

## El bloque de constitucionalidad pergeñado por el Tribunal Constitucional

Juan Carlos Riofrío Martínez-Villalba\*

Las siguientes líneas glosan una importante Resolución del Tribunal Constitucional ecuatoriano, que por primera vez esboza el difícil concepto de *bloque de constitucionalidad*. Para hacerlo, el autor comienza narrando de forma sucinta los antecedentes del fallo, luego especifica cuáles fueron las principales consideraciones del Tribunal y finaliza esta primera parte del artículo pergeñando, a la luz de la Resolución, la noción ecuatoriana de *bloque de constitucionalidad*. Mas, lo verdaderamente interesante de este trabajo viene cuando se señalan algunas trascendentales implicaciones prácticas de la adopción de éste nuevo concepto. Por ejemplo: redimensiona la hermenéutica jurídica, eleva los tratados de derechos humanos y algunas otras normas –incluso internas– al estatus constitucional, entre otros interesantísimos efectos.

FORO

Pocas palabras ha dedicado nuestra jurisprudencia al tema del bloque de constitucionalidad. Quizás esta vez la culpa no pesa sobre los jueces: el tema ha pasado prácticamente inadvertido en la doctrina nacional y en los foros académicos, de hecho, hasta el mismo concepto de “bloque de constitucionalidad” aún resulta ajeno a las categorías mentales de muchos abogados ecuatorianos.

Ante este panorama, nuestro Tribunal Constitucional ha hecho muy bien en pergeñar dicho concepto dentro de la Resolución No. 001-2004-DI,<sup>1</sup> donde establece algunas de sus implicaciones, Resolución que por su importancia pasamos a comentar.

### ANTECEDENTES

El caso trata sobre la titularidad y alcance del derecho fundamental a la libertad de expresión. Todo surgió cuando el Consejo Nacional de la Judicatura abrió un ex-

\* Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad de los Hemisferios.

1. Resolución No. 001-2004-DI, Sentencia del pleno del Tribunal con dos votos salvados, publicada en el R.O. 374, de 9 de julio de 2004.

pediente administrativo para investigar y sancionar con la destitución al Juez II de lo Penal de Cotopaxi, doctor Carlos Poveda Moreno, por haber formulado el 13 de enero de 2004 en Canal 36 TV COLOR de Latacunga, una declaración sobre algunos aspectos jurídicos de una detención.<sup>2</sup>

Ante la resolución administrativa del Consejo, el Juez Penal interpuso una acción de amparo constitucional, por considerar que atentaba contra su derecho a la libertad de expresión, consagrado en el art. 23.9 de la Constitución, solicitando a su vez que se declarara inaplicable el inc. 2, del art. 255 del Código de Procedimiento Penal, que a saber, establece:

Código de Procedimiento Penal, art. 255, inc. 2. En ningún caso, el Juez o Magistrado que conozca de una causa penal sometida a su resolución puede formular declaraciones públicas o privadas a los medios de comunicación social, ni antes ni después del fallo. La violación de esta prohibición será sancionada con destitución, sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales que hubieren.

Lo interesante del asunto es que la demanda no se fundamenta tanto en el escueto art. 23.9 de la Constitución, como en los pactos internacionales vigentes en el Ecuador que regulan más ampliamente el derecho a la libertad de expresión. En el fondo se pidió que, dentro de todas las posibles interpretaciones que admite el texto constitucional, se tomara como *constitucional* la interpretación prevista en los pactos internacionales, y como *inconstitucional* las normas contrarias a tal interpretación sistemática (en concreto, el accionante solicitó la inaplicabilidad del art. 255 por considerarlo contrario al bloque constitucional).

Conoció la causa el Juez Segundo de lo Civil de Cotopaxi, quien encontró que procedía la petición y, consecuentemente, concedió el amparo. En su sentencia el Juez Civil también acogió la petición de inaplicar el art. 255 del Código de Procedimiento Penal, por lo cual, cumpliendo con el mandato constitucional, terminó informando de la inaplicación al Tribunal Constitucional para que “resuelva con carácter general y obligatorio”<sup>3</sup> sobre el particular.

Ante el Tribunal comparecieron el Ejecutivo y el Legislativo, quienes salieron en defensa del art. 255 del Código de Procedimiento Penal. Sin embargo, ello no fue óbice para que la totalidad de miembros del Tribunal Constitucional declararan su inconstitucionalidad. La mayoría se inclinó por declarar la inconstitucionalidad parcial

---

2. La Resolución aclara que tal declaración versaba sobre “la inconstitucionalidad y no retroactividad de la detención en firme creada por la Ley 2003-101, promulgada el 13 de enero de 2003” (dentro de los antecedentes). Más adelante especifica “que lo hizo respecto a cuestiones de puro derecho (...)” (considerando 17).

3. Constitución Política, art. 274, inc. 2.

de la norma, suspendiendo la obligación del juez de guardar reserva sobre la causa conocida una vez que ha dictado sentencia<sup>4</sup> (es decir, ahora la reserva solo obliga hasta antes de dictar sentencia; luego de dictarla, el juez se convierte en un ciudadano más, sin prerrogativas ni deberes especiales). La minoría, en cambio, salvó su voto aduciendo que la declaratoria debía recaer sobre la totalidad del inc. 2 del art. 255.

