimiento se trata únicamente de garantizar la correcta composición del Parlamento y la queja debe ser sólo por las fallas electorales que han repercutido en la efectiva división de los escaños. Lo demás está regulado por la ley de control electoral.

#### **2.4.- Evolución en materia consultiva:**

Hasta el 21 de julio de 1956 había la posibilidad de que algunos órganos constitucionales requirieran del Tribunal Constitucional Federal un dictamen (peritaje) sobre determinadas preguntas de Derecho constitucional. Este peritaje era realizado por el pleno del Tribunal Constitucional Federal, pero significaba un compromiso del pleno de la sala y a la vez, algo muy grave en un estado democrático de derecho, una intervención en la competencia del Parlamento. La competencia de legislar está en manos del legislativo y por lo tanto sólo este puede sancionar una ley con eficacia legal y es de su responsabilidad el asesorarse sobre la compatibilidad con la Ley Fundamental. Recién, luego de ser sancionada una ley, se puede ver su contenido definitivo, por esta razón no sería procedente realizar el peritaje de un bosquejo o proyecto de ley, decreto, etc. Con el fin de salvaguardar la división entre la política y el derecho se eliminó esta competencia y se exige que Tribunal Constitucional se limite en el control constitucional, en especial, durante el proceso de formación de las leyes.<sup>291</sup>

---

<sup>289</sup> *Grundgesetz / Ley Fundamental.*

<sup>290</sup> *Ibidem.*

<sup>291</sup> Horst Säcker. *Das Bundesverfassungsgericht / El Tribunal Constitucional Federal.* Traducción propia, Bonn, Editorial bpb: Bundeszentrale für politische Bildung, Volumen 405, 6ta. edición, 2003. Página 74.

### **3. Las garantías constitucionales como protectoras de los derechos fundamentales:**

#### ***3.1- Las quejas constitucionales, el amparo y la protección de los derechos: requisitos procedimentales:***

Los recursos de protección o amparo pertenecen a la competencia más importante del Tribunal Constitucional Federal desde el punto de vista de la protección de los derechos individuales. De esta manera, el ciudadano común puede salvaguardar y hacer prevalecer los derechos fundamentales. Esta competencia fue primero promulgada en la Ley del Tribunal Constitucional Federal que siguió el ejemplo del Derecho Constitucional de Baviera, por cuanto en ella ya se permitía la demanda popular de derechos ante el Tribunal Constitucional estatal (*Land*) y a partir de 1969 está consagra en la Ley Fundamental.

*“Los recursos de protección o amparo pueden ser interpuestos por cualquier persona que crea haber sido lesionada en uno de sus derechos fundamentales por el poder público (Art. 93, inciso 1, 4a, Ley Fundamental)”*<sup>292</sup> y § 90, BVerfGG.<sup>293</sup> El reclamante debe ser el afectado, una demanda popular no es posible. Además, pueden ser presentados por personas jurídicas privadas las cuales gozan, también, de derechos fundamentales (Art. 19, inciso 3, Ley Fundamental)<sup>294</sup>, en todo lo que se refiere a restricciones que tengan que ver con su finalidad y por la Iglesia, como institución libre. Las personas jurídicas de derecho público no tienen esta facultad, a excepción de las universidades y las facultades estatales, en lo que se refiere a la libertad de investigación y de docencia, y los municipios y las organizaciones municipales, a causa de su autonomía administrativa, pueden, también, presentar recursos de protección o amparo (Art. 93, primer inciso, 4b, Ley Fundamental).<sup>295</sup>

La lesión puede darse por medio de una ley, de una sentencia o de una orden o disposición de un ente público. Los derechos fundamentales lesionados que entran en consideración

---

<sup>292</sup> Grundgesetz / Ley Fundamental.

<sup>293</sup> Budesverfassungsgerichtgesetz / Ley del Tribunal Constitucional Federal.

<sup>294</sup> Grundgesetz / Ley Fundamental.

<sup>295</sup> *Ibidem*.

son los mencionados en el Arts. 1 al 19 de la Ley Fundamental: -libertad de acción y de la persona; de creencia, de conciencia y confesión; de opinión, de prensa y de información pública; de vida familiar, matrimonio e hijos; de enseñanza; de reunión; de asociación; de circulación y de residencia; de profesión y prohibición del trabajo forzado; de inviolabilidad de domicilio; la garantía de la propiedad; derecho al asilo y de petición, igualdad ante la ley; secreto epistolar, postal y de telecomunicaciones.-, así como, de resistencia (Art. 20, 4), derechos de ciudadano (Art. 33), de elegir y ser elegidos (Art. 38), de juez competente, de audiencia jurídica y por privación de libertad (Arts. 101,103 y 104 Ley Fundamental).<sup>296</sup>

Normalmente, el recurso de protección puede ser presentado por escrito por cualquier persona sin el intermedio de un abogado. Sin embargo, para evitar la cantidad excesiva o abusiva de su utilización, se puede presentar este recurso, siempre y cuando, la lesión del derecho fundamental pueda ser eliminada sólo a través de él. Caso contrario, el reclamante debe tratar primero de eliminar la lesión ocasionada a través de las instancias normales antes de acudir al Tribunal Constitucional Federal. Es decir, su carácter subsidiario requiere del agotamiento de la vía judicial dentro de la correspondiente jurisdicción especializada o de un procedimiento especial para su admisión (Art. 94, inciso 2, frase 2, Ley Fundamental)<sup>297</sup> Además, el Tribunal especializado superior debe facilitar al Tribunal Constitucional Federal el acta y el fallo. Esto significa que los tribunales especializados tienen prioridad en la protección jurídica y, también, de las lesiones constitucionales. Dentro del plazo de un mes luego del fallo de la última instancia, se tiene que haber presentado el recurso de protección fundamentado ante el Tribunal Constitucional Federal. En el caso de fuerza mayor o de un impedimento sin culpa, se podrá presentar dentro de las dos semanas siguientes a la suspensión del impedimento (§ 93, inciso 2, BVerfGG).<sup>298</sup>

Sin embargo, los recursos de protección necesitan ser aceptados antes de su revisión por el Tribunal Constitucional Federal. Las condiciones para su aceptación fueron introducidas

---

<sup>296</sup> *Ibidem*.

<sup>297</sup> *Ibidem*. (Una ley federal) podrá establecer como condición para los recursos de amparo el agotamiento de la vía judicial y establecer un procedimiento especial para su admisión.

<sup>298</sup> Budesverfassungsgerichtsgesetz / Ley del Tribunal Constitucional Federal.

en 1993 en la Ley del Tribunal Constitucional Federal (§ 93<sup>a</sup>, BVerfGG).<sup>299</sup> Para ello el recurso debe tener importancia de Derecho constitucional – función objetiva-, o servir para imponer un derecho fundamental, es decir, cuando para el reclamante surge una desventaja grave a causa de la denegación del recurso– función subjetiva del recurso de protección- Sólo el Tribunal Constitucional puede decidir sobre su aceptación. Si no se acepta, se cierra el caso. Si se acepta, el reclamante no obtiene ninguna notificación especial, sino que el recurso sigue el proceso correspondiente. La decisión es inapelable. (§ 93d, inciso 1, BVerfGG). El hecho de la aceptación del recurso, no significa nada sobre su éxito. No obstante, luego de su aceptación, el recurso puede ser rechazado por la falta de fundamentación. La denegación del recurso no necesita ser justificada y tampoco implica conclusión alguna sobre su fondo. No obstante, al reclamante se le puede imponer una tasa administrativa de hasta los 2.600,00 euros, -última reforma en 2002- si su recurso constituye un mero abuso procedimental (§ 34 numeral 2, BVerfGG).<sup>300</sup>

Cada sala cuenta con comisiones de tres magistrados, las cuales deciden en los casos de lesión grave de los derechos fundamentales o casos existenciales. Estas comisiones pueden decidir sobre la anulación o supresión de sentencias o fallos judiciales o actos de la administración pública, o también cuando el interrogante constitucional ya haya sido materia de decisión de una sala, en este caso su decisión es igual a la de la sala. Las comisiones no podrán decidir sobre la derogación, parcial o total, de las leyes, para lo cual se necesita de la decisión de la sala completa (§§ 93c, inciso 1 y 93d, inciso 2, BVerfGG).<sup>301</sup> No obstante, cuando la comisión no decide nada sobre un recurso, tiene que hacerlo la sala, pero para ello se necesita que un mínimo de tres magistrados estén de acuerdo para proceder con la revisión (§ 93d, inciso 3, BVerfGG).<sup>302</sup>

Los recursos de protección o amparo no sólo sirven para que los ciudadanos defiendan sus derechos fundamentales, sino también para salvaguardar el derecho constitucional objetivo, es por eso que cuando se trata de un recurso de importancia general o cuando

---

<sup>299</sup> *Ibidem.*

<sup>300</sup> *Ibidem.*

<sup>301</sup> *Ibidem.*

<sup>302</sup> *Ibidem.*

para el reclamante surja una desventaja grave e inevitable por esperar el procedimiento regular, entonces, el Tribunal Constitucional Federal puede decidir sobre un recurso antes de que comience el proceso (§ 90, inciso 2, frase 2, BVerfGG). Sin embargo, las desventajas generales que conllevan la prosecución de un derecho en el proceso, no son razones suficientes para una decisión prematura (§ 90, inciso 2, BVerfGG).<sup>303</sup>

1) Recursos de protección en contra de una norma jurídica. En casos especiales, cuando la situación jurídica del ciudadano sea afectada en forma directa y actual, sin que se necesite del cumplimiento de un acto especial, se puede presentar directamente, sin conexión a ninguna tramitación, un recurso de protección en contra de una norma jurídica dentro del plazo de un año a contarse desde la fecha de haber entrado en vigencia (§ 93, inciso 3, BVerfGG).<sup>304</sup> Es decir, se puede presentar sólo cuando hay un caso concreto. Sin embargo, también se acepta tal recurso cuando la norma jurídica afecta al reclamante inmediatamente luego de la realización de un acto administrativo público. Lo importante es que se trate de un asunto actual. Y, también, se permite para el caso de no ser actual, pero que se pueda ver claramente la afectación del reclamante en el futuro. Es decir, se debe invocar que se está afectado justamente a través de la norma jurídica y no a través de la ejecución de dicha norma. Pero, también para los recursos de protección o amparo en contra de las leyes rige el principio de subsidiaridad.

2) Recursos de protección en contra de una sentencia. *“El Tribunal Constitucional Federal no es una instancia de súper-revisión.”*<sup>305</sup> El Tribunal no controla las sentencias de las instancias inferiores, sino sólo si el juez ha lesionado un derecho constitucional específico. La aplicación para los casos concretos, al igual que la constatación y la apreciación de la situación incumben únicamente al juez competente. Es decir, el Tribunal Constitucional Federal actúa sólo cuando el juez ha omitido el cumplimiento de uno de los derechos fundamentales, puede suceder que no lo haya reconocido o se

---

<sup>303</sup> *Ibidem.*

<sup>304</sup> *Ibidem.*

<sup>305</sup> Horst Sacker. *Das Bundesverfassungsgericht / El Tribunal Constitucional Federal*. Traducción propia, Bonn, Editorial bpb: Bundeszentrale für politische Bildung, Volumen 405, 6ta. edición, 2003. Página 58

equivoque en la extensión de la protección que brinda el derecho fundamental en mención.

Esto es un punto que los reclamantes frecuentemente desconocen y que ha conducido a que se dificulte el acceso al Tribunal con la exigencia de la intervención de abogados especializados autorizados para el Tribunal Constitucional Federal.

