

La fuerza normativa de la Constitución ecuatoriana actual

*Julio César Trujillo Vásquez**

Este trabajo está encaminado a analizar concisamente las condiciones de exigibilidad y aplicabilidad de las normas constitucionales vigentes en el Ecuador, a la luz de varias concepciones teóricas y doctrinarias actuales que analizan su función normativa. La Constitución es estudiada como norma jurídica y no como simple enunciado de buenos deseos o programa político; así, el autor aborda las consecuencias de la aplicación directa e inmediata de sus preceptos, indaga los valores, principios e instituciones que positiviza y su estimación como fuente de derecho; trata de la interpretación de conformidad con la Constitución y sus funciones: la legitimación y la limitación del poder, la defensa de la libertad, etc. Refiere además las relaciones entre Constitución, derecho internacional e instrumentos de integración. Para lograr estos objetivos acude a jurisprudencia ecuatoriana relacionada.

FORO

La Constitución tiene caracteres comunes a cualquier norma jurídica y otros específicos que hacen de ella una norma jurídica singular, diferente de las demás normas jurídicas con las que no deja de compartir los caracteres que hemos denominado comunes.

Veamos lo que significa la Constitución como norma jurídica y a continuación qué es lo que hace de ella una norma singular.

LA CONSTITUCIÓN ES NORMA JURÍDICA

La teoría de que la Constitución es norma jurídica no fue aceptada unánimemente, en el pasado; mas bien las opiniones de los autores y del derecho positivo estuvieron divididos entre quienes, con los Estados Unidos de América, la defendieron y

* Constitucionalista ecuatoriano, profesor del Área de Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

aplicaron desde el primer momento y quienes, con el respaldo de Europa continental, sostenían que no era sino “una declaración de principios, un programa político”.

Salvo opiniones aisladas, ha prevalecido, por fortuna, la primera tesis, esto es, la de que la Constitución es norma jurídica, y es que en el Estado democrático las normas constitucionales son, tanto o más que cualquiera otra ley, expresión de la voluntad soberana del pueblo expresada directamente en el caso de su aprobación en plebiscito o referéndum, o indirectamente por medio de sus representantes elegidos con el encargo expreso de adoptarlas.

Esta es la teoría que se infiere del Preámbulo de nuestra Constitución que imputa al Pueblo del Ecuador el hecho de haber adoptado o establecido las normas fundamentales que en ella constan.

APLICABILIDAD DIRECTA E INMEDIATA

Las consecuencias de la calidad de norma jurídica son varias, una de ellas es que los preceptos constitucionales son de aplicación directa e inmediata.

Que son de aplicación directa significa que de ellas derivan derechos y obligaciones para sus destinatarios, e inmediata quiere decir que no es necesaria la mediación de una ley que los desarrolle para que la persona demande el respeto a los derechos y garantías que le corresponden o la reparación de los perjuicios causados por su violación y que, por lo contrario, esa demanda puede fundamentarla en lo que, al respecto, establezca la Constitución y que las autoridades deben sustentar en ellas sus resoluciones según el art. 18, inciso primero, cuando de derechos y garantías se trate.

Además, por esta misma razón, o sea por tratarse de normas jurídicas de aplicación directa e inmediata, las autoridades públicas, de cualquier género o especie y nivel, en cualquier asunto y no solo en materia de derechos y garantías, pueden sustentar sus resoluciones o fallos en los propios preceptos constitucionales (art. 273), y esto lo mismo en el caso de que los interesados expresamente soliciten que cuando no lo piden por ignorancia, olvido o cualquiera otro motivo, no hace falta, pues, una ley que desarrolle el texto constitucional; ésta tesis la comparte el Tribunal Constitucional (Caso No. 213-2000-RA, Gaceta Constitucional No. 2).

Una segunda consecuencia del hecho de que la Constitución es norma jurídica, y no simple enunciado de buenos deseos o programa político, es que sus preceptos son obligatorios (como que son sus primeros destinatarios) para todas las instituciones del Estado, pues de ella derivan su organización y, de conformidad con el art. 119, en ella constan sus competencias y facultades; a ésta disposición general se añaden referencias especiales como las del art. 131 para el Congreso Nacional, del art. 171.1

para el Presidente de la República en su triple calidad de Jefe del Estado, Jefe del Gobierno y Jefe de la Administración Pública, del art. 199 para todos los órganos de la Función Judicial, etc.

Las normas constitucionales regulan, como acabamos de ver, los elementos e instituciones del Estado su organización y funciones, las relaciones entre sí y con los habitantes del territorio estatal, cosa admitida siempre y sin discusión por casi todos, pero también son aplicables, y esto es relativamente nuevo, a las relaciones de los habitantes entre ellos, ya porque el art. 97.1 dispone que es deber y responsabilidad de todos los ciudadanos acatar y cumplir la Constitución y ya también porque siendo responsabilidad del Estado, al tenor del art. 16, hacer que los derechos de la persona sean respetados, es obvio que su infracción, al igual que la infracción de cualquier norma jurídica verdaderamente tal, sea sancionada, lo mismo cuando los infractores sean otras personas o instituciones públicas que cuando sean personas o instituciones privadas, nacionales o extranjeras.

La violación dolosa de los derechos y garantías constitucionales es o debe ser prevenida y evitada eficazmente por el Estado y, cuando la prevención no ha sido suficiente o eficaz, debe ser reprimida en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, como trata de hacerlo el título II del libro segundo del Código Penal, lo mismo si es cometida por los particulares que si lo es por el Estado a través de sus funcionarios y empleados, que no son sino órganos suyos.

El valor normativo de la Constitución respecto de las relaciones entre particulares ha sido reconocido en varias disposiciones constitucionales, en particular por el art. 18 de la Constitución cuando reconoce la facultad de proponer acciones por el desconocimiento de los derechos establecidos en ella, sin distinguir entre el desconocimiento debido a la acción de las instituciones del Estado o el proveniente de los actos de los particulares. Esta es también la jurisprudencia de la Función Judicial en las dos instancias y por la Corte Suprema de Casación (v. gr. juicio Oquendo contra CRATEL S.A.).