## LAS CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Lo verdaderamente interesante de la Resolución, que puede marcar un hito en la historia de la jurisprudencia y de la doctrina constitucional ecuatoriana, son los considerandos que desarrollan el concepto del “bloque de constitucionalidad”. El Tribunal declara inconstitucional parte del art. 255, no por entrar en contradicción contra la literalidad del art. 23.9 de la Constitución (que incluso salva las responsabilidades “previstas en la ley”), sino fundamentalmente por oponerse al art. 23.9 interpretado a la luz de los pactos internacionales de derechos humanos, y también –y esto es realmente una novedad– interpretado a la luz de las disposiciones de la legislación nacional. Si lo vemos bien observaremos que el Tribunal ha terminado *constitucionalizando* en cierta forma esas normas nacionales e internacionales.

Detengámonos un poco en el tratamiento dado por el Tribunal Constitucional a dichas normas:

## DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES

Luego de hacer las pertinentes observaciones procesales, en el considerando 3 el Tribunal transcribe el art. 23.9 de la Constitución, que consagra: “el derecho a la libertad de opinión y de expresión del pensamiento en todas sus formas, a través de cualquier medio de comunicación, sin perjuicio de las responsabilidades previstas en la Ley”. A continuación apunta, con bastante agudeza, que si bien “la norma constitucional transcrita deja ver que el Ecuador se compromete a respetar la libertad de opinión y de expresión, sin embargo, su contenido no ha sido suficientemente desarrollado, por lo que se hace necesario buscar el alcance perfecto de esta norma en otras fuentes, y para el efecto hemos de acudir a la normativa internacional de los derechos humanos (...)”.<sup>5</sup>

---

4. La Resolución en su parte resolutive dispone: “aceptar parcialmente la demanda y en consecuencia declarar inconstitucionales por el fondo, con carácter general y obligatorio, las palabras ‘ni’ y ‘ni después’ contenidas en el artículo 255 inciso segundo del Código de Procedimiento Penal”.

5. Considerando 3.

Es correcta la afirmación del Tribunal. El art. 23.9 es muy escueto –y así tiene que serlo– a la hora de consagrar el derecho a la libertad de expresión. Por lo mismo, está eventualmente sujeto a un sinnúmero de interpretaciones que delimitan, cada una en mayor o menor medida, el contenido del derecho. ¿A cuál de todas ellas habrá que estar? El Tribunal nos indica que a aquella interpretación señalada “en otras fuentes” del ordenamiento jurídico, conduciéndonos, acto seguido, a revisar las estipulaciones internacionales sobre derechos humanos.

## DISPOSICIONES INTERNACIONALES

El Tribunal asevera rotundamente que los pactos internacionales forman parte del bloque de constitucionalidad. Al respecto, destaca “(...) la obligatoriedad de los Estados de aplicar lo que se denomina el Bloque de Constitucionalidad. En esencia significa que los Estados no están obligados solamente al cumplimiento del contenido de sus constituciones, sino también al de los tratados internacionales que han suscrito y ratificado, puesto que existen disposiciones concretas de respetar sus preceptos, y por lo tanto pasan a insertarse dentro de la normativa con máxima jerarquía”.<sup>6</sup>

La Resolución cita dos disposiciones internacionales que desarrollan el contenido del derecho a la libertad de expresión: el art. 19 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*<sup>7</sup> y el art. 13 de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*.<sup>8</sup> Ambas disposiciones son de contenido esencialmente idéntico: ambas proscriben la censura previa, las dos establecen taxativas excepciones a la libertad de expresión, y también exigen que tales excepciones estén previstas en la ley. De esta forma, se desarrolla significativamente el parco texto constitucional.<sup>9</sup>

---

6. Considerando 6.

7. *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, art. 19.

1. Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones;
2. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole (...)
3. El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para: a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás; b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud y moral públicas.

8. *Convención Americana de Derechos Humanos*, art. 13.

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir información e ideas de toda índole (...)
2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a) El respeto a los derechos o a la reputación de los demás; o, b) La protección de la seguridad nacional; el orden público o la salud o la moral públicas.

9. Si bien nuestra Constitución, al igual que los pactos citados, prohíbe la censura previa (cfr. art. 81, inc. 1, que

De lo anterior el Tribunal deduce que tales instrumentos internacionales “(...) permiten la existencia de ciertas restricciones a la libertad de expresión, pero éstas no pueden poner en peligro el derecho. Las restricciones deben fijarse en la ley y están sujetas a determinadas condiciones, a saber, el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, y la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas”.<sup>10</sup> A continuación observa que de “un análisis comparativo entre la posibilidad de establecer censura previa y la disposición impugnada, nos lleva a concluir que ésta no encaja entre las restricciones (...)” por cuanto no cabe afirmar que “(...) la libertad de expresión del Juez o Magistrado respecto a una causa penal en la que haya fallado o esté por hacerlo, falte al respeto a los derechos o a la reputación de los demás, ni atente contra la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas, concepto por demás amplio y no determinado. Por el contrario, lo que sí puede afirmarse, es que sus declaraciones puedan provocar dos situaciones: 1. El establecimiento de responsabilidades ulteriores conforme lo establece la legislación ecuatoriana según, veremos más adelante; o, 2. Difunda información de interés general, lo cual será también motivo de análisis en este fallo”.<sup>11</sup>

## DISPOSICIONES NACIONALES

Tanto el art. 23.9 de la Constitución, como los instrumentos internacionales citados nos reconducen a la ley. Es en la ley donde encontraremos cuáles son las responsabilidades ulteriores (no *ex ante*) y cuáles son los límites del derecho constitucional a la libertad de expresión.