Cuando se ha aceptado el recurso de protección se tiene que comprobar para su decisión, cual prescripción de la Ley Fundamental y a través de cual acto ilícito u omisión ha sido lesionada. El Tribunal Constitucional Federal puede, al mismo tiempo, dictaminar que con cada repetición de esta medida se lesiona la Ley Fundamental. (§ 95, inciso 1, BVerfGG)<sup>306</sup> Cuando el recurso de protección se ha realizado contra una decisión, el Tribunal Constitucional Federal puede suprimir tal decisión y en el caso de que se haya aceptado el recurso antes del proceso según el § 90, inciso 2, frase 2, BVerfGG, se tiene que regresar el caso al tribunal competente (§ 95 inciso 2, BVerfGG).<sup>307</sup> Si el recurso de protección que ha sido aceptado, es en contra de una ley, se declarará la nulidad de la ley (§ 78, BVerfGG).<sup>308</sup> Lo mismo sucede con la norma, si la decisión suprimida, en el caso anteriormente mencionado, se basa sobre una ley inconstitucional, se anulará esta ley (§ 95, inciso 3, BVerfGG).<sup>309</sup> En congruencia a estas disposiciones el § 79, BVerfGG<sup>310</sup> determina que cuando una sentencia penal se haya basado sobre una ley que no es compatible con la Ley Fundamental y que ha sido declarada nula, o por la interpretación de una norma que ha sido declarada como incompatible por el Tribunal Constitucional Federal, se permitirá retomar nuevamente el proceso. La ejecución de tal decisión no será permitida.

*Los recursos de protección numéricamente significan la carga principal del trabajo del Tribunal Constitucional Federal. De un total de 136.622 procesos ante el Tribunal Constitucional Federal*

---

<sup>306</sup> Bundesverfassungsgerichtsgesetz / Ley del Tribunal Constitucional Federal.

<sup>307</sup> *Ibidem*.

<sup>308</sup> *Ibidem*.

<sup>309</sup> *Ibidem*.

<sup>310</sup> *Ibidem*.

*hasta el 31 de diciembre de 2001 correspondieron 131.445 a recursos de protección o amparo.*<sup>311</sup>

De los cuales, si bien, sólo un porcentaje mínimo de 2,5% han tenido razón y han conseguido la casación de una norma, o que algunas decisiones judiciales o actos administrativos se anulen, pero hay que resaltar la gran magnitud del conocimiento en la legislación, en la administración y en las jurisprudencia que de ellos se deriva. En resumen, según Säcker, los recursos de protección surten efectos educacionales que contribuyen, a la vez, en dar seguridad para la imposición de los derechos individuales constitucionalmente garantizados y a la conservación y formación del derecho constitucional objetivo.<sup>312</sup>

### **3.2.- Pérdida de los derechos fundamentales:**

El Art. 18 de la Ley Fundamental<sup>313</sup>, determina que en el caso de que alguien abuse o instrumentalice la libertad de expresión, en especial, la libertad de prensa (Art. 5, inciso 1), la libertad de enseñanza (Art. 5, inciso 3), de reunión (Art. 8), de asociación (Art. 9), del secreto de correspondencia y telecomunicaciones (Art. 10), la propiedad (Art. 14) o el derecho de asilo (Art. 16a) en pugna contra el orden fundamental de libertad y democracia, perderá estos derechos fundamentales. No obstante, su privación y alcance son competencia única del Tribunal Constitucional Federal. El Tribunal Constitucional Federal podrá actuar bajo petición del Parlamento federal, del Gobierno federal o gobiernos estatales. En caso de constatarse esta presunción, sólo el Tribunal podrá determinar los derechos fundamentales que perderá el afectado, pero se trata de una pérdida temporal. No se permite a ninguna otra ley estatal el contener medidas que amenacen la pérdida de los derechos fundamentales.

*Al respecto el Tribunal Constitucional Federal ha declarado nula una prescripción del Estado de Renania del Norte de Westfalia en contra de editoriales, directores editoriales y redactores responsables, a los cuales se les prohibía el ejercicio profesional, si en el desarrollo de sus actividades se atentara contra el orden fundamental de libertad y democracia, en especial, el*

---

<sup>311</sup> Horst Säcker. *Das Bundesverfassungsgericht / El Tribunal Constitucional Federal*. Traducción propia, Bonn, Editorial bpb: Bundeszentrale für politische Bildung, Volumen 405, 6ta. edición, 2003. Página 62.

<sup>312</sup> *Ibidem*. Página 62.

<sup>313</sup> *Grundgesetz / Ley Fundamental*.

*abuso en la difusión de ideas nacional-socialistas, militares, totalitarias, racistas o de instigación popular.*<sup>314</sup>

No obstante, el Tribunal no ha hecho uso hasta ahora de esta competencia, a pesar de algunas peticiones, *“por considerar que no representan ningún peligro serio para la existencia del orden fundamental de libertad y democracia.”*<sup>315</sup>

---

<sup>314</sup> Horst Säger. *Das Bundesverfassungsgericht / El Tribunal Constitucional Federal*. Traducción propia, Bonn, Editorial bpb: Bundeszentrale für politische Bildung, Volumen 405, 6ta. edición, 2003. Página 71.

<sup>315</sup> *Ibidem*. Página 72.

## CAPÍTULO VI

### COMPETENCIAS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL COMO ÓRGANO DE CONTROL CONSTITUCIONAL

En este capítulo trataré, exclusivamente, las competencias de la Corte Constitucional ecuatoriana, pero no me referiré a los procedimientos en materia constitucional.

La mejor manera de precisar el alcance de las competencias, de las cuales esta implementada la actual Corte Constitucional, es citando el Art. 429 de la Constitución que establece que: *“La Corte Constitucional es el máximo órgano de control, interpretación y de administración de justicia en esta materia. Ejerce jurisdicción nacional y su sede es en Quito.”*<sup>316</sup> De esta manera se concentra, por primera vez, el control y la justicia constitucional en un sólo órgano constitucional. La Corte Constitucional está regulada por la Constitución del 2008 y por la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y de Control Constitucional (LOGJCC)<sup>317</sup>, así como por otros reglamentos.

#### 1.- Las acciones por inconstitucionalidad:

Según el Art. 439 de la Constitución de 2008, *“las acciones constitucionales pueden ser presentadas por cualquier ciudadana o ciudadano individual o colectivamente”*.<sup>318</sup>

##### 1.1.- De fondo o forma contra actos normativos; normas conexas y de actos administrativos:

1) Más específicamente, estas acciones pertenecen al control constitucional abstracto *a posteriori*. En el Art. 436, inciso primero, número 2 de la actual Constitución<sup>319</sup>, se le

---

<sup>316</sup> Constitución de la República del Ecuador de 2008. Quito, cep: Corporación de Estudios y Publicaciones, versión profesional, 2012.

<sup>317</sup> LOGJCC = siglas de *“Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.”*

<sup>318</sup> Constitución de la República del Ecuador de 2008.

<sup>319</sup> *Ibidem*.

concede esta competencia a la Corte Constitucional, a la cual se le faculta conocer y resolver las acciones públicas de inconstitucionalidad por fondo y forma realizadas en contra de actos normativos de carácter general que han sido emitidos por órganos y autoridades del Estado. Al igual que el Tribunal Constitucional en la Constitución de 1998, la Corte Constitucional tiene la misma facultad de conocer y resolver estas acciones, es decir que para realizar el control constitucional se necesita de una acción o petición de parte. Al respecto, la actual Constitución habilita ampliamente la facultad de presentar las demandas por inconstitucionalidad a cualquier persona, individual o colectivamente<sup>320</sup> (Art. 439 de la Constitución)<sup>321</sup>, lo cual en la Constitución de 1998 estuvo expresamente limitado a través del Art. 277.<sup>322</sup> No obstante, un avance en materia constitucional son los efectos jurídicos de la declaratoria de inconstitucionalidad por la Corte Constitucional: *“la invalidez del acto normativo impugnado.”*<sup>323</sup> Grijalva Jiménez refiriéndose al artículo 276 numeral 1 de la Constitución de 1998, como ya lo mencioné, dice: *“no puede tener jurídicamente «el efecto de suspender los efectos de estas normas», sino de declarar la «invalidez» de las mismas, pues en este último caso quedan expulsadas del sistema jurídico en forma definitiva.”*<sup>324</sup>

- 2) Sobre las normas conexas: El Art. 436, inciso 1, número 3 de la Constitución de 2008, reviste a la Corte Constitucional, por primera vez, de la competencia para declarar de oficio la inconstitucionalidad de las normas conexas. La actuación de oficio en este caso es una excepcionalidad que se limita a los casos que estén sometidos a su conocimiento y cuando los jueces constitucionales estén convencidos de que una o varias disposiciones jurídicas son contrarias a la Carta Constitucional.

---

<sup>320</sup> Acorde con la premisa de la participación ciudadana resulta oportuno volver a establecer la acción popular; ello permitirá evaluar el avance de la cultura política y constitucional. Hernán Salgado Pesantes. *Lecciones de Derecho Constitucional*, Quito, Ecuador, Ediciones Legales, 4ta. edición actualizada, enero 2012. Página 158.

<sup>321</sup> *Constitución de la República del Ecuador de 2008*.

<sup>322</sup> *Constituciones del Ecuador desde 1830 hasta 2008*. <http://cancilleria.gob.ec/constituciones-del-ecuador-desde-1830-hasta-2008/> Acceso: 20.06.2013.

<sup>323</sup> *Constitución de la República del Ecuador de 2008*. Art. 436, inc. 1, número 2, frase.

<sup>324</sup> Agustín Grijalva Jiménez. *Constitucionalismo en Ecuador*, Quito, Pensamiento jurídico contemporáneo número 5, Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, CEDEC, 2012. Página 189.

*Anteriormente los miembros del Tribunal Constitucional podían conocer de oficio la inconstitucionalidad de una ley y de otras normas jurídicas hasta que la reforma de 1992 lo suprimió. En el caso actual hay una diferencia, sería una actuación complementaria a la acción principal que se ha interpuesto.*<sup>325</sup>

- 3) La acción de inconstitucionalidad contra actos administrativos (Art. 436, inc. 1, número 4, Constitución 2008) fue introducida por primera vez por las Reformas de 1995 (Constitución 1998). La actual Constitución ha limitado expresamente que la Corte Constitucional podrá conocer y resolver sólo aquellas acciones en contra de los actos administrativos con efectos generales y que puede declarar la invalidez del acto administrativo luego de constatar su inconstitucionalidad. Esta competencia ha sido más bien motivo de crítica, tanto por la naturaleza mismo de los actos administrativos, “*por cuanto todo acto administrativo lo que primero infringe es la ley y sólo indirectamente vulnera la Constitución*”<sup>326</sup>, como por el alcance del acto administrativo. Si se trata de un acto administrativo con efectos generales, como se ha puntualizado en la actual Constitución, entonces podría ser impugnado al igual que cualquier otro acto normativo como he señalado anteriormente. Como consecuencia, citaré nuevamente a Salgado Pesantes. “*Ergo, para los actos administrativos es preferible eliminar la inconstitucionalidad y dejar la vía de lo contencioso administrativo.*”<sup>327</sup>

#### ***1.2.- La acción por omisión de mandatos constitucionales:***

En el Art. 436, inciso 1, número 10 de la Constitución<sup>328</sup> se determina que los requisitos para la declaración de inconstitucionalidad por omisión de mandatos constitucionales son, en primer lugar, un mandato constitucional que debe realizarse en un determinado plazo por una institución del Estado o por alguna de las autoridades públicas. Se activa la competencia de la Corte Constitucional cuando la institución del Estado o las autoridades públicas, llamadas a acatar un mandato, inobserven su cumplimiento o la ejecución de un

---

<sup>325</sup> Hernán Salgado Pesantes. *Lecciones de Derecho Constitucional*, Quito, Ecuador, Ediciones Legales, 4ta. edición actualizada, enero 2012. Página 149.