En fin, la Constitución como cualquiera otra norma jurídica deroga todas las normas jurídicas preconstitucionales, o sea las anteriores a la fecha en que ella o sus reformas hayan entrado en vigencia y, por lo tanto, las autoridades llamadas a aplicar el derecho no las deben aplicar por haber sido derogadas, en virtud del principio de que la ley posterior deroga la anterior que se le oponga (*lex posterior derogat priori*); sin embargo, hay autores para quienes, la declaración de inconstitucionalidad de las normas jurídicas anteriores a la Constitución es necesaria como lo es para las normas posteriores para que tengan valor *erga omnes* o general en tanto que la del juez que la inaplicaría tendrían validez entre las partes del litigio –*inter partes*–.

La oposición que acarrea la derogatoria de la norma anterior a la Constitución por la norma constitucional posterior es la oposición sustancial o de contenido, es decir la contradicción entre lo que debe disponer la norma legal y lo que debería decir según la norma constitucional, no así la oposición formal debida al órgano que la ha expedido o al procedimiento observado en su expedición; en este caso estarían los decretos supremos de las dictaduras.

DIVERSIDAD DE NORMAS

El que todas las normas de la Constitución sean normas jurídicas vinculantes para los poderes públicos al igual que para los habitantes del país no quiere decir que todas sean de la misma naturaleza y especie, por el contrario, cabe clasificarlas según diversos criterios.

Unas son de organización, que se dividen a su vez en “normas de estructura” o normas que organizan el territorio, la población y los órganos del Estado; “normas de competencia” o normas que confieren competencias o poderes y “normas procedimentales” o normas que regulan el modo de ejercer el poder conferido por las normas de competencia a los órganos instituidos por las normas de estructura.

En nuestra Constitución las normas de estructura están agrupadas junto a las de competencia y procedimentales en el título II, que divide a los habitantes del Ecuador en ecuatorianos y extranjeros y regula sus estatus, en el título XI, en los títulos V, VI, VII, VIII y IX, que se ocupan de las instituciones del Estado y en particular del Legislativo, Ejecutivo y Judicial, de la organización electoral y de los órganos de control, además de las normas acerca del Estado unitario, del control constitucional y del sistema económico, que se encuentran dispersas en otros títulos y capítulos.

Acercas de las normas de estructura no hay más dificultades que las relacionadas con la división de los habitantes y de su diferenciación en ecuatorianos y extranjeros, amén de los derechos de los unos y de los otros; pero, entre los ecuatorianos, no obstante la igualdad ante la ley que los une, la Constitución hace distinciones en procura de la igualdad real, que legitiman el trato diferente a los indígenas y negros, mujeres, niños, trabajadores dependientes, personas con discapacidad y de la tercera edad; en cambio, de la división territorial del poder depende la forma de Estado federal, autonómico o unitario y éste en propiamente tal o en descentralizado, el nuestro se define como Estado unitario de administración descentralizada.

Respecto de las normas de competencia, una parte de la doctrina, no muy extendida, enseña que por su naturaleza son “permissivas” en el sentido de que permiten o autorizan a los órganos crear normas y tomar decisiones que no podrían crearlas ni adoptarlas si es que no tuvieran esa autorización, pero para otras doctrinas son man-

damientos o definiciones, y aún de fijación de condiciones para la existencia o validez de las leyes y normas, en general; para Guastini, en cambio, las normas de competencia son todo al mismo tiempo, debido a la naturaleza compleja de los preceptos constitucionales.

De las normas permisivas no hay que olvidar a las normas que De Otto denomina normas de “programación final”, o normas que confieren al Estado competencia y facultades para intervenir en las relaciones jurídicas antes abandonadas a la libertad contractual y, sobre todo, para crear las condiciones económicas, sociales y culturales para que sea posible el goce real de los derechos, el ejercicio efectivo de las garantías y la vigencia práctica del Estado social y democrático de derecho, tales son, por ejemplo, entre nosotros, las normas del sistema económico y las que acompañan al reconocimiento de los derechos, en particular de los económicos, sociales y culturales, aunque parecida estructura tienen algunos de los civiles y políticos y desde luego los colectivos.

Con relación a la fuerza normativa de las normas de competencia o permisivas, hay quienes en la doctrina propugnan y sistemas de derecho positivo que disponen que su violación acarrea la inexistencia jurídica de las normas creadas por los órganos a quienes no se les ha conferido la facultad de crearlas o lo que es lo mismo, no existen por incompetencia del órgano que las ha creado, mientras que el incumplimiento de cualquiera de las normas procedimentales acarrearía la nulidad de la norma así creada.

Creo que, en nuestra Constitución, no hay razones para la distinción entre inexistencia y nulidad, puesto que el Tribunal Constitucional tiene competencia para conocer, por igual, de las demandas de inconstitucionalidad por razones de fondo y de forma, de conformidad con el art. 276.1, y el conflicto o contrariedad por las que las autoridades y jueces no han de aplicar la norma infraconstitucional puede ser asimismo con las normas constitucionales de competencia, procedimentales y/o de contenido; más aún, la doctrina permanentemente sustentada por el Tribunal Constitucional es que la primera falencia que, para resolver las demandas o acciones de amparo, debe dilucidar es de si el acto impugnado no es legítimo por la competencia del órgano de que él proviene y en los casos Nos. 1128-2000-RA y 010-2001-RA expresamente sostiene que el acto de la autoridad pública es ilegítimo por falta de competencia de la autoridad que lo emite (Gaceta Constitucional No. 3).