En este orden de ideas, la Resolución continúa apuntando que “respecto a las responsabilidades ulteriores, debe indicarse que la legislación ecuatoriana ya establece prohibiciones a jueces y magistrados, respecto de la materia que conocen”, prohibiciones que según la misma Resolución señala, ya constan en el art. 10 de la Ley Orgánica de la Función Judicial.<sup>12</sup> Esta disposición prohíbe a los jueces manifestar su opinión o anticiparla en causa que actualmente estén juzgando o a futuro deben juzgar.<sup>13</sup>

---

textualmente cita el Tribunal en el considerando 11), sin embargo olvida detallar ordenadamente cuáles son las excepciones a la libertad de expresión.

10. Considerando 11.

11. Considerando 13.

12. Ley Orgánica de la Función Judicial, art. 10. Es prohibido a los jueces: 1. Manifestar su opinión o anticiparla en causa que estuvieren juzgando o debieren juzgar.

13. Cuando el art. 10 de la Ley Orgánica de la Función Judicial alude a las causas que “debieren juzgar”, está alu-

Visto lo anterior, nuestro Tribunal concluye que “la mencionada norma es suficiente para establecer la responsabilidad de los juzgadores; puesto que se recalca que prohibirles la libertad de expresión en cualquier causa penal es establecer un sistema de censura previa que no hace mérito a la justicia, puesto que sería establecer con anticipación que siempre sus declaraciones serían motivo de prevaricato, lo cual no necesariamente es cierto, y en algunos casos, por el contrario, se torna indispensable para informar cuestiones de interés general, sin que por ello se viole derechos ajenos o se promueva el desequilibrio social”.<sup>14</sup>

Así, el art. 10 de la Ley Orgánica de la Función Judicial le ha servido al Tribunal para delimitar el alcance de la norma constitucional, y para fijar hasta dónde tal norma establece responsabilidades informativas.

## Recapitulación

Hemos expuesto hasta aquí, grosso modo, lo fundamental de la argumentación del Tribunal. Recapitémosla brevemente:

1. El art. 23.9 de la Constitución consagra la libertad de expresión *in genere*, “sin perjuicio de las responsabilidades previstas por la ley”.
2. Los pactos internacionales especifican que no puede haber censura previa (responsabilidad *ex ante*), sino en tres casos taxativos (los mismos que deben estar previstos por la ley).<sup>15</sup>
3. El art. 255 del Código de Procedimiento Penal no cae dentro de esos tres casos de excepción.
4. El art. 10 de la Ley Orgánica de la Función Judicial fija correctamente el alcance del art. 23.9 de la Constitución.
5. Por fin, el art. 255 es *inconstitucional* por contravenir el art. 13 de la *Convención Americana de Derechos Humanos* y el art. 19 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*.

---

diendo *in recto* a aquellas causas que el juez ya ha conocido o ha sido sorteado para conocer. Antes del sorteo de la causa el juez no está en la *obligación* de conocer: es decir, aún *no debe juzgar* sobre la causa. Por lo tanto, no está impedido de pronunciarse jurídicamente sobre, por ejemplo, el accidente automovilístico que vio en la televisión, leyó en el periódico o le contó un amigo, mientras *no deba* conocer de la causa. No obstante, si se pronunciare por escrito con anticipación y resultare sorteado para conocer del asunto materia del litigio, entonces debería inhibirse de conocer por “*haber dado opinión o consejo sobre el juicio, que conste por escrito*”, acorde a lo dispuesto en el art. 856.9 del Código de Procedimiento Civil.

14. Considerando 14.

15. El Tribunal Constitucional habla de excepciones a la prohibición de censura previa; propiamente, las excepciones son a la libertad de expresión.

Y dicho esto, el Tribunal concluye tajantemente que “no es suficiente con defender solamente la Constitución sino también los instrumentos internacionales que la integran, lo que constituye el Bloque de Constitucionalidad (...)”,<sup>16</sup> para terminar resolviendo que “(...) la norma impugnada es inconstitucional en la parte en que impide formular declaraciones ‘después’ de la expedición del fallo”.

## EL “BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD” ECUATORIANO

En la doctrina comparada existe un gran debate sobre el concepto de “bloque de constitucionalidad” y sobre el *paquete* de normas que lo conforman. Ambas cuestiones van muy ligadas. Revisemos unos pocos ejemplos que demuestran lo dicho:

- a) El *bloc de constitutionnalité* francés está constituido por el texto constitucional, la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* de 1789, el Preámbulo de la Constitución de 1946 y los principios fundamentales de las leyes de la República, en tanto se encuentran fuera del bloque los reglamentos de las asambleas parlamentarias y las normas internacionales;
- b) Por su lado, en Italia se conforma por la Constitución y por ciertas normas jerárquicamente superiores a las leyes ordinarias (como las normas que establecen la Unión Europea, los tratados lateranenses y los reglamentos de las cámaras del Parlamento);
- c) El bloque de constitucionalidad español, en cambio, está compuesto por normas con supremacía constitucional y por normas sin esa supremacía (como las leyes que delimitan las competencias del Estado nacional y las comunidades autónomas), pero que no pueden ser afectadas por las normas comunes; y,
- d) Por último, en Panamá el bloque de constitucionalidad comprende la Constitución formal, la jurisprudencia de la Corte Suprema en materia constitucional, la costumbre constitucional, el reglamento de la Asamblea Legislativa y el Estatuto de retorno inmediato a la plenitud del orden constitucional de 1989.