<sup>326</sup> *Ibidem*. Página 148.

<sup>327</sup> *Ibidem*. Página 148.

<sup>328</sup> *Constitución de la República del Ecuador de 2008*.

acto dentro del plazo establecido en la Constitución o en el plazo considerado razonable por la Corte Constitucional. Según esta disposición, si a pesar de haber transcurrido el plazo, la omisión persistiera, entonces, la Corte Constitucional tiene la facultad, de además de declarar la inconstitucionalidad, de expedir una norma provisional o ejecutar un acto omitido. Lo importante en esta disposición es el establecer que la violación de la Constitución no sólo es posible con una acción, sino también con una omisión, como en este caso, y segundo, rompe el esquema tradicional del control constitucional concentrado, “según Kelsen, de que los jueces constitucionales son “legisladores negativos”.”<sup>329</sup>

*“La inconstitucionalidad por omisión ha sido reconocida y regulada vía normativa o jurisprudencial en varios países, tales como Brasil, Costa Rica, Portugal, Venezuela, Colombia, España, Italia, y Alemania.”*<sup>330</sup>

### **1.3.- Conflictos de competencias o atribuciones:**

Esta competencia fue introducida a través de las Reformas de 1995. En el Art. 436, inciso 1, número 7, Constitución de 2008<sup>331</sup> se determina que la Corte constitucional tiene como atribución “*dirimir conflictos de competencias o atribuciones entre funciones del Estado u órganos establecidos en la Constitución.*”<sup>332</sup> Cabe anotar que en la Constitución de 1998 se limitaba a aquellas competencias asignadas por la Constitución (Art. 276, número 6),<sup>333</sup> lo cual a mi parecer es de notable importancia que se trate solo de aquellos conflictos que se basan en la interpretación del alcance de los derechos y obligaciones que han sido transmitidos por la Constitución, dado el carácter de la Corte Constitucional, con el fin de que se determine si está actuando dentro del marco constitucional.

---

<sup>329</sup> Hernán Salgado Pesantes. *Manual de justicia constitucional ecuatoriana*. Quito, Corporación Editora Nacional, 2004. Página 18.

<sup>330</sup> *Ibidem*. Página 193.

<sup>331</sup> *Constitución de la República del Ecuador de 2008*.

<sup>332</sup> *Ibidem*.

<sup>333</sup> *Constituciones del Ecuador desde 1830 hasta 2008*. <http://cancilleria.gob.ec/constituciones-del-ecuador-desde-1830-hasta-2008/> Acceso: 20.06.2013.

#### ***1.4.- Control constitucional concreto de normas jurídicas:***

Según el Art. 428 de la Constitución de 2008<sup>334</sup>, cuando los jueces consideren en el curso de un proceso, ya sea “*de oficio o a petición de parte, que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en esta Constitución,*”<sup>335</sup> tendrán que suspender el proceso y remitir el expediente bajo consulta a la Corte Constitucional. Para su resolución, la Corte Constitucional cuenta con un plazo de cuarenta y ocho días. Si en este plazo la Corte Constitucional no se ha pronunciado, el perjudicado puede interponer la acción correspondiente.

Además, en este punto cabe referirse a los Arts. 424, 425 y 426 de la Constitución de 2008.<sup>336</sup> En el Art. 424 se establece la jerarquía del ordenamiento jurídico. En el Art. 425, inciso 3 se determina que en caso de conflicto entre las normas de diferente jerarquía se resolverá mediante la aplicación de la norma jerárquica superior y el Art. 426 de la Constitución determina que se “*aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a la Constitución*”<sup>337</sup>, aún sin petición de parte. El Art. 425 extiende esta facultad a la Corte Constitucional, y en los Arts. 425 y 426, además, a los jueces, autoridades administrativas y servidores públicos. Según la LOGJCC, Art 142, inc. 2, se determina que cualquier juez actuará “*sólo si tiene duda razonable y motivada de que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución.*”<sup>338</sup> En este caso tiene que suspender el proceso y remitir el expediente con la consulta constitucional a la Corte Constitucional, la cual resolverá en el plazo señalado por la Constitución. Según Grijalva Jiménez:

*Estos artículos (424, 425 y 426) podrían ser interpretados en el sentido de que los jueces cuando no tienen duda sobre la inconstitucionalidad de una norma, tienen la facultad de no aplicar la*

---

<sup>334</sup> Constitución de la República del Ecuador de 2008.

<sup>335</sup> *Ibidem*. Art. 428.

<sup>336</sup> *Ibidem*.

<sup>337</sup> *Ibidem*.

<sup>338</sup> *Ibidem*. Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

*norma. Esta ambigüedad resulta de las deficiencias en técnica legislativa tanto de la Constitución como de la ley, por lo cual se requiere de una adecuada interpretación al respecto de la Corte Constitucional.*<sup>339</sup>

Cabe recordar que en esta materia, la Constitución de 2008 trae una disposición completamente diferente con relación a la Constitución anterior de 1998, en la cual se permitía en forma clara a todos los jueces y tribunales en todas las instancias, además de fallar sobre el asunto concreto, la inaplicabilidad de la norma que considerasen como inconstitucional. (Art. 274, inciso 2, frase 2).<sup>340</sup> Claro que su resolución tenía sólo efecto *interpartes*. A esto se sumaba la obligación de presentar un informe de la declaración de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, quien decidía con carácter general, *erga omnes*.

## **2.- Dictámenes de la Corte Constitucional:**

### **2.1.- Tratados internacionales:**

La Corte Constitucional tiene la competencia de dictaminar en forma previa y vinculante sobre los tratados internacionales antes de su ratificación por la Asamblea Nacional. Esta competencia fue introducida, por primera vez, por la Constitución 1998 y fue recogida en el Art. 438, inciso 1, numeral 1 de la Constitución de 2008.<sup>341</sup> Además, el control constitucional de los tratados internacionales están regulados por la LOGJCC, Art. 107 - Art. 112.<sup>342</sup> En esta Ley se regula su intervención. Es así que la Corte Constitucional debe, en primer lugar, dictaminar sobre la necesidad de la aprobación del tratado internacional por parte de la función legislativa y en caso de ser necesario, realizará el control constitucionalidad previo al proceso de aprobación legislativo, y por último, le

---

<sup>339</sup> Agustín Grijalva Jiménez. *Constitucionalismo en Ecuador*, Quito, Pensamiento jurídico contemporáneo número 5, Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, CEDEC, 2012. Página 194.

<sup>340</sup> *Constituciones del Ecuador desde 1830 hasta 2008*. <http://cancilleria.gob.ec/constituciones-del-ecuador-desde-1830-hasta-2008/> Acceso: 20.06.2013.

<sup>341</sup> *Constitución de la República del Ecuador de 2008*.

<sup>342</sup> *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*.

corresponde, el control sobre las regulaciones en la cuales se imparte la aprobación legislativa. Lo esencial de esta competencia es verificar la conformidad del contenido de los tratados internacionales con las normas constitucionales ecuatorianas, además, comprobar su procedimiento en la negociación, suscripción y aprobación, así como el cumplimiento del trámite legislativo.

El Art. 419 de la Constitución<sup>343</sup> establece los casos, en los cuales, los tratados internacionales requieren de la aprobación de la Asamblea Nacional. Entre ellos, aquellos que se refieran a la soberanía nacional, a los derechos humanos, a la integración y al comercio, a la política económica, a las competencias de orden jurídico interno a favor organismos internacionales o comprometan el patrimonio natural. La Asamblea Nacional podrá aprobar o rechazar dicho tratado, o aprobar bajo reserva en determinados puntos o en caso de inconstitucionalidad de fondo, incluso, realizar la enmienda o reforma constitucional pertinente, a fin de lograr una conformidad entre las normas internacionales y la Constitución ecuatoriana.

## **2.2.- Convocatoria a consultas populares y en los casos de reforma de la Constitución:**

Según los Arts. 438, numeral 2 y 104 último inciso, Constitución de 2008<sup>344</sup>, en todos los casos de consulta popular, ya sea a nivel nacional o regional, se requerirá de la Corte Constitucional un dictamen previo y vinculante sobre la constitucionalidad de las preguntas propuestas y “*de las disposiciones jurídicas o de las medidas a adoptarse a través de este procedimiento (Art. 127, LOGJCC)*.”<sup>345</sup>

Además, corresponde a la Corte Constitucional calificar cuál de los procedimientos es el más pertinente para la reforma constitucional (Art. 443, Constitución de 2008).<sup>346</sup> Es necesario resaltar que en los dos procedimientos de reforma constitucional de los Arts. 441, inciso 1 y 442, inciso 1<sup>347</sup>, es decir, ya sea por enmienda de uno o varios artículos o

---

<sup>343</sup> Constitución de la República del Ecuador de 2008.

<sup>344</sup> *Ibidem*.

<sup>345</sup> Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

<sup>346</sup> Constitución de la República del Ecuador de 2008.

<sup>347</sup> *Ibidem*.

por una reforma parcial de la Constitución, se garantizan la estabilidad de los derechos y garantías y el procedimiento de reforma de la Constitución, además de su estructura fundamental y el carácter de los elementos constitutivos del Estado.

### **2.3.- Objeciones de inconstitucionalidad sobre proyectos de ley:**

Este control constitucional ya tiene historia en nuestro país, se estableció, por primera vez, en la Constitución de 1869, luego fue acogido por las Constituciones de 1878, 1929, 1945, 1946, 1967, 1998 y en la Constitución actual en su Art. 438, inciso 1, número 3.<sup>348</sup> Es un control constitucional *a priori*, como los dos dictámenes anteriormente mencionados que pretenden evitar el ingreso en el ordenamiento jurídico de un precepto contrario a la Constitución. Esta competencia estuvo en sus inicios en manos de la Corte Suprema de Justicia. Constitucionalmente, se le permite al Presidente de la República realizar objeciones de inconstitucionalidad de un proyecto de ley que ha sido aprobado por la Asamblea Nacional. A la Corte Constitucional le corresponde emitir un dictamen previo y vinculante sobre dichas objeciones de inconstitucionalidad presentadas.

### **2.4.- Declaratorias de estado de excepción:**

*“Una atribución nueva, es aquella que permite a la Corte constitucional intervenir en los estados de excepción. Cuestión que el constitucionalismo ecuatoriano, lo estableció para los casos de en que el Congreso Nacional estuviera en receso.”*<sup>349</sup> Según el Art. 436, inc. 1, número 8, Constitución de 2008<sup>350</sup>, corresponde a la Corte Constitucional el control constitucional de las declaratorias de los estados de excepción decretados por el Presidente de la República, cuando impliquen la suspensión de los derechos constitucionales de los ciudadanos.

Los decretos de estado de excepción están regulados, además, en los Arts. 164 – 166 de la Constitución.<sup>351</sup> En ellos se determina que el estado de excepción se rige bajo los principios de necesidad, proporcionalidad, legalidad, temporalidad, territorialidad y

---

<sup>348</sup> *Ibídem.*

<sup>349</sup> Hernán Salgado Pesantes. *Lecciones de Derecho Constitucional*, Quito, Ecuador, Ediciones Legales, 4ta. edición actualizada, enero 2012. Página 149.