Otras normas constitucionales son de conducta o comportamiento cuando versan sobre los derechos y garantías que el Estado reconoce a sus habitantes; a éstas a su vez se las suele subdividir en normas operativas o de “aplicación inmediata” y programáticas o de “aplicación progresiva”. Por cierto, en nuestro caso, de acuerdo con el art. 18, inciso primero, todos los derechos y garantías reconocidos constitucional-

mente son de aplicación directa e inmediata, no obstante creo que no todos son exigibles de la misma manera y con los mismos medios o garantías.

Por supuesto, como enseña Pérez Royo entre las normas de estructura y las de conducta hay:

una conexión clara. Sin normas de conducta no tienen sentido las normas de organización, ya que éstas existen para producir normas para los ciudadanos, para dar solución a los problemas que se plantean en las relaciones sociales de los individuos. Pero sin norma de organización no serían posibles las normas de conducta, ya que no se podría identificar nunca cuándo una norma es de verdad norma jurídica.

Por último, aunque el principio general es que las normas constitucionales son de aplicación directa e inmediata, hay normas que, por expresa disposición de la misma Constitución no pueden ser aplicadas mientras no se dicte una ley al respecto, en este caso se dice que son de aplicación diferida, es lo que ocurre en nuestro medio con la fijación de condiciones o requisitos para el ejercicio de los derechos políticos garantizados en ella (art. 26), de donde resulta que para el goce de esos derechos basta la Constitución, pero la ley puede regular su ejercicio, fijando requisitos que, sin que impliquen privación de ellos a nadie, añadan condiciones compatibles, razonablemente proporcionadas a los fundamentos y fines que los justifiquen.

Este principio, por cierto, es diferente del principio de reserva de ley de que hablaré más adelante y que es más bien una limitación al poder de las autoridades públicas y la concreción del principio por el que “todo lo que no está prohibido por la ley no puede ser impedido, y nadie puede ser obligado a hacer algo que la ley no ordena”.

LOS VALORES Y PRINCIPIOS

Los autores proponen otras clasificaciones que, siendo de mucha utilidad sobre todo para determinar los mecanismos de su exigibilidad, no las vamos a estudiar aquí porque nos alejarían de nuestro tema; pero no podemos dejar de anotar que las normas de la Constitución *positivan* valores, principios e instituciones.

La libertad, igualdad, justicia, progreso, solidaridad, equidad y paz están enunciados en el Preámbulo, como bienes que, por ser compartidos por todos los ecuatorianos, debe entenderse que para su realización han de tender todo el ordenamiento jurídico y se han de orientarse todas las actividades de las instituciones del Estado, habida cuenta además que la libertad, igualdad y justicia están positivados como normas y forman parte del elenco de derechos de los habitantes del Ecuador; los valores son también normas, mandatos en cuanto ideales hacia cuya realización es deber de

los destinatarios dirigir sus actos, que de ser evidentemente incompatibles serían inconstitucionales y podrían ser juzgados como tales.

Son numerosos los principios que en los distintos campos de la vida social se encuentran consagrados en nuestra Constitución, como ejemplos podemos citar el art. 4 en materia de relaciones internacionales, el art. 35.1 para las relaciones laborales, el art. 48 sobre los derechos de los niños, la publicidad de la ley para que sea obligatoria porque su conocimiento es posible para todos (art. 153), para la organización económica al servicio de la persona humana (art. 242). El papel de éstos y de todos los principios en el derecho es triple: inspirar a los poderes públicos en sus actos y, en particular, al legislador al expedir la ley, guiar al intérprete en la dilucidación del contenido y alcance de las normas, y llenar los vacíos o lagunas del Derecho positivo en todas sus ramas.

En el Ecuador, lo mismo que en otros muchos países, el Código Civil ha suplido a la Constitución en la *declaración* de los principios del ordenamiento jurídico y aún ahora complementa los enunciados en la Constitución, tal es el caso del principio de la irretroactividad de la ley (art. 7 del Código Civil) que al no estar constitucionalmente consagrado hemos de entender que viene a ser la regla general aplicable a todo el orden jurídico, salvo para las normas para las que la autoridad competente haya dispuesto en forma expresa lo contrario, con excepción de la materia penal para la que constitucionalmente rigen otros principios.

Con esta salvedad la Constitución asume el rol de garante de la integridad del ordenamiento jurídico del Ecuador y sustituye, por lo menos en la mayor parte, al Código Civil como derecho común, en consecuencia, ningún conflicto de derecho queda sin solución por falta de ley porque si realmente no existe ley expresa se lo resolverá de conformidad con los principios constitucionales primero y con los del Código Civil subsidiariamente, a pesar de que éstos ya no podrán ser entendidos por su texto literal sino más bien, en armonía con el ordenamiento jurídico que preside la Constitución Política de la República.

INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN

Los órganos encargados de aplicar la Constitución deben aplicarla desentrañando el contenido de sus preceptos y de acuerdo con ese contenido y la realidad social del momento organizar al Estado, orientar sus actividades y salvar la dignidad de los habitantes del territorio del mismo Estado.

Se trata de una interpretación de la Constitución o mejor dicho de los preceptos de la Constitución y para hacerlo se deberá adoptar el método y seguir los princi-

pios que sean apropiados a la naturaleza y a las funciones de la norma jurídica fundamental.

LA CONSTITUCIÓN ES NORMA SUPREMA

La Constitución no es una norma jurídica cualquiera sino la norma fundamental y fundamentadora, la norma de normas, la norma suprema, y esta calidad le imprime una especificidad o singularidad que la distingue de toda otra norma jurídica en su estructura, reforma, funciones e interpretación.