Ante este panorama Rubio Llorente concluía que la expresión “bloque de constitucionalidad” tiene un uso más bien errático y falto de rigor, que muestra “una realidad abigarrada y heteróclita difícilmente reducible a categoría”.<sup>17</sup> Sagüés, recogiendo las palabras del juez y profesor español, observaba que, en todo caso, lo impor-

---

16. Considerando 18.

17. Francisco Rubio Llorente, “La forma del poder”, en *Estudios sobre la Constitución Política*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 108.

tante es aclarar en qué sentido usa la expresión cada autor; <sup>18</sup> para él la expresión aludía “al conjunto del derecho constitucional primario y secundario de un país” (reglas de naturaleza constitucional con supremacía y sin supremacía).<sup>19</sup>

Según los parámetros que nos da la Resolución comentada, entendemos que para nuestro Tribunal Constitucional el bloque de constitucionalidad ecuatoriano está compuesto por:

- a) La Constitución Política;
- b) Los tratados internacionales, que “pasan a insertarse dentro de la normativa con máxima jerarquía”;<sup>20</sup> y,
- c) Ciertas leyes –especialmente las orgánicas– que desarrollan el texto constitucional, aunque éstas sin la nota de supremacía propia de las dos anteriores fuentes. Para ser precisos, hemos de reconocer que esto último no lo manifiesta expresamente el Tribunal Constitucional, pero se desprende de su fallo, el mismo que cita dentro de sus considerandos a la Ley Orgánica de la Función Judicial con el objeto último de declarar inconstitucional el mentado art. 255.

Vale dejar apuntado desde ya que la Resolución comentada no descarta otras fuentes adicionales, como la costumbre constitucional, las resoluciones de inconstitucionalidad del propio Tribunal Constitucional, las normas interpretativas del Legislativo, o los derechos naturales implícitos en el art. 19 de la Constitución (fuente que ha sido intuida por el Tribunal Constitucional).<sup>21</sup> Pero el tema de las fuentes y su prelación, por su extensión y profundidad, amerita nuevos trabajos de investigación que ahora evitaré hacer por las limitaciones de espacio a las que me veo abogado.<sup>22</sup>

---

18. Néstor Pedro Sagüés, *Teoría de la Constitución*, Buenos Aires, Astrea, 2004, p. 234.

19. Néstor Pedro Sagüés, *Teoría de la Constitución*, p. 233. Como se verá más adelante, en el presente trabajo nos adherimos plenamente a la noción dada por Sagüés.

20. Considerando 6.

21. En el considerando 6 el Tribunal manifiesta “(...) que los Estados se han comprometido, frente a la comunidad internacional y a sus propios ciudadanos, a respetar los derechos humanos de manera tal que no es posible la existencia de disposición ni acto que pueda menoscabar sus contenidos”.

22. Al respecto, un muy recomendable trabajo puede encontrarse en Roberto Viciano Pastor, “El sistema de fuentes del Derecho en la Constitución Política de la República del Ecuador”, en Santiago Andrade U., Julio César Trujillo y Roberto Viciano, eds., *La estructura constitucional del Estado ecuatoriano*, Quito, Centro de Estudios Políticos y Sociales / Univesidad de Valencia / Universidad Andina Simón Bolívar / Corporación Editora Nacional, 2004, pp. 63-88, donde se analizan las fuentes del derecho que tradicionalmente se estudian (tratados, leyes, reglamentos, etc.). Valdría la pena hacer un análisis más pormenorizado del estatus de otras fuentes como la costumbre constitucional, las normas interpretativas, las resoluciones del Tribunal Constitucional, entre muchas otras.

## IMPLICACIONES PRÁCTICAS DEL NUEVO CONCEPTO

De la noción de “bloque de constitucionalidad” pergeñada por el Tribunal Constitucional, podemos extraer abundantes y trascendentales consecuencias jurídicas. Primero en el campo meramente doctrinal, para el operador de la Constitución el concepto ocasiona un redimensionamiento de la hermenéutica jurídica. Luego, bien entendida la noción, ésta termina elevando al estatus constitucional a los tratados de derechos humanos y a algunas otras normas jurídicas del derecho interno. Además, tal concepto abre nuevas perspectivas para el campo de las autonomías, de la descentralización y de las competencias de las diferentes instituciones del Estado, incluidas –y de forma muy destacada– las competencias del Tribunal Constitucional, que sufren un ensanchamiento decisivo sobre las materias que eventualmente puede conocer.

Pasemos a ver cada una de estas consecuencias prácticas de forma pormenorizada.

### DAR UN SENTIDO COHERENTE A LA CONSTITUCIÓN

Santamaría Pastor decía que la Constitución no es un punto de llegada, sino de partida:

...en términos políticos, vista la ambigüedad de muchos de sus preceptos y las constantes remisiones que en ella se hacen a leyes posteriores, cabría afirmar que lo que la Constitución ha hecho es abrir un período materialmente constituyente de duración indeterminada; un período de gestación del auténtico “bloque de la constitucionalidad”, en cuya construcción entrarán las leyes de desarrollo de la Constitución, las Sentencias del Tribunal Constitucional, las costumbres constitucionales y, junto a todo ello, el aparato dogmático que lo interprete coherentemente y lo integre en un sistema.<sup>23</sup>

Esta es la consecuencia más clara que se extrae de la Resolución comentada: la Constitución no es un texto incomunicado para interpretarse aisladamente. Muy por el contrario, sus disposiciones deben ser leídas a la luz de lo dispuesto en los pactos internacionales y de ciertas normas nacionales que desarrollan y completan el sentido de los preceptos constitucionales (muchas veces por pedido expreso de la misma Constitución).<sup>24</sup>

---

23. Juan Alfonso Santamaría Pastor, recensión hecha a la obra *Curso de Derecho Administrativo I* de Eduardo García de Enterría en *Revista Española de Derecho Administrativo*, No. 24, Madrid, 1980, p. 168.