<sup>350</sup> *Constitución de la República del Ecuador de 2008.*

<sup>351</sup> *Ibídem.*

razonabilidad, y que pueden afectar a todo o a una parte del territorio nacional. Los casos que lo justifican son: una agresión –anteriormente en 1998, inminente agresión-; conflicto armado internacional o interno, grave conmoción interna, calamidad pública –incorporada en el 2008- o un desastre natural. Los derechos que pueden ser afectados en un estado de excepción son: la inviolabilidad de domicilio, inviolabilidad de correspondencia, libertad de tránsito, libertad de asociación y reunión, y libertad de información. La declaratoria de estado de excepción debe basarse en un hecho concreto y determinar el ámbito de aplicación, su duración, las medidas a tomarse y los derechos afectados, además de la notificación correspondiente a la Asamblea Nacional, a la Corte Constitucional y a los organismos internacionales<sup>352</sup>, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la firma de la declaración. El estado de excepción tendrá una vigencia de sesenta días y si es necesario, una prolongación por treinta días más. La Asamblea Nacional podrá revocar el decreto en cualquier tiempo, independiente del control constitucional de la Corte Constitucional, además, el Estado de excepción se terminará en todos los casos cuando las causas que lo motivaron desaparezcan.

El control de constitucionalidad de los estados de excepción está regulado en la LOGJCC, Arts. 119 – 125.<sup>353</sup> La finalidad de este control es “*el garantizar el disfrute pleno de los derechos constitucionales y salvaguardar el principio de separación y equilibrio de los poderes públicos.*”<sup>354</sup> No obstante, la LOGJCC en su Art. 119 establece que en todos los casos que declaren un estado de excepción se debe realizar “*un control formal y material constitucional automático*”<sup>355</sup>, es decir, extiende la actuación de la Corte Constitucional más allá de la finalidad propuesta en la Constitución.

---

<sup>352</sup> La convención Americana en esta materia, y que la Constitución la recoge, cuando un Estado parte declara el estado de excepción y suspende determinados derechos debe informar inmediatamente al Secretario General de la Organización de los Estados Americanos «de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido, de los motivos que hayan suscitado para la suspensión y de la fecha en que haya dado por terminada la suspensión» (Art.23.3). Hernán Salgado Pesantes. *Lecciones de Derecho Constitucional*, Quito, Ecuador, Ediciones Legales, 4ta. edición actualizada, enero 2012. Página 150.

<sup>353</sup> *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.*

<sup>354</sup> *Ibidem.* Art. 119, inciso 1.

<sup>355</sup> *Ibidem.* Art. 119, Inciso 2.

### **2.5.- Admisibilidad para el enjuiciamiento político del Presidente:**

Según el Art.129 de la Constitución<sup>356</sup>, se requiere de una solicitud que tenga la aprobación de al menos una tercera parte de los miembros de la Asamblea Nacional para proceder al enjuiciamiento en contra del Presidente o Vicepresidente de la República. Las causales pueden ser por delitos en contra de la seguridad del Estado, o por concusión, cohecho, peculado, enriquecimiento ilícito, o por delitos de lesa humanidad -delitos de genocidio, tortura, desaparición forzada de personas, secuestro u homicidio por razones políticas o de conciencia-. Antes de iniciarse el juicio se requiere el dictamen de admisibilidad de la Corte Constitucional. No obstante, para la resolución sobre la censura y destitución del Presidente o Vicepresidente se necesita de la aprobación de las dos terceras partes de los miembros de la Asamblea Nacional y en el caso de que de ello se derive indicios de responsabilidad penal, se remitirá el asunto al juez competente.

### **2.6.- Comprobación del abandono del cargo por parte del Presidente:**

También se requiere un dictamen de la Corte Constitucional para comprobar el abandono del cargo por parte del Presidente de la República, según el Art. 145, número 5 de la Constitución de 2008.<sup>357</sup> La comprobación del abandono la hace la Corte Constitucional antes de que Asamblea Nacional proceda a la declaración del mismo, para lo cual tiene que contar con la aprobación de una mayoría de las dos terceras partes de sus integrantes.

### **2.7.- Casos de Destitución del Presidente y de disolución de la Asamblea Nacional:**

El Art. 130, inciso 1, número 1 de la Constitución<sup>358</sup> determina la necesidad de un dictamen previo y favorable de la Corte Constitucional antes de la destitución del Presidente o Vicepresidente por parte de la Asamblea Nacional, a causa de haberse arrogado funciones que no le compete constitucionalmente. Esta facultad puede ser ejercida por una sola vez y dentro de los tres primeros años del período legislativo. La decisión de destitución del Presidente requiere de la aprobación de una mayoría de las dos terceras partes de los miembros de la Asamblea Nacional y será sustituido por el Vicepresidente de la República.

---

<sup>356</sup> Constitución de la República del Ecuador de 2008.

<sup>357</sup> *Ibidem*.

<sup>358</sup> *Ibidem*.

Igualmente y para mantener el equilibrio del poder de los órganos constitucionales, el Art. 148, inciso 1 de la Constitución<sup>359</sup> faculta al Presidente de la República disolver la Asamblea Nacional, cuando a su juicio, esta se hubiera arrogado funciones que no le competen constitucionalmente. Sin embargo, también se requiere del dictamen previo y favorable de la Corte Constitucional. Esta facultad puede ser ejercida por el Presidente durante los tres primeros años de su mandato y por una sola vez.

Además, en el Art. 148, inciso 4 de la Constitución<sup>360</sup> se determina que hasta la instalación de la nueva Asamblea Nacional, el Presidente podrá expedir decretos-leyes de urgencia económica, previo dictamen favorable de la Corte Constitucional, los cuales podrán ser aprobados o derogados por el órgano legislativo.

#### **2.8.- *Proyectos de estatutos de autonomía regional:***

Por último, una novedad de la Constitución de 2008, Arts. 245, incisos 4 y 5, y 246<sup>361</sup>, establecen un control constitucional previo para los proyectos de estatutos de autonomía regional presentados por los gobiernos provinciales para formar una nueva región. El proyecto será aprobado o rechazado por la Asamblea Nacional en un plazo de ciento veinte días con una mayoría de las dos terceras partes de sus integrantes, y en caso de omisión se considerará como aprobado. También, será presentado ante la Corte Constitucional para que verifique su conformidad con la Constitución. La Corte Constitucional tendrá que manifestarse en un plazo de cuarenta y cinco días, y en caso de omisión se entenderá que su dictamen es favorable. Con el dictamen favorable de la Corte Constitucional y la aprobación legislativa se convocará a una consulta popular en la región afectada.

El estatuto será la norma institucional básica de la región. Las reformas del estatuto requerirán igualmente de un dictamen favorable de la Corte Constitucional (Art. 246)<sup>362</sup>.

---

<sup>359</sup> *Ibidem.*

<sup>360</sup> *Ibidem.*

<sup>361</sup> *Ibidem.*

<sup>362</sup> *Ibidem.*

### **3.- Las garantías constitucionales como protectoras de los derechos fundamentales:**

*Las garantías son los medios o instrumentos jurídicos, establecidos para asegurar el libre ejercicio de los derechos, es decir, estas garantías están previstas para proteger a los derechos cuando estos son vulnerados, por lo tanto sirven de freno contra la arbitrariedad y la ilegalidad.<sup>363</sup>*

Antes de hablar sobre las garantías constitucionales protegidas en esta Constitución, me referiré al Art. 436, inciso 6 de la Constitución de 2008,<sup>364</sup> en el cual se menciona las acciones de protección, de cumplimiento, de hábeas corpus, de hábeas data y de acceso a la información pública que las trataré más adelante. En este artículo se establece que la Corte Constitucional podrá expedir sentencias que constituyan jurisprudencia vinculante, lo cual es la finalidad básica que persigue el control constitucional concentrado en un órgano de máxima interpretación en esta materia. A este artículo se suma lo dispuesto en los Arts. 429, como lo anoté al iniciar este capítulo, y 436, inc. 1, número 1 de la Constitución.<sup>365</sup>

*La interpretación es un instrumento indispensable para el órgano que realiza el control constitucional, porque se entiende que es el especialista en este ámbito jurídico; por ello su jurisprudencia en materia constitucional es vinculante y debe ser aplicada por las autoridades políticas y administrativas.<sup>366</sup>*

Cabe anotar, que en Art. 436, inc. 1, número 1, existe una deficiencia en técnica legislativa, por cuanto habla de interpretación de tratados internacionales de derechos humanos. Al respecto, cabe citar:

---

<sup>363</sup> Galo Blacio Aguirre. *La acción de protección en el ordenamiento jurídico ecuatoriano*. Madrid, Editorial Universitas, S.A., 1ra. edición, 2011.

<sup>364</sup> *Ibidem*.

<sup>365</sup> *Ibidem*. Art. 436, inciso 1, número 1: Atribuciones de la Corte Constitucional: Ser la máxima instancia de interpretación de la Constitución, de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado ecuatoriano, a través de sus dictámenes y sentencias. Sus decisiones tendrán carácter vinculante.

<sup>366</sup> Hernán Salgado Pesantes. *Lecciones de Derecho Constitucional*, Quito, Ecuador, Ediciones Legales, 4ta. edición actualizada, enero 2012. Página 156.

*La Corte Constitucional no será el máximo intérprete, pues, por la ratificación que el Ecuador ha hecho de la Convención Americana o Pacto de San José, nuestro órgano de control está obligado a guiarse por las interpretaciones que realiza la Corte Interamericana de Derechos Humanos, máximo órgano judicial del Continente*<sup>367</sup>.

Además de esta deficiencia, el Art. 436, inciso 1, número 6, en su última frase trae una formulación imprecisa al determinar: “*así como los casos seleccionados por la Corte.*”<sup>368</sup> Esta frase da lugar a dudas sobre la extensión de su aplicación práctica.

Las garantías jurisdiccionales están reguladas, en general, por el Art. 86 de la Constitución de 2008.<sup>369</sup> En él se establece la acción popular, la competencia del juez o jueza del lugar en que se origina la acción u omisión o donde se producen los efectos; la sencillez, rapidez y eficacia del procedimiento oral, para el cual se habilitan todos los días y horas; la informalidad de la acción, el procedimiento, la eficacia de las notificaciones y la responsabilidad de los servidores públicos. Además, todas las sentencias ejecutoriadas deberán ser emitidas a la Corte Constitucional, las cuales servirán para el desarrollo y unificación de la jurisprudencia.

### ***3.1.- Las acciones de protección:***

*La vigente Constitución de Montecristi reemplaza la Acción de Amparo Constitucional con las medidas cautelares y la acción de protección, con importantes diferencias, pero también con determinadas similitudes: Como en el caso anterior abarca todos los derechos constitucionales y no solo los derechos fundamentales.*<sup>370</sup>

La acción de protección está regulada por el Art. 88 de la Constitución<sup>371</sup> y los Arts. 39 – 42 de la LOGJCC<sup>372</sup> y brinda protección o amparo directo y eficaz de los derechos

---

<sup>367</sup> *Ibidem.* Páginas 156-157.

<sup>368</sup> *Constitución de la República del Ecuador de 2008.*

<sup>369</sup> *Ibidem.*

<sup>370</sup> Julio César Trujillo, Efraín Pérez y otros. *Viabilidad de las Garantías Jurisdiccionales.* Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones (CEP). 2012. Página 57.

<sup>371</sup> *Constitución de la República del Ecuador de 2008.*

<sup>372</sup> *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.*

constitucionales o de derechos que se derivan de los tratados internacionales sobre derechos humanos<sup>373</sup> y que no estén amparados por las acciones de hábeas corpus, hábeas data, acceso a la información pública, por incumplimiento, por la acción extraordinaria de protección.

Requisitos indispensables para presentar esta acción son: La violación de un derecho constitucional o de carácter internacional humanitario; que ese derecho sea lesionado a través de una acción u omisión de una autoridad pública no judicial, de políticas públicas que afecten a los derechos o, también, por un particular en la prestación de servicios públicos o de interés público que provoque daño grave y además, si el afectado se encuentra en estado de subordinación, discriminación o indefensión, y que no exista otro mecanismo de defensa adecuado y eficaz de protección. En caso de no cumplir con estos requisitos, el juez pertinente declarará su inadmisibilidad en forma justificada.