CIMIENTO DE LA NORMA FUNDAMENTAL

Tanto para Kelsen como para Bobbio no es asunto de incumbencia de la Teoría del Derecho averiguar por qué la Constitución es norma fundamental, ya que basta saber que ésta es la función que cumple en el ordenamiento jurídico cuando ella crea los órganos, establece las reglas que atribuyen a esos órganos estatales la facultad de crear normas jurídicas y determinan el procedimiento conforme al cual han de ejercer válidamente la facultad atribuida, bajo pena de que la norma creada con violación de estas reglas sea inconstitucional y de que, por lo mismo, se la prive de todo valor.

Bobbio se aparta de Kelsen en cuanto admite que es función de la norma fundamental además fijar el órgano competente y el procedimiento para la creación de las demás normas jurídicas, la de determinar los límites y el contenido de las normas jurídicas derivadas de ella y, por esto, la Constitución asegura la coherencia del ordenamiento jurídico ya que no permite que subsistan dos o más normas que regulen el mismo objeto de modo contradictorio, evento ante el cual la Constitución invalida a la norma que se aparta de la forma de creación prevista en ella o que regula en términos incompatibles con ella, cuestión ésta que no reconoce el maestro austriaco.

El derecho constitucional no se satisface con la respuesta de la Teoría General o Teoría Pura del Derecho, porque siendo el crisol en el que el poder se transforma en norma jurídica necesita explicar el proceso de la mutación para pasar del campo de la ciencia política al campo de la ciencia jurídica, sin invadir el ámbito de la Filosofía del Derecho.

La Constitución es la norma fundamental por su origen, es decir, porque proviene del poder constituyente fundacional u originario que es el acto por el cual una comunidad cualquiera, asentada en un determinado espacio del universo, tiene fuerza y recursos suficientes para constituirse en Estado soberano, alcanzar el reconocimiento de tal por la comunidad internacional, luego fijarse objetivos y adoptar la organización adecuada para realizar estos objetivos.

Posteriormente, en ejercicio del mismo poder puede actualizar los objetivos, estimular cambios en su organización y renovar expresa o tácitamente su decisión inicial de constituirse en Estado soberano, para lo cual puede seguir el camino revolucionario que empieza por abrogar la Constitución o seguir el camino menos espectacular de la simple reforma, enmienda o revisión constitucional.

Esta decisión en una sociedad pluralista, como es la sociedad moderna, supone que la diversidad de fuerzas políticas, de grupos y de ideologías, de intereses y aspiraciones que en ella existen, como enseña Conrado Hesse, han llegado a un punto en el que, como mínimo común denominador, todos coinciden y así viene a ser la base de la convivencia pacífica, del trabajo y de la cooperación solidaria; su reforma es posible pero por suponer el encuentro de un nuevo punto de equilibrio en la reforma debe haber una mayor participación de la sociedad de la que hace falta para la expedición de una norma de menor jerarquía que a ella queda subordinada.

Esta mayor participación puede ser igual a como fue la participación en su adopción inicial, directa o por medio de sus representantes y se traduce en normas que, para la reforma constitucional, prescriben mayores requisitos que para la expedición de una ley o norma de menor jerarquía, lo que hace de la Constitución una Constitución rígida; pero, con la reforma constitucional cuando la Constitución es realmente normativa y no meramente nominal, cambia o debe reformar también todas las normas jurídicas del ordenamiento jurídico que le sean incompatibles y esto puede significar un serio trastorno de la vida social, la reforma debe ser el último recurso al que solo se debería apelar cuando la actualización de la norma constitucional a las nuevas realidades sociales, económicas, políticas y aún culturales, no sea posible por la vía de la interpretación o de la mutación.

Siendo la Constitución la decisión política básica del pueblo es necesario que las decisiones posteriores de sus representantes, sean leyes, reglamentos, ordenanzas, etc., se ciñan a lo que la base ha previsto acerca de la forma y el contenido de éstas, a menos que se quiera desobedecer la decisión última del pueblo y destruir el edificio todo que en ella se levanta o poner en peligro su estabilidad.

LA CONSTITUCIÓN FUENTE DE DERECHO

Ante la imposibilidad de que la Constitución desarrolle todas las normas jurídicas que requiere el Estado social y democrático de derecho, ella se limita a establecer las reglas que determinan, como ya hemos dicho, el órgano investido de facultad para crear las que sean necesarias en el futuro, las materias sobre las cuáles puede hacerlo, el contenido y el procedimiento con arreglo al que ha de ejercer esa facultad, los límites que ha de respetar, los valores, principios y objetivos cuya realización debe

perseguir; por tanto la Constitución es la fuente de la producción de todas las demás normas jurídicas.

En este sentido, la Constitución es la norma de las normas o sea la norma que regula la creación de todas las otras normas jurídicas, unas veces en forma directa como es el caso, en nuestro país, de la ley (capítulo V del título V), del reglamento (art. 171.5), de las ordenanzas (art. 230), de las regulaciones (art. 263), de las sentencias (art. 199), y otras veces indirectamente por medio de la ley, a la que se remite encargándole, en todo o en parte, que regule la creación de otras normas de inferior jerarquía, incluso los contratos y demás actos de mera aplicación.

A la reserva de ley se suman las normas por las que ciertos objetos o materias solamente pueden ser reguladas por otros instrumentos jurídicos como decretos, regulaciones, etc., es lo que hacen los preceptos que reservan para los decretos la declaración del estado de emergencia (art. 180), la fijación de tarifas arancelarias de aduana (art. 257), la fijación de tasas judiciales por el Consejo Nacional de la Judicatura (art. 207), la regulación de las funciones de la Contraloría (art. 211), las ordenanzas de los gobiernos provincial y cantonal (art. 228), o las regulaciones del Banco Central para la adopción de las políticas financiera y crediticia (art. 263), etc.

Como se puede ver, la norma fundamental, a la vez que produce normas, delega a los órganos que ella crea para que produzcan otras y éstos, a su vez, al mismo tiempo que ejecutan o hacen lo que dispone la norma que les faculta crear normas, producen otras disposiciones y así sucesivamente hasta llegar a los actos de mera aplicación, así la validez de las normas de menor jerarquía depende de su conformidad con las que atribuyen al órgano que las dictó, la facultad de crearlas y la forma de hacerlo.