24. Cfr. Constitución Política, arts. 1, incs. 3 y 4; 6, inc. 2; 13; 23.9; 18, inc. 2, entre muchos otros, que *envían* la regulación del asunto al legislador.

La primera función del “bloque de constitucionalidad” es la de servir como norma interpretativa de la misma Constitución. De hecho, en Perú, Huerta ha englobado en una misma categoría los “principios de interpretación, *parámetro o bloque de constitucionalidad*”. Al respecto señala que el control constitucional de las normas ha de efectuarse no solo “(...) tomando como parámetro de referencia el texto de la Constitución, sino que también se deben tomar en cuenta otras disposiciones. Entre ellas se encuentran las leyes sobre derechos fundamentales y sobre las funciones y estructura de los órganos constitucionales. Se pueden considerar asimismo incluidas dentro de este parámetro las normas y decisiones internacionales sobre derechos humanos, así como la jurisprudencia de las salas y tribunales constitucionales nacionales”.<sup>25</sup>

Léanse de nuevo cuáles son las dos principales materias referidas por Huerta en la cita transcrita: los derechos fundamentales, y las funciones y estructura de los órganos constitucionales. Subrayamos este par de materias porque es precisamente sobre ellas donde se vierten la mayoría de consecuencias del concepto de “bloque de constitucionalidad”, según veremos a continuación.

## **ELEVACIÓN DE LOS TRATADOS AL ORDEN CONSTITUCIONAL**

La Resolución comentada, en una definición fenomenológica de “bloque de constitucionalidad” apuntó que éste “en esencia significa que los estados no están obligados solamente al cumplimiento del contenido de sus constituciones, sino también al de los tratados internacionales que han suscrito y ratificado, puesto que existen disposiciones concretas de respetar sus preceptos, y por lo tanto pasan a insertarse dentro de la normativa con máxima jerarquía”.<sup>26</sup> No entraré ahora a la discusión de si los tratados se encuentran jerárquicamente por encima de la Constitución, a su misma altura o por debajo; por el momento únicamente me limitaré a señalar que respecto al resto del ordenamiento jurídico interno, los tratados –como lo dice el Tribunal– se insertan con máxima jerarquía y pertenecen al bloque de constitucionalidad.

Comentario aparte merecen los tratados de derechos humanos. Los derechos consagrados en tales instrumentos son garantizados por el Estado ecuatoriano a la par de los derechos previstos en el texto constitucional.<sup>27</sup> En la práctica, la generalidad de

---

25. Luis Alberto Huerta Guerrero, “Lineamientos para el estudio, análisis y enseñanza del derecho procesal constitucional”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Montevideo, 2005, pp. 410-411.

26. Considerando 6.

27. Cfr. Constitución Política, art. 17.

unos y otros derechos son perfectamente equiparables entre sí: ambos se configuran como deber del Estado, ambos deben interpretarse de la misma forma, ambos se insertan dentro de la normativa con máxima jerarquía, ambos posibilitan la vía del amparo constitucional...<sup>28</sup>

Ahora bien, afirmada la equiparación entre derechos estrictamente constitucionales y derechos humanos internacionales, hemos de admitir que raras veces las normas que consagran unos y otros derechos serán idénticas. Y esta disparidad<sup>29</sup> puede implicar dos cosas: a) que coincidiendo en el fondo, una de las dos normas (la constitucional o la internacional) desarrolle más que la otra el derecho humano; o, b) que ambas normas se contradigan.

El primer caso es el de más sencilla resolución. En general la doctrina no duda en aplicar el principio general del derecho *pro homine*, por el que habrá que estar a la norma y a la interpretación que más favorezca la efectiva vigencia y desarrollo del derecho humano. El principio además se encuentra positivado en el art. 18 de nuestra Constitución. En este sentido Morales Tobar ha manifestado que “en virtud de esta disposición constitucional, se aplicará el derecho conforme más se favorezca a su reconocimiento, sea que se consagre en la Constitución o en un instrumento internacional o en otra norma de inferior jerarquía dispositiva. En definitiva, lo que prima es el derecho fundamental, no el instrumento jurídico positivo que contenga su reconocimiento, pues su protección y promoción es finalidad última del Estado y, por tanto de todos y cada uno de sus órganos”.<sup>30</sup> A su vez, el insigne profesor argentino Bidart Campos precisa con bastante agudeza que lo que el derecho internacional sobre derechos humanos protege son solo unas garantías mínimas y básicas, pero que corresponde a los Estados desarrollar mayormente esos derechos (en otras palabras, los tratados no imponen al constituyente nacional un tope máximo, sino un límite mínimo que respetar).<sup>31</sup>

Adicionalmente el mismo autor argentino considera que en materia de derechos humanos, los textos constitucionales deben interpretarse en el mismo sentido que los tratados internacionales vigentes, incluso cuando falte tal norma hermenéutica en el

---

28. Cfr. Constitución Política, arts. 16, 17, 18, 23, inc. 1, y 95.

29. Me refiero a la disparidad de fondo (el contenido de la norma, interpretado por la doctrina y por los tribunales que deben juzgar su alcance), y no a la disparidad literal, que resulta de menor importancia. (Es posible que dos normas vigentes en diferentes países sean literalmente idénticas, pero que en cada país se le haya dado un alcance distinto).