*La mayor de las diferencias que entre la Acción de Amparo extinta y la Acción de Protección es que la primera únicamente se limitaba a suspender los efectos del daño causado, debiéndose resolver el asunto de fondo por la vía ordinaria, mientras que la segunda incluye la posibilidad de reparar en la misma acción el daño ocasionado al accionante.*<sup>374</sup>

Al respecto, cabe referirse al Art. 11, inc. 1, numeral 9 de la actual Constitución,<sup>375</sup> en el cual se regula la obligación del Estado en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución mediante la reparación de las violaciones a los derechos de los particulares por acciones u omisiones en el ejercicio de su cargo y del derecho de repetición que tiene el Estado en contra de todas las personas que sean responsables de un daño producido, además de las responsabilidades civiles, penales y administrativas. Esta prescripción es de esencial importancia para las garantías constitucionales.

---

<sup>373</sup> Constitución de la República del Ecuador de 2008. Art 11 numeral 7: El reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, no excluirá los demás derechos privados derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento.

<sup>374</sup> Julio César Trujillo, Efraín Pérez y otros. *Viabilidad de las Garantías Jurisdiccionales*. Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones (CEP). 2012. Página 58.

<sup>375</sup> Constitución de la República del Ecuador de 2008.

### 3.2.- *Medidas cautelares:*

Es una garantía jurisdiccional introducida por esta Constitución. Su fin es “*de evitar o hacer cesar la violación o amenaza de violación de un derecho (Art. 87 de la Constitución 2008).*”<sup>376</sup> Conjunta o independiente de las acciones constitucionales de protección de derechos se podrá ordenar medidas cautelares. Requisitos para una medida cautelar son: Una amenaza inminente y grave y que pueda ocasionar daños irreversibles, o por la intensidad y frecuencia de la violación. En ese caso la jueza o juez ordenará medidas cautelares, las cuales deben ser inmediatas, urgentes y adecuadas a la violación que a través de ellas se pretende evitar, por ejemplo, la orden de vigilancia policial, la visita al lugar de los hechos. No obstante, esta medida no constituirá un prejuzgamiento, ni tendrá valor probatorio en caso de una acción de violación de un derecho y no serán procedentes cuando ya existan medidas cautelares en las vías administrativas u ordinarias, tampoco cuando se trate de la ejecución de órdenes judiciales o cuando se interpongan en la acción extraordinaria de protección de derechos (Arts. del 26 - 30 de la LOGJCC).<sup>377</sup>

### 3.3.- *Acción de hábeas corpus y habeas data:*

1) La acción de hábeas corpus fue acogida en Ecuador, por primera vez, en la Constitución de los derechos sociales de 1929. Sin embargo, recién en 1933 se dictó una ley para su aplicación. En esta ley de aplicación se atribuyó esta competencia a los órganos seccionales, como por ejemplo, al Presidente del Concejo Municipal y del Consejo Provincial, entre otros, y más tarde, al Alcalde de la jurisdicción. También fue acogida en la Constitución de 1998. Sin embargo, a causa de la Convención Americana que sugería acudir a un juez para pedir la libertad, por cuanto no se trata de sólo tener detenida a una persona, sino de proteger al detenido de tratos crueles, inhumanos y degradantes, se fue adecuando esta figura jurídica en el Ecuador a las sugerencias internacionales. La acción de hábeas corpus está regulada por los Arts. 90 y 91 de la Constitución<sup>378</sup> y por los Arts. 43 – 46 de la LOGJCC.<sup>379</sup>

---

<sup>376</sup> *Ibidem.*

<sup>377</sup> *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.*

<sup>378</sup> *Constitución de la República del Ecuador de 2008.*

*La acción de hábeas corpus tiene por objeto el recuperar la libertad de quien se encuentre privado de ella en forma ilegal, arbitraria o ilegítima, por orden de la autoridad pública o por cualquier persona, así como proteger la vida y la integridad física de las personas privadas de libertad.*<sup>380</sup>

En el caso de que la víctima haya sido objeto de tortura, trato inhumano, cruel o degradante, no sólo se dispone la libertad inmediata de la víctima, sino también una atención integral y especializada y en caso de ser necesario, medidas alternativas a la privación de la libertad. Además en el Art. 90 se regula la desaparición forzosa de una persona -delito de lesa humanidad-, en la cual haya intervenido un funcionario público o cualquier otro agente del Estado o de personas que actúen con su autorización, apoyo o consentimiento.

*Deja de ser un recurso para convertirse en una acción que puede ser aplicada ante una jueza o juez competente, quien deberá establecer la situación jurídica de la persona que se dice está detenida arbitrariamente, debiendo, de ser el caso de ordenar su libertad sin condición y de forma inmediata.*<sup>381</sup>

El fin de esta acción es proteger a la libertad física de los ciudadanos, a fin de que no sean detenidos sin un debido proceso o que el proceso dure indefinidamente para lograr una justicia pronta y eficaz.

2) *Se puede decir que fue en la Asamblea de la Organización de las Naciones Unidas, del año de 1948, que por primera vez hizo alusión a la importancia de resguardar datos personales. Lo hizo en orden de precautelar derechos de la más diversa índole, como son: los derechos humanos, patrimoniales, de las libertades políticas, de la intimidad, del honor, entre otros.*<sup>382</sup>

La acción de hábeas data es una garantía para salvaguardar la autodeterminación informativa de los datos personales y está regulada por la Constitución en su Art. 92,<sup>383</sup>

---

<sup>379</sup> Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

<sup>380</sup> Constitución de la República del Ecuador de 2008. Art. 89

<sup>381</sup> Julio César Trujillo, Efraín Pérez y otros. *Viabilidad de las Garantías Jurisdiccionales*. Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones (CEP). 2012. Páginas 94 – 95.

<sup>382</sup> *Ibidem*. Página 169.

<sup>383</sup> Constitución de la República del Ecuador de 2008.

así como por la LOGJCC en sus Arts. 49 – 51. Toda persona tiene derecho de acceder a todos los datos personales, se encuentren en documentos, datos genéticos, bancos o archivos de datos personales o informes que sobre sí misma o sobre sus bienes consten en entidades públicas o privadas y en soporte material o electrónico. De igual manera tiene derecho de conocer sobre el uso, la finalidad, el origen y destino de la información personal. Además, antes de la difusión de tales datos se necesita de la autorización de su titular. El titular tiene derecho de que sus datos sean rectificadas, actualizados, eliminados o anulados sin costo alguno. Los datos sensibles serán tratados con las medidas necesarias para su seguridad.

El hábeas data es una garantía y además una acción jurisdiccional constitucional, por medio de la cual el afectado, en el caso de que no se atienda la solicitud de acceso a sus datos personales pueda acudir ante el juez para hacer valer sus derechos y demandar por los perjuicios que puedan resultar del uso indebido.

### **3.4.- Acceso a la información pública:**

*“Nuestro Tribunal Constitucional ha considerado el Acceso a la información pública como una derivación particular y específica del derecho fundamental de Petición.”*<sup>384</sup> La acción de acceso a la información pública está regulada por el Art. 91 de la Constitución<sup>385</sup> y por los Arts. 47 y 48 de la LOGJCC.<sup>386</sup> Por medio de esta acción se garantiza el acceso a la información pública<sup>387</sup> cuando esta ha sido denegada en forma expresa o tácitamente, o también, cuando aquella información que se ha proporcionado sea incompleta o de fuente no fidedigna. *“La acción de información pública debe ser concreta, en cuanto al objeto o materia (información) a la*

---

<sup>384</sup> Julio César Trujillo, Efraín Pérez y otros. *Viabilidad de las Garantías Jurisdiccionales*. Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones (CEP). 2012. Página. 115.

<sup>385</sup> *Constitución de la República del Ecuador de 2008*.

<sup>386</sup> *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*.

<sup>387</sup> *Ibidem*. Art. 47, inc. 2: Se considera información pública toda aquella que emane o que esté en poder de entidades del sector público o entidades privadas que, para el tema materia de la información, tengan participación del Estado o sean concesionarios de este.

*que se quiere acceder. Por tanto, peticiones genéricas y carentes de especificidad han sido rechazadas por el Juez Constitucional.*”<sup>388</sup>

Procede esta acción incluso en el caso de que la negativa de la información se sustente bajo su carácter de reservado, secreto o confidencial. Si una información tiene carácter de reservada, no se podrá acceder a ella, pero este carácter tiene que haber sido declarado por la autoridad competente antes de la petición y de acuerdo a la ley. Tampoco se puede acceder a la información de carácter estratégico y datos sensibles para los intereses de las empresas públicas.

### **3.5.- Por incumplimiento:**

La acción por incumplimiento se encuentra regulada en los Arts. 436, inc. 1, número 5 y 93 de la Constitución.<sup>389</sup> Además en los Arts. 52 – 57 de la LOGJCC.<sup>390</sup> A la Corte Constitucional le corresponde el conocimiento y la resolución, a petición de parte, de las acciones por incumplimiento, cuya finalidad es garantizar “*la aplicación de las normas o actos administrativos de carácter general, cualquiera que sea su naturaleza, así como el cumplimiento de sentencias o informes de organismos internacionales de protección de derechos humanos, que no sean ejecutables por las vías ordinarias.*”<sup>391</sup> No obstante, se exige que la norma o decisión determine una acción u omisión que sea clara, expresa y exigible.

*Este punto es altamente positivo, pues va a permitir un pronto cumplimiento de los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como de las recomendaciones que traen los informes de la Comisión Interamericana; al igual que se debe velar por el cumplimiento de otros informes expedidos por los Comités creados en el ámbito de las Naciones Unidas para la vigencia de los derechos y libertades.*<sup>392</sup>

---

<sup>388</sup> Julio César Trujillo, Efraín Pérez y otros. *Viabilidad de las Garantías Jurisdiccionales*. Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones (CEP). 2012. Página. 122.

<sup>389</sup> *Constitución de la República del Ecuador de 2008*.

<sup>390</sup> *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*.

<sup>391</sup> *Constitución de la República del Ecuador de 2008*. Art. 436, inc. 1 número 6.

<sup>392</sup> Hernán Salgado Pesantes. *Lecciones de Derecho Constitucional*, Quito, Ecuador, Ediciones Legales, 4ta. edición actualizada, enero 2012. Página 149.

Según la Ley Orgánica, el incumplimiento se configura cuando luego de que el accionante reclame el cumplimiento de la obligación a quien lo deba satisfacer (Art. 53, LOGJCC)<sup>393</sup> y pasados los cuarenta días del reclamo se mantuviera el incumplimiento o la autoridad pública o persona particular no contestare (Art. 54, LOGJCC).<sup>394</sup>

### **3.6.- Acciones extraordinarias de protección:**

Este es una acción que cualquier ciudadano, ya sea en forma individual o colectiva, puede presentar ante la Corte Constitucional en contra de sentencias, autos definitivos y resoluciones con fuerza de sentencia. Pero sólo se trata aquellas “*sentencias, autos y resoluciones que sean firmes y ejecutoriadas, y que el recurrente pueda demostrar que en el juzgamiento se ha violado, por acción u omisión, el debido proceso u otros derechos reconocidos por la Constitución (Art. 437, inciso 1, números 1 y 2 de la Constitución).*”<sup>395</sup>

Además del Art. 437, está regulada por el Art. 94 de la Constitución<sup>396</sup> y por los Arts. 58 – 64 de la LOGJCC.<sup>397</sup> Este recurso se puede presentar ante la Corte Constitucional cuando se hayan agotado los recursos ordinarios y extraordinarios previstos en la ley y dentro del plazo legal, a no ser que fuese impedido por causas ajenas a su voluntad.