De esta manera la Constitución distribuye competencias y estructura bajo su dependencia un sistema jerarquizado de normas que, cada vez son más numerosas y variadas por los órganos que las expiden y por las materias reguladas, y se convierte en el marco que mantiene la unidad del sistema del que ella es la norma suprema, por encima de la cual no hay jurídicamente nada, excepto el poder constituyente o poder soberano del pueblo, poder eminentemente político.

Según los arts. 272 y 276.1 de la Constitución, en nuestro ordenamiento jurídico como en la generalidad de los sistemas modernos, la conformidad de las normas de inferior jerarquía con las que les son de mayor jerarquía en la escala del sistema, no solo debe ser formal sino también material, es decir, las normas de menor jerarquía no solo deben provenir del órgano y con arreglo a los procedimientos constitucional o legalmente prescritos sino que deben respetar el contenido y los límites establecidos en la Constitución o la ley, a la manera como enseña Bobbio, según vimos antes.

De la armonía de las normas de inferior jerarquía con la Constitución depende su validez o, lo que es lo mismo, la pertenencia al mismo ordenamiento jurídico que preside la Constitución, y la sanción a las normas que la han violado es la inconstitucionalidad o expulsión del ordenamiento jurídico al que no pertenecen, y la nulidad o ilegalidad de las de menor jerarquía que violan la ley y así sucesivamente, de igual manera la validez de las normas de rango inferior a la ley depende de su conformidad con ésta en la forma y el contenido, etc.

La Constitución establece también el instrumento jurídico o la especie de normas que han de regular determinadas materias, así el art. 141 dispone que solo mediante ley se puede regular las materias en él mencionadas (reserva de ley), el art. 142 a su vez enuncia las materias que deben ser reguladas y reguladas por ley orgánica, y no por otro tipo de normas (reserva de ley orgánica); en este caso se trata de distribución de competencias entre las diferentes especies de normas.

No hay discusión acerca de la inconstitucionalidad de la ley ordinaria que se ocupa de materias reservadas para la ley orgánica, ni tampoco sobre la primacía de la ley orgánica que trata de la materia a ella reservada sobre la ley ordinaria que también se ocupa de esa misma materia, mas no sucede lo mismo cuando se trata de establecer las causas de esta primacía, ya que hay quienes afirman que ésta se basa en el principio de jerarquía, ya que la ley ordinaria está subordinada a la ley orgánica que es superior, nuestra tesis es que no hay relación de subordinación sino de competencia y entonces la ley ordinaria, en este caso, es inconstitucional porque versa sobre una materia que no debe ser regulada mediante este tipo de ley.

De otra parte, la ley orgánica que trate de una materia ajena a lo dispuesto en el art. 142 de la Constitución no tiene validez como ley orgánica, porque la condición de tal no depende de la voluntad del legislador sino de la materia fijada por la Constitución y, por lo tanto, ésta llamada impropriamente ley orgánica podría ser tratada como cualquier ley ordinaria; no sería inconstitucional porque la diferencia formal consiste en el número de votos necesarios para su aprobación y la mayoría absoluta necesaria para la ley orgánica subsume a la mayoría relativa necesaria para la ley ordinaria.

De la conformidad de las normas de inferior jerarquía con la Constitución depende su validez o, lo que es lo mismo, la pertenencia al mismo ordenamiento jurídico que preside la Constitución, y la sanción a las normas que la han violado es la inconstitucionalidad o expulsión del ordenamiento jurídico al que no pertenecen, y la nulidad o ilegalidad es la sanción de las normas de menor jerarquía que violan la ley y así sucesivamente.

Al control de la conformidad del ordenamiento jurídico con la Constitución o control de la supremacía de la Constitución se le conoce como el control de la constitu-

cionalidad o control de la Constitución, y al control de la conformidad de las normas infralegales se le denomina control de la legalidad.

INTERPRETACIÓN DE CONFORMIDAD CON LA CONSTITUCIÓN

Para determinar cuándo una norma jurídica guarda conformidad con la Constitución es necesaria una tarea compleja, que comprende: la interpretación de la norma constitucional para identificar los parámetros conforme a los cuáles podamos juzgar si la norma jurídica es ajustada o no con la Constitución, la interpretación de la norma jurídica de rango inferior al de la Constitución para determinar su contenido y la forma cómo ha sido creado y, por fin, la constatación de si el contenido y la forma de la norma jurídica encaja dentro de los parámetros constitucionales.

Cuando la norma jurídica infraconstitucional encaja por el contenido y la forma en los límites constitucionales es válida, pertenece al ordenamiento jurídico que encabeza la Constitución, caso contrario es inconstitucional, no pertenece a la familia; además, el juez o autoridad, al igual que cualquier otro intérprete, cuando de aplicar la norma jurídica se trate deberá entenderla en términos compatibles con los límites y contenido que la Constitución señala en la materia de que trata la norma jurídica a aplicarse.

En todos estos casos, la Constitución viene a ser la guía para la interpretación de las normas jurídicas o sea que éstas deben interpretarse a la luz de la Constitución o conforme a ella.

FUNCIONES DE LA CONSTITUCIÓN

La definición de la Constitución como norma jurídica suprema nos permite conocer su ubicación en la estructura jerárquica del ordenamiento jurídico y la función que ella cumple en la creación del derecho; pero, en el Estado moderno a ella se le han atribuido otras funciones conforme han variado también las funciones del Estado.

LEGITIMACIÓN Y LIMITACIÓN DEL PODER

Contra el absolutismo monárquico durante el cual la voluntad del rey era la norma suprema, ya que la facultad de dictarla era inherente a su poder de origen divino o al contrato político de Hobbes, la revolución burguesa levantó la doctrina de la soberanía nacional o popular, en virtud de la cual el poder radica en la nación para unos,

y en el pueblo para otros, los gobernantes no tienen más poder que el que les delega la nación o el pueblo, cuya voluntad es la ley.