30. Marco A. Morales Tobar, “Derechos humanos y tratados que los contienen en el Derecho constitucional y la jurisprudencia de Ecuador”, en *Temas de Derecho constitucional*, Quito, Ed. Legales, 2003, p. 47.

31. Germán Bidart Campos, “Jerarquía y prelación de normas en un sistema internacional de derechos humanos”, en *Memorias del VI Congreso Iberoamericano de derecho constitucional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998, pp. 1435-1488.

texto constitucional.<sup>32</sup> De este criterio parece haber partido nuestro Tribunal Constitucional en la Resolución 001-2004-DI, cuando, para fijar el correcto alcance del art. 23.9 de la Constitución, revisó la interpretación dada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos al art. 10.2 de la Convención Europea de Derechos Humanos.<sup>33</sup> Así realizó una interpretación de la norma constitucional ajustada a la interpretación dada por el foro internacional sobre la materia.

Más difícil de resolver es el caso de la norma constitucional contraventora del tratado ratificado. ¿Cuál prima entonces? No daré ahora una respuesta general, sino una solamente específica para el caso de derechos humanos. Pienso que ha de adoptarse la misma *ratio* señalada *ut supra*: en salvaguarda del principio general del derecho *pro homine*, habrá que estar a la norma y a la interpretación que más favorezca la efectiva vigencia del derecho humano y a la que mejor lo desarrolle. Sé que esto nos lleva directamente a la tremenda conclusión de que *deberemos* inobservar la norma (Constitución, tratado o interpretación de ellos) que se oponga al derecho humano, pero no hay otra salida. Por otro lado, esa inobservancia no sería sino absolutamente jurídica: bien aseveran los *iusnaturalistas*<sup>34</sup> que la ley<sup>35</sup> injusta no es jurídicamente exigible.

## NECESIDAD DE DELIMITAR EL CONTENIDO ESENCIAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Hasta este momento hemos dicho que los derechos consagrados en la Constitución Política han de *interpretarse* a la luz de los tratados internacionales y de la normativa nacional que los desarrolla. Ahora daremos un paso más: no solo que la Constitución ha de interpretarse conforme a los postulados previstos dentro del bloque de constitucionalidad, sino que tal bloque de constitucionalidad verdaderamente limita y delimita el alcance de los derechos fundamentales.

---

32. Germán, "Jerarquía y prelación de normas en un sistema internacional de derechos humanos", en *Memorias del VI Congreso Iberoamericano de derecho constitucional*, pp. 1435-1488.

33. El considerando 16 de la Resolución ecuatoriana hace una larga cita de la sentencia de 5 de febrero de 2001, dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Olmedo Bustos, *et al.* vs. Chile. En esta sentencia la Corte fija jurisprudencialmente el alcance del art. 10.2 de la Convención Europea de Derechos Humanos, relativo a la libertad de expresión y a la prohibición de censura previa. Inmediatamente después de haber transcrito una parte de la sentencia, el Tribunal Constitucional ecuatoriano manifiesta que "(l)a conclusión cae por su propio peso: Todo impedimento ilegítimo a la libertad de expresión es contrario al Estado de derecho, a la democracia y a los derechos humanos".

34. Cfr. Javier Hervada, *Introducción al Derecho Natural*, Pamplona, EUNSA, 1981, pp. 177 y ss.

35. "Ley" en sentido material, que comprende tanto a la ley sancionada por el Legislativo según los procedimientos constitucionales, como a los tratados y a la misma Constitución.

Ante lo dicho alguno puede preguntar, ¿dónde queda, pues, la garantía constitucional de no restricción de los derechos fundamentales?<sup>36</sup> La pregunta abre otro horizonte... corto nos queda el espacio para responder. De forma brevísima contestaré que la generalidad de los derechos –incluso los fundamentales– tienen una parte regulable y otra irregulable denominada *contenido esencial*.<sup>37</sup> Comencemos el análisis por ésta última.

La parte irregulable es el núcleo duro del derecho, el contenido esencial, aquel que todas las funciones del Estado, incluido el mismo Legislador, debe respetar; si lo transgrediera, estaría restringiendo el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales, contraviniendo el último inciso del art. 18 de la Constitución. Una célebre sentencia española define este contenido esencial como “aquella parte del contenido de un derecho sin la cual éste pierde su peculiaridad, o dicho de otro modo, lo que hace que sea reconocible como derecho perteneciente a un determinado tipo (...). Es también aquella parte del contenido que es ineludiblemente necesaria para que el derecho permita a su titular la satisfacción de aquellos intereses para cuya consecución el derecho se otorga”.<sup>38</sup>

Nuestro Tribunal Constitucional no hace sino seguir al pie de la letra la doctrina española cuando sostiene lo siguiente:

(E)l inciso tercero del artículo 18 de la Constitución dispone: “Las leyes no podrán restringir el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales”. En este sentido, se debe tener presente que la ley sí puede imponer restricciones o limitaciones a los derechos, mas, por una parte, solo lo puede hacer en virtud de la defensa de los derechos de terceros, por razones de orden público y la moral y las buenas costumbres, y, por otra parte, sin que la restricción implique negación del derecho, es decir, afectación a su núcleo esencial. El contenido esencial de un derecho fundamental (como es el de petición) constituye un límite a la acción de los poderes públicos, especialmente a la potestad legislativa del Estado, y consiste en el reducto último que compone la sustancia del derecho, disuelto el cual, aunque sea en uno de sus elementos, el derecho deja de ser aquello a lo que la Constitución se refiere, tal como lo ha señalado el Tribunal Constitucional español en sentencias de 13 de febrero de 1981 y de 8 de abril de 1981. El contenido esencial del derecho se constituye, siguiendo a esas sentencias, por las “facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como perteneciente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro”

---

36. El art. 18, inc. 4, de la Constitución Política dispone que “las leyes no podrán restringir el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales”.