*Si bien el debido proceso, es hoy en día una noción bastante precisa, cuyas reglas mínimas constan en el Art. 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y han constado en nuestras Constituciones, sin embargo, cuando se incluye a «otros derechos» constitucionales, se amplía considerablemente el uso de esta acción.*<sup>398</sup>

---

<sup>393</sup> Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

<sup>394</sup> Ibídem.

<sup>395</sup> Constitución de la República del Ecuador de 2008.

<sup>396</sup> Ibídem.

<sup>397</sup> Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y de Control Constitucional.

<sup>398</sup> Hernán Salgado Pesantes. *Lecciones de Derecho Constitucional*, Quito, Ecuador, Ediciones Legales, 4ta. edición actualizada, enero 2012. Página 153.

## CONCLUSIONES

En el desarrollo de este tema que trata sobre la comparación entre el Tribunal Constitucional Federal y la Corte Constitucional ecuatoriana como órganos de control constitucional he llegado a las siguientes conclusiones:

- 1) Luego de la Segunda Guerra Mundial comienza el fortalecimiento de la justicia constitucional a nivel europeo y también, latinoamericano y con ella se va consolidando el Estado constitucional de derecho. Si bien, la República Federal Alemana introdujo en la Constitución de Weimar de 1919, por primera vez, para este país, el control constitucional, pero este más bien se limitaba a la aplicación de la Constitución en materia territorial-federal. Luego en la Ley Fundamental de 1949 se crea al Tribunal Constitucional Federal, siguiendo el modelo de control constitucional concentrado, que defendía la tesis de la supremacía jurídica de la Constitución y de la necesidad de un órgano constitucional especializado, cuyos jueces sean guardianes de la Constitución, a fin de hacer exigible sus disposiciones. Ecuador, por su parte, bajo la influencia de la Constitución española de 1931, creó con la Constitución de 1945, por primera vez, el Tribunal de Garantías Constitucionales, como órgano de control constitucional, orientándose, también, por el modelo de control de constitucional concentrado.
- 2) La República Alemana, con la Constitución de Weimar de 1919 se convirtió en una de las pioneras del constitucionalismo social que propugnaba el Estado social de derecho al consagrar constitucionalmente, además de los derechos fundamentales, los derechos laborales y sociales, es decir, los de segunda generación. Sin embargo, en la Ley Fundamental de 1949 se prefirió consagrar sólo aquellos derechos fundamentales, genuinos y exigibles, de los cuales se pueda garantizar su eficacia objetiva y se eliminó todos aquellos que no pueden efectivizarse, no obstante, se consagra en el Art. 20 de la Ley Fundamental de 1949 a la República Federal Alemana como un Estado federal democrático y social. En lo que se refiere a Ecuador, cabe anotar que la Constitución de 1929 consagra, por primera vez, además de los derechos fundamentales, los derechos laborales, sociales y económicos bajo la influencia del constitucionalismo social de México (1917) y el de Europa. Al contrario de Alemania, el Ecuador, no solo adopta en la Constitución de 1945, los derechos consagrados en la Constitución anterior, sino que, mas bien, extiende el catálogo de derechos y se mantiene en el lineamiento del

constitucionalismo social en la Constitución de 1967. A partir de la Constitución de 1978/79 y sus reformas sobre todo 1995-96, después 1998, en Ecuador se implementan las bases del nuevo constitucionalismo latinoamericano, consagrado también en la Constitución de 2008 con más amplitud. Esta corriente se basa en el neoconstitucionalismo y propugna, entre otros aspectos, la fundamentación democrática-con mayor participación ciudadana- por tanto, amplía los mecanismos de directa participación ciudadana que los hubo desde la Constitución de 1979; garantiza la totalidad de los derechos fundamentales, incluidos los sociales y económicos; establece procedimientos de control de la constitucionalidad que puedan ser activados por la ciudadanía y pretende generar límites a los poderes políticos, sociales, económicos o culturales.

3) Históricamente hablando la creación de los órganos de control constitucional en los dos Estados parten de una misma época. La creación del Tribunal Constitución Federal Alemán que fue inaugurado el 28 de septiembre de 1951, dos años más tarde de la entrada en vigencia de la Ley Fundamental de 1949, hasta ahora vigente, y en Ecuador, el Tribunal de Garantías Constitucionales, creado por primera vez en la Constitución de 1945, la cual tuvo una vigencia efímera. Razón está por la cual el Tribunal comenzó a funcionar realmente con la Constitución de 1967, se consolidó con las Reformas de 1995/96 como Tribunal Constitucional y por último, la actual Corte Constitucional con la Constitución de 2008.

4) El Tribunal Constitucional Federal estuvo desde sus inicios implementado, no de un número extenso de competencias sino más bien de las competencias necesarias, respetando la división de las funciones del Estado, con plenitud de poderes únicos que se dirigían a la protección completa del derecho constitucional. Además de tener el monopolio de algunas atribuciones, los fallos del Tribunal Constitucional tuvieron desde sus inicios fuerza de ley. Razón está por la cual, a mi parecer, ha logrado un desarrollo permanentemente. En Ecuador, si se revisa la trayectoria del órgano de control constitucional desde 1945 hasta nuestros días: Tribunal de Garantías Constitucionales, Tribunal Constitucional y la Corte Constitucional, ha tenido un desarrollo paulatino en lo que se refiere a sus competencias y más aún en los que se refiere a su poder, es decir, ha tenido que irse abriendo paso y adquiriendo presencia en la vida constitucional

democrática. Recién en la actual Constitucional, la Corte Constitucional esta dotada de las competencias que le corresponde al ser el máximo órgano de control constitucional, como por ejemplo, la interpretación suprema de la Constitución, con carácter vinculatorio obligatorio, y los efectos jurídicos de sus sentencias, con carácter definitivo e inapelable. Sin embargo, la cantidad de competencias, así como la tarea atribuidas a este órgano constitucional son demasiado amplias y pueden fácilmente conducir a un congestionamiento en sus labores que no le permitirán actuar con la debida eficacia.

5) La estabilidad constitucional democrática de la República Federal Alemana, se refleja en el Tribunal Constitucional Federal como una institución democrática. La continuidad de sus labores, junto con sus competencias y poderes, ha permitido el avance en el conocimiento jurisprudencial del Tribunal. Es así, como desde su funcionamiento a partir de 1951 cuenta con más de cinco mil sentencias proferidas en diferentes salas y que han sido publicadas en el compendio de sentencias que abarcan más de 120 volúmenes. Los jueces constitucionales cuentan con la ayuda de colaboradores científicos y mantienen un dialogo permanente con catedráticos de Derecho constitucional, con el fin de fundamentar científicamente sus sentencias. Además, gracias a las experiencias vividas, han ido adecuando la reglamentación para un mejor funcionamiento, por ejemplo, la reducción del número de jueces constitucionales, el reemplazo de un juez constitucional, las causales de parcialidad, la creación de las comisiones, las competencias de las comisiones, las limitaciones para la queja constitucional o acción de protección. En lo que se refiere a Ecuador, desde sus inicios como República ha sufrido una inestabilidad constitucional y política. La Constitución de 2008 es la 20ava. Constitución y la 6ta. desde la creación del órgano constitucional. De esta manera el órgano constitucional no ha podido desarrollar una continuidad que le permita fortalecer sus conocimientos jurisprudenciales, además, de que sus competencias han ido cambiando al transcurso del tiempo, si bien, siempre a favor del órgano constitucional, pero de constante inestabilidad institucional.

6) En Alemania, cabe resaltar la independencia de los jueces constitucionales, que en muchas ocasiones han sido motivo de crítica política, sin embargo, sus dictámenes se han orientado en el sentido jurídico más que político, esto se debe a la autonomía del Tribunal Constitucional Federal, además, al procedimiento de elección, nombramiento, tiempo de

ejercicio del cargo, la responsabilidad y la no renovación de los jueces constitucionales. En Ecuador, si bien, el procedimiento de elección, nombramiento y duración en el cargo de los jueces constitucionales, están bien reglamentados, pero de nada sirve si no se respeta a lo que la Constitución dictamina, como el caso de la Corte Constitucional provisional, 2008 - 2012. Además, hay vacíos jurídicos, como en el caso del tiempo después del cual un juez constitucional puede ser renovado y cambios arbitrarios, como sobre la responsabilidad de los actos de un juez constitucional en el ejercicio del cargo.

7) En lo que se refiere a las acciones de inconstitucionalidad, de fondo y forma, el Tribunal Constitucional Federal y la Corte Constitucional tienen similitud sobre la finalidad del control abstracto de las normas jurídicas y de las normas conexas, en eliminar del ordenamiento jurídico normas que sean contrarias a la ley Fundamental o a la Constitución. No obstante, algunas diferencias, por ejemplo, en el control constitucional alemán no existe la acción popular y el derecho de petición lo tienen sólo determinados órganos constitucionales, además, para la petición es necesario que exista controversia de opiniones o duda sobre la incompatibilidad de la norma con la Ley Fundamental, el peticionario debe estar convencido de la inconstitucionalidad de la norma y la petición debe ser fundamentada, ya sea para aclarar intereses o para la seguridad jurídica. Las normas conexas tienen igual tratamiento por parte de los dos órganos de control constitucional. Por último, el Tribunal Constitucional Federal tiene monopolio en verificar la existencia y alcance de una norma de derecho internacional en el derecho interno.

8) En lo referente al control constitucional concreto, en Alemania, sólo el Tribunal constitucional tiene el monopolio de condenar una norma jurídica, ya sea declarando su nulidad, su inconciliabilidad con la Ley Fundamental o la no aplicación. Esto se refiere a las normas jurídicas que entraron en vigencia luego de la Ley Fundamental de 1949 o fueron reformadas luego de entrar en vigencia la Ley Fundamental. La petición debe ser fundamentada y acompañada del acta procesal pertinente. No obstante, no todas las peticiones son atendidas por el Tribunal Constitucional, en ese caso, se tendrá que fallar aplicando la norma jurídica vigente. Lo dicho se justifica bajo el principio de la separación de los poderes y el respeto a la función legislativa, y sobre todo, para evitar la inseguridad jurídica que podría ocurrir cuando se permitiere a cualquier juez o tribunal el

poder decidir la no aplicación de una norma por considerarla inconstitucional. En Ecuador, desde 1945 siempre hubo rasgos del control difuso hasta que en la Constitución de 1998 se permitió constitucionalmente que los jueces y tribunales, en todas las instancias, puedan dejar de aplicar una norma que la consideraban inconstitucional. No obstante, en la Constitución de 2008 pasa a ser competencia de la Corte Constitucional, al igual que en Alemania, aunque dada la deficiencia en la técnica jurídica, no se sabe con precisión, si los jueces, cuando no tengan dudas sobre la inconstitucionalidad de una norma jurídica puedan no aplicarla. En esta materia y dado el carácter peculiar de la estructura y funcionamiento institucional de la justicia, fue bienvenida la disposición de 1998. Este cambio introducido en la nueva Constitución significará una mayor tardanza para las sentencias debido a la lentitud del procedimiento judicial y al aglomeramiento del trabajo de la Corte Constitucional.