La ley, y en particular la ley constitucional, crea los órganos a través de los cuales el Estado ejerce el poder y les atribuye las facultades de las que por la elección o el nombramiento quedan investidos y no siéndoles suyo el poder que ejercen sino delegado por el pueblo, la Constitución deviene en fuente de éste y al mismo tiempo, su límite porque el Estado no puede ejercer el poder sino solo en las materias que la Constitución pone bajo su potestad, por medio de los órganos creados para el efecto y cada uno en el ámbito fijado por la Norma Fundamental.

Por consiguiente, la Constitución legitima el poder en tanto en cuanto quien lo ejerce llega al órgano creado por la Constitución, en la forma y términos que ella ha prescrito para el efecto, y, al mismo tiempo, limita el poder porque nadie puede intervenir en materias que no interesan al Estado por su relación con el bien común, ni ejercer más facultades que las asignadas por la misma Constitución. Esto es lo que reconoce el art. 1, inciso 2 de la Constitución Política de la República, que dice: “La soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es la base de la autoridad, que ejerce a través de los órganos del poder público y de los medios democráticos previstos en la Constitución”.

Vale la pena destacar que el término soberanía está usado en el sentido de capacidad del pueblo para decidir por sí mismo la organización que adopta y lo que han de hacer o no hacer por él, los órganos determinados en el art. 118, que al tenor del art. 119, no podrán ejercer otras atribuciones que el mismo pueblo las ha consignado en la Constitución y en la ley.

En estos términos, hace efectiva la democracia representativa que caracteriza al Estado ecuatoriano según el art. 1, inciso 1, pero esta democracia ha de constituirse de manera que, según el inciso 2 del mismo artículo, sea compatible con las prácticas de la democracia directa que al tenor del art. 26 y el capítulo II del título IV son, la iniciativa popular o facultad de los ciudadanos para presentar proyectos de ley al Congreso Nacional, revocar el mandato a los dignatarios que han llegado a los cargos públicos por elección popular, ser consultados y promover consultas populares en los casos y sobre las materias que la misma Constitución prevé y, en fin, fiscalizar los actos de los órganos del poder público en la forma y términos permitidos constitucional y legalmente.

DEFENSA DE LA LIBERTAD

Con la triste y recurrente experiencia histórica, que enseña que las personas y grupos investidos de poder tienden a excederse en el ejercicio de ese poder cuando no

están fijados los límites del mismo y no hay quien controle el respeto de esos límites, los pueblos han querido fijarlos en la Constitución, por lo que ésta ha recurrido a varios arbitrios.

Unos de esos arbitrios es la división horizontal y vertical de poderes, la primera, mediante la distribución de competencias y facultades entre los órganos legislativo, ejecutivo, judicial y otros, creados igualmente en la Constitución, en la forma en que hace la nuestra en los títulos VI que trata de la Función Legislativa, VII que se refiere a la Función Ejecutiva, título VIII que se ocupa de la Función Judicial, título IX de la Organización Electoral y X de los Organismos de Control.

Para hacer realidad la división vertical del poder se organizan los estados en federales, autonómicos, y se contempla la descentralización de los estados unitarios, como el nuestro que según el art. 1, inciso 1, es unitario, de administración descentralizada (título XI).

Cada uno de ellos, dentro del ámbito de su competencia, tiene la obligación de promover el bien común y coordinar sus acciones para el efecto (art. 119), el primero de los deberes que la promoción del bien común impone es el de respetar y hacer respetar los derechos de la persona, constitucionalmente reconocidos (art. 16).

Así dividido el ejercicio del poder, ninguno de los órganos puede excederse de los límites constitucionalmente fijados y cualquiera de ellos puede demandar ante el Tribunal Constitucional a cualquiera de los otros poderes cuando rebase o pretenda rebasar esos límites, ya sea para reducirlo al ámbito de su competencia o para invalidar el acto para el que no tenía competencia, además en caso de amenaza de violación o de violación de los derechos constitucionalmente reconocidos, quien se encuentre legitimado para acudir al juez podrá demandar medidas que impidan la violación o remedien la violación cuando no se la ha podido impedir (arts. 277.5 y 95).

EL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO

A lo largo del siglo XX quedó en evidencia que la división que prevaleció en el siglo anterior, según la cual unas eran las relaciones sociales sobre asuntos de interés público y otras las relaciones que no trascienden del interés privado, no era la que mejor garantizaba la paz social y el bienestar de los pueblos, por consiguiente, se replanteó esa división y como consecuencia de ello, sin abandonar las funciones anteriores, el Estado asumió nuevas funciones y adoptó una nueva actitud ante las relaciones de interés privado.

En concreto, se revisó el concepto hasta entonces dominante sobre los derechos civiles y políticos, se los amplió con la lista de nuevos derechos como los económicos, sociales y culturales, se le responsabilizó de nuevas actividades y a este efecto

se le autorizó que interviniera en algunas de las relaciones sociales en las que antes le estaba vedado intervenir.

Sin desconocer que las decisiones políticas deben ser adoptadas por el voto de la mayoría cuando no es posible la unanimidad, el Estado social y democrático de derecho debe hacer compatible este método de resolver los desacuerdos, con el respeto a la opinión e intereses de la minoría, a la que se le debe conceder la oportunidad de acudir a la resolución de un órgano que tenga como función la de hacer respetar el ordenamiento constitucional, que es el acuerdo jurídico básico de todos, de mayoría y de minoría, cuando con violación de él considere que se trata de lesionarla.