37. Para un ahondamiento en el tema del contenido esencial, me remito a mi trabajo “El contenido esencial del derecho fundamental a la seguridad jurídica”, en *Seguridad Jurídica*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2006.

38. Sentencia de 8 de abril de 1981, sobre el derecho de huelga, dictada por el Tribunal Constitucional español.

y, además, por “aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que el interés jurídicamente protegible, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos”.<sup>39</sup>

Por otro lado, los derechos humanos también tienen una segunda parte regulable, en ocasiones *necesariamente* regulable. Por ejemplo, en el mismo tema de la libertad de expresión, corresponde al legislador regular qué tipo de sanciones han de imponerse al trasgresor del derecho (v. gr. multas, destitución del cargo, prisión o reclusión, según se vea conveniente). También a él le compete especificar las excepciones a la libertad de expresión, que, como vimos, han de estar previstas en la ley. En otro campo, la garantía constitucional del hábeas corpus sería absolutamente impracticable si no existiese ley que señale cuál es el proceso debido de arresto: aquí aparece manifiesta la *necesidad* de regular el derecho fundamental a la libertad de locomoción. Y, por último, para abundar en lo dicho, sería simplemente impensable un derecho fundamental a la calidad de los servicios ofrecidos, si no existiese ley que señalara los parámetros mínimos de calidad.

Como diría De la Cruz Ferrer: “en estos casos, las leyes que eventualmente configuren la limitación del derecho fundamental pasarían a integrarse en el bloque de constitucionalidad que el juez debe tener necesariamente presente para fundar su decisión en Derecho”.<sup>40</sup> Tal bloque de constitucionalidad podrá limitar y delimitar el derecho fundamental, en la medida en que no contravenga su contenido esencial.

## DELIMITACIÓN DE COMPETENCIAS

Es quizá en España donde más se ha estudiado el tema del reparto constitucional de competencias. Cuando la Constitución española repartió competencias entre el Estado y las comunidades autónomas, este reparto se consideró de orden constitucional. Consiguientemente, los Estatutos de Autonomía dictados posteriormente al amparo del reparto constitucional, pronto llegaron a considerarse –gracias a eruditas elaboraciones doctrinales de García de Enterría, Fernández, Requero Ibáñez y muchos

---

39. Resolución No. 030-2003-TC, dictada por la unanimidad del pleno del Tribunal Constitucional, publicada en el R.O. 223 de 2 de diciembre de 2003. En idéntico sentido, Resolución No. 002-2004-TC, publicada en el R.O. 359, de 18 de junio de 2004.

En otras ocasiones, el Tribunal acepta la doctrina del contenido esencial, sin definirlo, ni desarrollarlo mayormente. Cfr. Resolución No. 0471-2004-RA, publicada en el R.O. 20 de 18 de mayo de 2005; Resolución No. 0326-2004-RA, publicada en R.O. 510 de 24 de enero de 2005; Resolución No. 0468-2004-RA, publicada en el R.O. 531 de 24 de febrero de 2005, entre muchas otras.

40. Juan De la Cruz Ferrer, “Derechos fundamentales y razón de estado: el caso de los pilotos del ejército del aire”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, No. 71, Madrid, 1991, pp. 389 y ss.

otros— que eran normas de derecho constitucional secundario, ubicadas en una posición superior a las leyes orgánicas.<sup>41</sup> En el fondo, se comenzó a distinguir con mayor nitidez el principio de jerarquía del principio de competencia, y de ello se sacaron juosas consecuencias.

En otro campo, Tsikliritas desarrolló en Francia un argumento que lo llevó a otorgarle el *estatus constitucional* a, nada menos que las reglas relativas a la ejecución del acto recurrido.<sup>42</sup> García de Enterría llegó a calificar tal argumento —esbozado en otrora por él mismo— de simple, perfecta y brillantemente razonado, expresándose en estos términos: “(n)ingún autor, en la amplia y constante doctrina sobre el contencioso-administrativo, había llegado a imaginar siquiera que la suspensión de la ejecución ‘pudiese formar parte del bloque de constitucionalidad y situarse así al abrigo frente a la intervención del legislador mismo’. Tampoco la jurisprudencia del Consejo de Estado, tan innovador en otros campos, pero tan conservador en éste, ‘permitía esperar un porvenir tan brillante’ ”.<sup>43</sup> Años más tarde el Consejo Constitucional francés terminó incursionando en el contencioso-administrativo y consagrando el valor constitucional de una regla procedimental. Camino semejante siguió la jurisprudencia constitucional española con las medidas cautelares.<sup>44</sup>

El Ecuador, ciertamente, no está integrado por comunidades autónomas del estilo español, ni es un Estado federado.<sup>45</sup> No obstante, nuestra Constitución, en su largo articulado sí hace un reparto de competencias a las entidades del régimen seccional autónomo,<sup>46</sup> e igual que la Constitución española, en varias ocasiones nos remite a la ley para determinar la estructura, integración, deberes y atribuciones de entidades au-

---

41. Cfr. Francisco Rubio Llorente, “El bloque de constitucionalidad”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, No. 7, Madrid, 1989, pp. 9-38.

42. Cfr. Stavros Tsikliritas, “Le statut constitutionnel du sursis à exécution devant le juge administratif”, en *Revue de Droit Public*, No. 3 de 1992, pp. 679-723.