9) En lo que se refiere a los dictámenes, por regla general, el Tribunal Constitucional Federal no conoce casos de control previo de las normas jurídicas, a excepción de los tratados internacionales. En Ecuador, a la Corte Constitucional le corresponde dar un dictamen previo sobre los tratados internacionales que necesitan de la ratificación de la Asamblea Nacional, sobre las convocatorias a consulta popular y la reforma constitucional, sobre la admisibilidad para el enjuiciamiento político del Presidente de la República, sobre la comprobación de abandono del cargo de Presidente, sobre la destitución del Presidente y la disolución de la Asamblea Nacional, así como, sobre los proyectos de estatutos de autonomía regional. Tanto el Tribunal Constitucional Federal como la Corte Constitucional tienen la facultad de dirimir los conflictos de competencias constitucionales entre los órganos constitucionales, como por ejemplo, la objeción de inconstitucionalidad sobre proyectos de ley por parte del Presidente. Al Tribunal Constitucional Federal le corresponde decidir, no sólo dictaminar previamente, sobre el enjuiciamiento al Presidente Federal, a petición del Parlamento o del Consejo federal y si comprueba la culpabilidad del Presidente, podrá separarlo del cargo y disponer el impedimento para continuar con el ejercicio de sus funciones. Entre otras competencias, el Tribunal Constitucional Federal tiene monopolio sobre la prohibición de los partidos políticos y sobre la determinación de la pérdida temporal de los derechos fundamentales, a quien abuse de ellos. En caso del voto de censura constructivo en contra del Canciller

federal o de la disolución del Parlamento federal corresponden al Presidente federal y no al Tribunal Constitucional Federal.

10) En Alemania, a partir de 1968, se reguló por primera vez los estados de emergencia a través de una ley complementaria a la Ley Fundamental. En ella se dispuso que tanto el Consejo federal como el Parlamento federal, sea el caso, puedan exigir que un decreto de emergencia declarado por Gobierno federal pueda ser eliminado o revocado en cualquier tiempo. Con esta disposición se trata de mantener el poder de control de los diferentes órganos constitucionales, a fin de evitar el uso arbitrario de los decretos de emergencia y del poder de las fuerzas armadas, pero no es una atribución que corresponda al Tribunal Constitucional Federal. En Ecuador, la Corte Constitucional tiene la competencia de controlar la constitucionalidad de la declaración de los estados de excepción del Presidente de la República. La Constitución determina el control sólo de aquellos que impliquen la suspensión de los derechos constitucionales, sin embargo, y sin considerar el extenso trabajo que tiene la Corte Constitucional, la Ley Orgánica de Garantías Constitucionales y Control Constitucional establece el control constitucional de todas las declaraciones de los estados de excepción.

11) En Alemania, el Tribunal Constitucional Federal conoce sobre la queja constitucional o acción de protección o amparo cuando se haya lesionado cualquiera de los derechos fundamentales consagrados en los Arts. 1 al 19, 101 y 103 de la Ley Fundamental. La persona que interponga tiene que ser el afectado, una demanda popular no es posible. La lesión puede darse a través de una ley, sentencia o de una orden o disposición de un ente público. Sin embargo, esta acción está regida bajo el principio de subsidiariedad, es decir, para acudir ante Tribunal Constitucional Federal, se debe haber agotado la vía judicial ordinaria, a no ser que sea de interés general o de absoluta prioridad y cuando el esperar el proceso significaría una desventaja grave e irreversible para el accionante. En Ecuador, las garantías jurisdiccionales están divididas en diferentes acciones: la de protección, medidas cautelares, hábeas corpus, hábeas data, acceso a la información pública, por incumplimiento, acción extraordinaria de protección. Las cinco primeras pueden ser presentadas ante cualquier juez o jueza del lugar en donde se originan los hechos o donde se producen los efectos. Sin embargo, las dos últimas corresponden a la Corte

Constitucional. No obstante, todas las sentencias ejecutoriadas tendrán que ser enviadas a la Corte Constitucional para el desarrollo jurisprudencial.

12) En Alemania hasta 1956 se permitía que se consulte al Tribunal Constitucional Federal sobre preguntas en materia constitucional, por ejemplo, sobre un proyecto de ley o decreto, pero esta situación trajo conflictos a nivel político, por cuanto significaba un compromiso del Tribunal ante una posible demanda constitucional, y una intervención en la competencia de la función legislativa. Por esta razón se eliminó esta competencia, a fin de salvaguardar la separación de los poderes. Cabe anotar que existen competencias que sobrepasan el ámbito de derecho y se sitúan más bien en el ámbito político, lo cual puede desvirtuar su papel de guardián constitucional. No se trata de que los jueces constitucionales no tengan un lineamiento político, este es necesario para comprender el marco constitucional en el cual se desenvuelven, lo importante es que sus fallos pretendan siempre salvaguardar la Ley Fundamental o la Constitución, pero para ello es también importante que las competencias del órgano constitucional sean realmente seleccionadas.

13) He partido de la premisa de que hay control constitucional cuando se reconoce la supremacía de la Constitución. Hoy en día ya se ha consolidado la idea de que un estado constitucional debe ser democrático y de derecho, en el cual la Constitución es la norma suprema. El fin del control constitucional es salvaguardar la Constitución, ya sea a través del control difuso o concentrado o mixto y lograr la necesaria exigibilidad de sus disposiciones. Alemania y Ecuador se han orientado, en mayor medida, hacia el control constitucional concentrado. Sin embargo, se convierte en una tarea difícil, por no decir imposible, para un órgano de control constitucional, si el texto constitucional, como el caso ecuatoriano, trae un amplio catálogo de derechos, muchos de los cuales no pueden ser efectivizados y una infinidad de lineamientos para el futuro del Estado (fines y objetivos). El problema radica primeramente en que al no poder garantizar su efectividad, la Constitución pierde su vigor al transcurso del tiempo. Por último, volveré a recalcar que la Corte Constitucional del Ecuador, si bien ha logrado consolidarse como órgano constitucional y está dotada de las competencias y el poder necesario para un órgano de esta naturaleza, sin embargo, la cantidad excesiva de competencias, en especial aquellas de menor categoría desde el punto de vista del Derecho Constitucional –y que más bien

pertenecen al ámbito político- que le limitan a realizar un trabajo efectivo, pueden ser delegadas a otro órgano a través de una Reforma, a fin de que se concentre en aquellas competencias que son realmente necesarias, respetando la división de las funciones del Estado, para salvaguardar la Constitución, caso contrario, no solo que mermará su eficacia, sino que será terreno propicio para la politización.

## BIBLIOGRAFIA EN ESPAÑOL

### Anuarios

- *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2011*, Montevideo, Konrad Adenauer Stiftung e.V., 17avo. año, 2011.
- *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2010*, Montevideo, Konrad Adenauer Stiftung e.V., 16avo. año, 2010.
- *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2009*, Montevideo, Konrad Adenauer Stiftung e.V., 15avo. año, 2009.
- *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2008*, Montevideo, Konrad Adenauer Stiftung e.V., 14avo. año, 2008.
- *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2007*, Montevideo, Konrad Adenauer Stiftung e.V., 13avo. año, Tomo I, 2007.
- *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2006*, Montevideo, Konrad Adenauer Stiftung e.V., 12avo. año, Tomo I y II, 2006.
- *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2004*, Montevideo, Konrad Adenauer Stiftung e.V., 10mo. año, Tomo I, 2004.
- *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2002*, Montevideo, Konrad Adenauer Stiftung e.V., 2002.

### Comentarios

- CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR PARA EL PERÍODO DE TRANSICIÓN: *El nuevo Constitucionalismo en América Latina*, Memorias del encuentro internacional: El nuevo constitucionalismo: desafíos y retos para el siglo XXI, Quito, Editorial Corte Constitucional, 2010.

## Leyes

- *Constitución de la República del Ecuador, Comentarios, Legislación conexas, Concordancias*, Quito, cep: Corporación de Estudios y Publicaciones, versión profesional, 2012.
- *Constitución del Imperio Alemán, de 11 de agosto de 1919*. Textos Constitucionales españoles y extranjeros, Zaragoza, Athenaeum, 1930.

## Libros

- ANDRADE, Santiago, GRIJALVA, Agustín, STORINI, Claudia, editores: *La nueva Constitución del Ecuador: Estado, derechos e instituciones*, Serie “Estudios Jurídicos”, Universidad Andina Simón Bolívar sede Ecuador, Quito, Corporación Editora Nacional, Volumen 30, 2009.
- ARAGÓN REYES, Manuel: *Estudios de Derecho Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2da. edición revisada y aumentada, 2009.
- AVILA SANTAMARÍA, Ramiro: *El neoconstitucionalismo, El Estado y el derecho en la constitución de 2008*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Ediciones Abya-Yala, 2011.
- AVILA SANTAMARIA, Ramiro y otros: *Neoconstitucionalismo y Sociedad*, Quito, Serie Justicia y Derechos Humanos, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- BADENI, Gregorio: *Tratado de Derecho Constitucional*, Tomo I y II, Buenos Aires, Editorial: La Ley S.A.E e.I, 2004.
- BAQUERIZO MINUCHE, Jorge, LEUSCHNER LUQUE, Erick: *Sobre Neoconstitucionalismo, principios y ponderación. Notas desde la teoría y la filosofía del derecho*, Guayaquil, EDILEX S.A. Editores, 2011.
- BLACIO AGUIRRE, Galo: *La acción de protección en el ordenamiento jurídico ecuatoriano*, Madrid, Editorial Universitas, S.A., 1ra. edición, 2011.

- BAZÁN, Víctor: *Desafíos del Control de Constitucionalidad*, Buenos Aires, Fundación Centro de Estudios políticos y administrativos, Ediciones Ciudad Argentina, 1996.
- BIDART CAMPOS: German J., *Compendio de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, EDIAR, 2004.
- BERNAL PULIDO: *El Neoconstitucionalismo y la Normatividad del Derecho*, Bogotá, Serie intermedia de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho N.7, Universidad Externado de Colombia, 2009.
- BERNAL PULIDO: Carlos: *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, Colección: Estudios Constitucionales, Imprenta Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 3era. edición, 2007.
- CARBONELL, Miguel: *Neoconstitucionalismo y derechos fundamentales*, Quito, Cevallos editora jurídica, 2010.
- CARBONELL, Miguel, GARCIA JARAMILLO, Leonardo: *El canon neoconstitucional*, Madrid, Instituto de Investigaciones Jurídicas -UNAM, Editorial Trotta, S.A., 2010.
- CELOTTO, Alfonso: *El derecho juzga a la política, La Corte Constitucional de Italia*, Traducción: Blasi, Gastón Federico, auspiciada por Università degli studi Roma Tre, Buenos Aires, EDIAR S. A. Editora, 2005.
- CIANCIARDO, Juan, Coordinador: *La interpretación en la era del neoconstitucionalismo*, Estudios realizados por varios autores, Universidad Austral, Buenos Aires, Editorial Àbaco de Rodolfo Depalma, 2006.
- DUCHACEK, Ivo D.: *Mapas de poder, Política constitucional comparada*, Traducción: Triviño, María José, Colección "Instituciones Políticas", Madrid, Editorial: Instituto de Estudios Políticos, 1976.
- DUEÑAS RUIZ, Óscar José, *Lecciones de Teoría Constitucional*, Bogotá, Librería Ediciones del Profesional Ltda., 2da. edición, 2008.