Como en la Constitución, en cuanto acuerdo jurídico básico, están o deben estar garantizados los intereses y pareceres de todos, son características de la norma constitucional su generalidad y su apertura a diversas aplicaciones de conformidad con la realidad social y los cambios que en ella se operen, así pues una será la solución constitucional que las fuerzas políticas de derecha propongan a los problemas políticos, económicos, sociales y aún culturales de los que deba ocuparse el Estado, y otra será la solución asimismo constitucional que propugnen las fuerzas políticas progresistas o de izquierda, unas probablemente las requeridas en una época y otras en épocas distintas.

Por consiguiente, como intervenir en los campos económico, social, cultural y político para hacer realidad la democracia económica, social y política es cuestión que queda librada a los resultados de la correlación de las fuerzas sociales que se disputan el poder, con la aclaración de que cualquiera que sea el resultado de la contienda ninguno de los vencedores podrá contradecir las normas del acuerdo básico que es la Constitución, ni dejar, por lo tanto, de escuchar y asimilar la opinión y los intereses de la minoría si es que quiere deslegitimar el recurso del derecho a la rebelión de parte de ésta.

OTRAS FUNCIONES

Conrado Hesse atribuye a la Constitución las siguientes tareas o funciones: integración, organización y dirección jurídica.

La tarea de integración consiste en reducir a unidad la multitud de grupos, opiniones, intereses y aspiraciones propios de una sociedad pluralista; la de organización significa constituir órganos, fundar o atribuir competencias y facultades, regular procedimientos, garantizar la cooperación, la responsabilidad y el control del ejercicio del poder evitando toda forma de abuso; y la función de dirección jurídica es dotar de fuerza vinculante a todo el ordenamiento jurídico por ser moralmente correcto.

Para el constitucionalista alemán lo “moralmente correcto” no se infiere del derecho natural existente al margen del pensamiento y la acción humanos, y mucho menos del positivismo escéptico, como él lo califica, sino de la lucha y experiencia de muchas generaciones.

Independientemente de que se acepte los fundamentos que invoca para lo moralmente correcto, lo cierto es que estas tres tareas o funciones son las que con éstos u otros términos nos han de guiar en la interpretación de los preceptos constitucionales.

EL DERECHO INTERNACIONAL

El art. 4.3 declara que el derecho internacional es la norma de conducta por la que se ha de regir el Ecuador del mismo modo que espera lo hagan los otros estados; los tratados y convenios una vez publicados en el registro oficial forman parte del ordenamiento jurídico y prevalecen sobre las leyes y las otras normas de menor jerarquía, dice el art. 163; pero además en el art. 4.5 propugna la integración y en los arts. 17 y 18, confiere a los instrumentos internacionales el mismo rango que el de las normas constitucionales sobre derechos de la persona.

De esta manera, la Constitución establece tres categorías de normas de origen internacional: una es la compuesta por las normas de los instrumentos internacionales sobre derechos de la persona a las que les confiere rango constitucional, otra es la de las normas del derecho de la integración, y la tercera categoría está constituida por las normas de los tratados y convenios que no están comprendidos en las dos categorías anteriores, así como las del derecho internacional consuetudinario comprendidas en la genérica mención al derecho internacional del art. 4.3.

LOS INSTRUMENTOS SOBRE DERECHOS DE LA PERSONA

Los instrumentos internacionales sobre los derechos y garantías de la persona revisten diversas modalidades, como son: declaraciones, convenciones, convenios, pactos o tratados, protocolos, cartas, etc.

Ahora bien, los derechos y garantías reconocidos en los instrumentos internacionales, cualquiera sea su denominación y cualquiera sea su fuerza vinculante en el derecho internacional, siempre que de ellos sea parte el Ecuador, se suman a los derechos y garantías constitucionalmente reconocidos con el mismo rango de éstos, porque así lo mandan los arts. 17, 18 y 95 de la Constitución.

Pero, si revisten la forma de un tratado deben ser sometidos a informe del Tribunal Constitucional, a la aprobación del Congreso y ratificación del Presidente de la República, sin que por esto se degrade su rango (art. 161.5).

Por consiguiente, los instrumentos internacionales sobre derechos de la persona, tienen el mismo rango o jerarquía de las normas constitucionales y, consecuentemente para los habitantes del Ecuador, de estos instrumentos nacen directa e inmediatamente derechos y obligaciones que pueden demandarlos de terceros, incluso del Estado, mediante el uso de las garantías constitucionales; las autoridades públicas, por su lado, en ellos pueden sustentar sus fallos y resoluciones tanto como en la Constitución, así hace el Tribunal Constitucional en el caso No. 239-2002-RA.

Si hubiera conflicto o diferencia entre los enunciados de la Constitución y de los instrumentos internacionales o entre los enunciados de un instrumento internacional y los de otro instrumento, se estará al texto que más favorezca a su efectiva vigencia, de acuerdo con el principio *favor libertatis* del art. 18 de la Constitución, que a decir de Pérez Luño:

no significa solo que en supuestos dudosos habrá que optar por la interpretación que mejor proteja los derechos fundamentales, sino que implica concebir el proceso hermenéutico constitucional como una labor tendiente a maximizar y optimizar la fuerza expansiva y la eficacia de los derechos fundamentales en su conjunto.

Pero el conflicto entre los instrumentos internacionales y las normas de rango inferior al rango de la Constitución será resuelto de acuerdo con el principio de jerarquía, o sea que la norma internacional no solo que ha de prevalecer sobre la nacional que le contradiga sino que ésta última carece de validez, lo mismo que cuando contradice la Constitución formal.

Mas aún, los derechos humanos tenidos por tales en el derecho internacional consuetudinario se encuentran en el mismo caso que los constantes en los instrumentos internacionales convencionales, por disposición del art. 19 de la misma Constitución, que dice que los derechos y garantías enunciados en la Constitución y en los instrumentos internacionales de que sea parte el país “no excluyen otros que se deriven de la naturaleza de la persona y que son necesarios para su pleno desenvolvimiento”; en esta situación estaría por ejemplo, el Protocolo II de Ginebra para la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional.