- GRIJALVA JIMÉNEZ, Agustín: *Constitucionalismo en Ecuador*, Quito, Pensamiento jurídico contemporáneo número 5, Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, CEDEC, 2012.
- GUERRERO PÉREZ, Luis Guillermo; *Poder Constitucional y Control Jurisdiccional*, 2da. parte, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas, 1985.
- LARREA HOLGUIN, Juan Ignacio: *Derecho constitucional ecuatoriano*, Tomo II, Quito, Corporación de estudios y publicaciones, Vol. II, 2000.
- LÖSING, Norbert: *La jurisdiccionalidad constitucional en Latinoamérica*, traducido por Marcela Anzola Gil, Madrid, Dykinson S. L., 2002.
- MAIGUEL, Rubén Alberto y GÓMEZ, Camilo Alberto, *Procedimientos de Control Constitucional en Colombia*, Bogotá, D.E., Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas, 1988.
- SALGADO PESANTES, Hernán: *Lecciones de Derecho Constitucional*, Quito, Ediciones Legales, 4ta. edición actualizada, enero 2012.
- SALGADO PESANTES, Hernán: *Instituciones Políticas y Constitución del Quito*, ILDIS, 1987.
- SALGADO PESANTES, Hernán: *Manual de justicia constitucional ecuatoriana*, Quito, Corporación Editora Nacional, 2004.
- TRUJILLO, Julio César, PÉREZ, Efraín y otros: *Viabilidad de las Garantías Jurisdiccionales*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones (CEP). 2012.

#### Revistas

HABERMAS, Jürgen, DWORKIN, Ronald, GÜNTHER, Klaus y otros: *La Política, Política y derecho. ¿Se oponen la democracia y el constitucionalismo?*, Revista de estudios sobre el Estado y la sociedad, número 4, Barcelona, Ediciones Paidós, Ibérica, S.A., 1998.

## BIBLIOGRAFIA EN ALEMÁN

### Comentarios

- SACHS, Michael: *Grundgesetz (Carta Fundamental)*, Kommentar (comentario), Múnich, Editorial: C. H. Beck, 6ta. edición, 2011.

### Enciclopedia:

- Die Grosse Bertelsmann Lexikothek, Tomo: 4, traducción propia, Gütersloh, Bertelsmann Lexikothek Verlag GmbH, 1990.

### Leyes

- Grundgesetz (Ley Fundamental) y Bundesverfassungsgesetz (Ley del Tribunal Constitucional Federal), *Basistexte Öffentliches Recht (Textos básicos de Derecho público): Staatsrecht (Derecho político), Verwaltungsrecht (Derecho administrativo), Europarecht Grundgesetz (Derecho europeo)*. Múnich, Becktextos en dtv., 9na. edición, 2008.
- Grundgesetz (Ley Fundamental) und Bundesverfassungsgesetz (Ley del Tribunal Constitucional Federal). *Gesetze des Öffentlichen Recht (Leyes de Derecho público)*. Múnich, C. H. Beck, 95avo., suplemento, 2010.

### Libros

- BENDER, Michael: *Die Befugnis des Bundesverfassungsgericht zur Prüfung gerichtlicher Entscheidungen (La competencia del Tribunal Constitucional Federal para controlar las decisiones de los Tribunales), Zur Bedeutung der Grundrechte für die Rechtsanwendungen (El significado de los derechos fundamentales para la aplicación del derecho)*, Heilderberg, Editorial jurídica C.F. Müller, volumen 54, 1990.
- BÜTTNER, Ursula: *Weimar. Die überforderte Republik 1918-1933 (Weimar. La República sobrecargada 1918-1933)*, Bonn, bpb: Bundeszentrale für politische Bildung, Volumen 729, 2010.

- FUNK, Albert: *Föderalismus in Deutschland vom Fürstenbund zur Bundesrepublik. (El Federalismo en Alemania, de la federación de los principados hasta la República federal)*, Bonn, bpb: Bundeszentrale für politische Bildung, volumen: 1907, 2010.
- GUSY, Christoph: *Parlamentarischer Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht (La Legislación parlamentaria y el Tribunal Constitucional Federal)*, Berlín, Editorial Duncker und Humboldt, Volumen 482, 1985.
- IPSEN, Jörn: *Staatsrecht I (Estado de Derecho I), Staatsorganisationsrecht (Organización de un Estado de Derecho)*, München, Editorial Franz Vahlen, 22ava. edición, revisada, 2010.
- LAMPRECHT, Rolf: *Das Bundesverfassungsgericht (El Tribunal Constitucional Federal), Geschichte und Entwicklung (Historia y desarrollo)*, Bonn, bpb: Bundeszentrale für politische Bildung (Centro Federal de Formación Política), Volumen 1155, 2011.
- LAMPRECHT, Rolf: *Vom Untertan zum Bürger (De esclavo a ciudadano), Die Erfolgsgeschichte der Grundrechte (La historia exitosa de los derechos fundamentales)*, Baden - Baden, Editorial Nomos, 1. edición, 1999.
- HARTMUT, Maurer: *Grundrisse des Rechts (Manual de Derecho), Staatsrecht I (Estado de Derecho I), Grundlagen (Fundamento) – Verfassungsorgane (Órganos Constitucionales) – Staatsfunktionen (Funciones del Estado)*, München, Editorial C. H. Beck OHG, 6ta. edición, revisada y aumentada, 2010.
- PIEPER, Hans-Gerd: *Staatsorganisationsrecht (Organización de un Estado de Derecho)*, Muster, Editorial Alpmann und Schmidt, 13ava. edición, revisada y aumentada, 2010.
- SÄCKER, Horst: *Das Bundesverfassungsgericht (El Tribunal Constitucional Federal)*, Bonn, bpb: Bundeszentrale für politische Bildung (Centro Federal de Formación Política), Volumen 405, 6ta. edición, 2003.

- SCHLAICH, Klaus y KORIOETH, Stefan, desde la 5ta. edición: *Das Bundesverfassungsgericht (El Tribunal Constitucional Federal), Stellung (posición), Verfahren (procedimiento), Entscheidungen (resoluciones)*, Múnich, Editorial C. H. Beck. 9na. edición, revisada, 2012.
- STERN, Klaus: *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland (El Estado de Derecho de la República Federal Alemana), Grundbegriffe und Grundlagen des Staatsrechts (Nociones fundamentales y bases del Estado de Derecho), Strukturprinzipien der Verfassung (Principios estructurales de la Constitución)*, Múnich, Editorial C. H. Beck'schen, 2da. edición, 1984.
- Hans-Ulrich Wehler. *Deutsche Gesellschaftsgeschichte 1914 – 1949 / Historia de la sociedad alemana 1914 – 1949*. Bonn, bpb: Bundeszentrale für politische Bildung, Volumen 776, 2010.

#### Revistas

- *Neue Juristische Wochenschrift (Nueva publicación semanal jurídica), 52 Jahrgang 1999 (Promoción 52, 1999)*, 1. medio volumen, Editorial C. H. Beck'schen, Múnich und Francfort, 1999.
- BADER, Karl S., Zúrich; BAUR, Fritz, Tubinga; KLEINE, Heinz, Francfort del Memo; MALLMANN, Walter, Gießen; WEBER, Ulrich, Berlin: *Juristenzeitung (Gaceta jurídica), 31. Jahrgang der Deutschen Rechts-Zeitschrift und der Süddeutschen Juristen-Zeitung (Año 31 de la revista de Derecho alemán y de la gaceta jurídica del Sur de Alemania)*, Editorial J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tubinga, 1976.
- BADURA, Peter und DREIER, Horst: *Festschrift 50 Jahr Bundesverfassungsgericht (Obra de homenaje 50 años Tribunal Constitucional Federal)*, 1. Tomo, Editorial Mohr Siebeck, Tubinga, 2001.
- HAMM, Rainer, Francfort del Memo; NIRK, Rudolf, BGH (Corte Constitucional); RABE, Hans-Jürgen, Hamburgo; REDEKER, Konrad, Bonn; STRECK, Michael, Colonia: *Neue Juristische Wochenschrift (Nueva publicación semanal jurídica), 54 Jahrgang (54 años)*, 1ero. de octubre 2001, págs. 2913-3000.

## EN INTERNET

- Bundesverfassungsgericht – Pressestelle (Tribunal Constitucional Federal – Oficina de prensa): *Plenarentscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Einsatz der Streitkräfte im Inneren (“Luftsicherheitsgesetz”), Dictamen del pleno del Tribunal Constitucional Federal para el empleo de las fuerzas armadas en el interior (“Ley de seguridad aérea”)*  
<http://www.bverfg.de/pressemitteilungen/bvg12-063> Acceso: 01.09.2013.
- *Constituciones del Ecuador desde 1830 hasta 2008.*  
<http://cancilleria.gob.ec/constituciones-del-ecuador-desde-1830-hasta-2008/> Acceso: 20.06.2013.
- *Die Verfassung des Deutschen Reiches /La Constitución del imperio alemán.*  
Traducción propia.  
<http://www.dhm.de/lemo/html/kaiserreich/innenpolitik/verfassung/> LeMO-Impressum, Acceso: 25.06.2013.
- *La República de Weimar.* <http://www.tatsachen-ueber-deutschland.de/es/historia-y-presente/main-content-03/1919-1933-la-republica-de-weimar.html> . La actualidad de Alemania de Frankfurter Societäts-Medien GmbH, Frankfurt am Main. Acceso: 21.07.2013.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR

DECLARACIÓN Y AUTORIZACIÓN

Yo, Martha Lucila Pavón Trujillo, C.I. 1001472123, autora del trabajo de graduación intitulado: LA CORTE CONSTITUCIONAL EN ECUADOR COMPARADA CON EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL DE LA REPÚBLICA FEDERAL ALEMANA COMO ÓRGANOS DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD, previo a la obtención del grado académico de ABOGADA en la Facultad de JURISPRUDENCIA:

1.- Declaro tener pleno conocimiento de la obligación que tiene la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, de conformidad con el artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior, de entregar a la SENESCYT en formato digital una copia del referido trabajo de graduación para que sea integrado al Sistema Nacional de información de la Educación Superior del Ecuador para su difusión pública respetando los derechos de autor.

2.- Autorizo a la Pontificia Universidad Católica del Ecuador a difundir a través de sitio web de la Biblioteca de la PUCE el referido trabajo de graduación, respetando las políticas de propiedad intelectual de Universidad.

Quito, 9 de abril de 2014



FIRMA Y CÉDULA


**REPÚBLICA DEL ECUADOR**  
 DIRECCIÓN GENERAL DE REGISTRO CIVIL  
 CERTIFICACIÓN Y PROMOCIÓN

N. 100147212-3


 CÉDULA DE CIUDADANÍA  
 APELLIDOS Y NOMBRES  
**PAVON TRUJILLO MARTHA LUCILA**  
 LUGAR Y FECHA DE NACIMIENTO  
**IMBABURA IBARRA SAGRARIO**  
 FECHA DE NACIMIENTO 1963-04-09  
 NACIONALIDAD ECUATORIANA  
 SEXO F  
 ESTADO CIVIL CASADA  
 UDD WERNER LAMS




INSTRUCCIÓN SUPERIOR LICENCIADORA X4344V4442

APELLIDOS Y NOMBRES DEL PADRE  
**PAVON RAFAEL**  
 APELLIDOS Y NOMBRES DE LA MADRE  
**TRUJILLO MARIA LUCILA**  
 LUGAR Y FECHA DE EXPEDICIÓN  
**QUITO 2012-10-31**  
 FECHA DE EXPIRACIÓN  
**2022-10-31**






© SECTOR COMERCIAL  
 TITULO DEL CULPADE


**REPÚBLICA DEL ECUADOR**  
 CONSEJO NACIONAL ELECTORAL 

**003**  
**CERTIFICADO DE VOTACION**  
 ELECCIONES SECCIONALES 23-FEB-2014

**003 - 0053** **1001472123**  
 NUMERO DE CERTIFICADO CÉDULA  
**PAVON TRUJILLO MARTHA LUCILA**

PICHINCHA CIRCUNSCRIPCIÓN 1  
 PROVINCIA KENNEDY  
 QUITO 5  
 CANTÓN DABOCCUA 7DMA

  
 PRESIDENTA DE LA JUNTA