LOS INSTRUMENTOS DE INTEGRACIÓN

Más complejas aunque no más difíciles son las relaciones de la Constitución con el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina (CAN), compuesto del derecho

originario, que integran los tratados y protocolos modificatorios, y del derivado, constante en las decisiones de la Comisión, en las resoluciones de la Secretaría General y los Convenios Complementarios.

Los arts. 4.5 y 5 legitiman la participación del Ecuador en los procesos de integración en general; ahora bien, en la integración en derecho por oposición a la integración por la fuerza, es indispensable que, en el territorio de todos los países miembros del proceso integracionista, rijan normas comunes en las materias sobre las cuáles versa la integración, y que esas normas comunes se las aplique en el mismo sentido y con el mismo alcance; en consecuencia, o este derecho común o comunitario prevalece sobre el derecho interno de cada país miembro, o la integración no es posible.

El art. 161.4, al mismo tiempo que autoriza celebrar tratados que, de acuerdo con el principio de reciprocidad, transfieran “a un organismo internacional o supranacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución o la ley”, exige que estos tratados se revistan de las formalidades de los tratados solemnes; por esta especie de tratados se introduciría el “principio de competencia” que relativiza el principio de jerarquía, porque en los asuntos que se llegara a transferir la competencia normativa a favor de los organismos internacionales o supranacionales las normas expedidas por estos organismos primarían sobre el derecho interno no precisamente porque sean superiores de éste sino porque el Estado al mismo tiempo que transfiere, se despoja del poder que le permite dictar normas (¿soberanía?), por tanto, éstas serían nulas por provenir de una institución sin competencia.

El derecho derivado queda directamente sometido al derecho originario, y si de algún modo se opusiera a los instrumentos originarios procedería la acción de nulidad en manos del Tribunal de Justicia de la CAN; en cambio, con la acción de incumplimiento en contra del país miembro cuyo ordenamiento jurídico se oponga al ordenamiento jurídico de la CAN, se procura el respeto a la primacía de éste sobre aquel.

Es posible que esta escala se alargue más con los reglamentos y actos normativos que el Estado miembro de la CAN expida para cumplir con el derecho de la integración, o para reglamentar su aplicación en el territorio del país miembro, de conformidad con lo que, para el efecto, se encuentre establecido en su derecho interno; esos reglamentos y actos normativos están subordinados en su contenido al derecho de la integración y en la forma al derecho interno, los conflictos de tales reglamentos y actos normativos con el uno o con el otro derecho deberá ser resuelto por los tribunales nacionales, previa la interpretación prejudicial del Tribunal Andino del Acuerdo de Cartagena.

En conclusión, los tratados de integración, una vez que son aprobados con arreglo a la Constitución son fuentes de derecho en el interior de los países miembros de la CAN y tienen su propio orden jerárquico y sus propios mecanismos de control.

OTROS TRATADOS O CONVENIOS

Los demás tratados, convenciones o convenios, como los del derecho originario de la integración, ocupan un sitio intermedio, es decir, están subordinados a la Constitución y por encima de todas las otras normas jurídicas del Ecuador; pero, para no abocarse a la difícil tarea de controlar su constitucionalidad ya cuando han sido ratificados, el art. 162 reconociendo la supremacía de la Constitución sobre el derecho internacional convencional, prescribe que el Congreso los aprobará en un solo debate, previo informe del Tribunal Constitucional “respecto a la conformidad del tratado o convenio con la Constitución”, y añade que de no ser conformes no se los podrá aprobar sin que antes de reforme la Constitución.

Por esta vía, que es la seguida por España, se hace innecesario el control constitucional *a posteriori*, que de efectuarse acarrearía conflictos entre el derecho constitucional y el derecho internacional público, porque para el primero si el tratado estuviera en contradicción con la Constitución se impondría su inconstitucionalidad y, por ello, la imposibilidad jurídica de cumplirlo al interior del país, y para el segundo, en cambio, el Estado no podría invocar su propia Constitución para sustraerse a la obligación de cumplirlo, según el art. 27 de la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados* (CVDT), por la reiterada jurisprudencia internacional y por ser simple consecuencia de los principios de buena fe y *pacta sunt servanda*, comunes a todo acuerdo de voluntades.

La Constitución de modo consecuente con el control *a priori* no confiere competencia al Tribunal Constitucional para conocer de las demandas de inconstitucionalidad de los tratados o convenios una vez que han sido ratificados.

Sin embargo, queda pendiente de solución la situación de los instrumentos que no están sujetos a la aprobación del Congreso ni al informe de constitucionalidad del Tribunal Constitucional, llamados *executive agreements* o acuerdos de forma simplificada; éstos como aquellos no son producto de la voluntad unilateral del Estado ecuatoriano y, por lo mismo, jurídicamente no cabría que se declare su invalidez por medio de uno de sus órganos, como es el Tribunal Constitucional, tanto más cuanto que se produciría la situación anómala de que no es válido al interior del país mientras que para el derecho internacional sería perfectamente exigible y el Ecuador internacionalmente responsable.

La solución parece encontrarse, como enseña Diez de Velasco, en el mismo derecho internacional, mediante la demanda de nulidad prevista en el CVDT, arts. 65 a 68, la negociación, para dar por terminado el tratado o revisarlo en la parte objeto de la inconstitucionalidad y, en casos extremos, la denuncia, y, si el vicio es de forma, reiniciar las negociaciones para culminarlas correctamente, como sugiere en el Tribunal Constitucional el voto salvado en el caso del Convenio sobre la Base de Manta, en el que la mayoría resolvió declararse incompetente para conocer de las demandas de inconstitucionalidad de los tratados internacionales (Caso No. 032-2000-TC, Gaceta Constitucional No. 3).