43. Eduardo García de Enterría, “Reflexión sobre la constitucionalización de las medidas cautelares en el contencioso-administrativo”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, No. 76, Madrid, 1992, pp. 615 y ss. Ahí el autor explica que “(e)l ámbito donde la doctrina del Consejo Constitucional ha afirmado explícitamente el valor constitucional de la suspensión de la ejecución de los actos recurridos es en la materia de sanciones impuestas por Autoridades administrativas independientes, institución discutida, pero ya extendida. Desde el momento en que el legislador ha querido otorgar a estas Autoridades la posibilidad de imponer sanciones graves, resulta inexcusable conferir a las personas afectadas una protección suficiente. Es de este modo cómo el Consejo Constitucional ha sido conducido a construir un sistema de garantías donde la suspensión a la ejecución de la sanción ocupa un lugar preponderante”.

44. Cfr. Eduardo García de Enterría, “Constitucionalización definitiva de las medidas cautelares contencioso-administrativas y ampliación de su campo de aplicación (medidas positivas), y ‘jurisdicción plenaria’ de los Tribunales contencioso-administrativos, no limitada al efecto revisor de actos previos. Dos sentencias constitucionales”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, No. 79, Madrid, 1993, pp. 495 y ss.

45. De hecho, el art. 1, inc. 1, de la Constitución Política establece que el Ecuador es un Estado “unitario”.

46. Cfr. Constitución Política, arts. 228 a 237.

tónomas o descentralizadas.<sup>47</sup> De hecho, la redacción del art. 226 de nuestra Constitución es casi como una norma de descentralización de un Estado federal.<sup>48</sup> ¿Acaso por ello gozan tales leyes de estatus constitucional? ¿Puede decirse que en caso de conflicto entre estas leyes y otras, en vez de aplicar el principio de jerarquía, o el de vigencia de la ley posterior, cabe aplicar el principio de competencia, haciendo prevalecer las leyes de la autonomía? Hay que analizarlo con más detenimiento. Gracias a Dios, una parte del problema ha quedado resuelto por nuestra misma Constitución al haber exigido la calidad de orgánica a tales leyes que regulan el régimen seccional autónomo.<sup>49</sup>

Una cosa parece clara: las leyes del régimen seccional autónomo efectivamente pertenecen al bloque de la constitucionalidad. Sea por el argumento del principio de competencia mencionado, sea por el argumento de la organicidad de la ley,<sup>50</sup> resulta improbable que tales normas se encuentren fuera del bloque de constitucionalidad. Lo que resta analizar es el lugar donde se ubican tales normas dentro de la pirámide jurídica ecuatoriana.

Y como corolario de este primer ensanchamiento del *terreno constitucional* del que venimos hablando, tenemos un segundo ensanchamiento de las competencias del Tribunal Constitucional, que *ex art. 276.6* está facultado para dirimir aquellos conflictos de competencia o de atribuciones asignadas por la Constitución.

En fin, a partir de la Resolución 001-2004-DI los juristas pueden discutir largamente sobre el concepto de “bloque de constitucionalidad”, sobre su contenido y alcances.

---

47. Cfr. Constitución Política, art. 225, inc. 2.

48. Cfr. Hernán Pérez Loose, “La organización territorial en la nueva Constitución”, en Santiago Andrade U., Julio César Trujillo y Roberto Viciano, eds., *La estructura constitucional del Estado ecuatoriano*, Centro de Estudios Políticos y Sociales / Universidad de Valencia / Universidad Andina Simón Bolívar / Corporación Editora Nacional, Quito, 2004, pp. 143 y ss. Aunque Pérez Loose salva el carácter “unitario” del Estado ecuatoriano, sin embargo anota que “el lenguaje del art. 226 es muy similar al utilizado en sistemas que no son unitarios, como el federal. Todas las competencias radican en las unidades de la periferia, salvo las que expresamente retiene el Gobierno federal central. Aunque el art. 226 no llega a ese planteamiento, lo cierto es que se acerca. Todas las competencias pueden descentralizarse salvo las que expresamente se enumeran. En la tradición unitaria del Estado el asunto se plantea al revés. El Gobierno central retiene todas las competencias propias del Estado salvo las que decida descentralizar” (p. 143).

49. Cfr. Constitución Política, art. 142, inc. 2, num. 1.

50. Autores como Sagüés consideran a las leyes reforzadas como pertenecientes al bloque de constitucionalidad, siendo estas normas formales de derecho constitucional secundario. Cfr. Néstor Pedro Sagüés, *Teoría de la Constitución*, p. 232.

## BIBLIOGRAFÍA

- Bidart Campos, Germán, “Jerarquía y prelación de normas en un sistema internacional de derechos humanos”, en *Memorias del VI Congreso Iberoamericano de derecho constitucional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998.
- De la Cruz Ferrer, Juan, “Derechos fundamentales y razón de estado: el caso de los pilotos del ejercito del aire”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, No. 71, Madrid, 1991.
- García de Enterría, Eduardo, “Reflexión sobre la constitucionalización de las medidas cautelares en el contencioso-administrativo”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, No. 76, Madrid, 1992.
- “Constitucionalización definitiva de las medidas cautelares contencioso-administrativas y ampliación de su campo de aplicación (medidas positivas), y ‘jurisdicción plenaria’ de los Tribunales contencioso-administrativos, no limitada al efecto revisor de actos previos. Dos sentencias constitucionales”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, No. 79, Madrid, 1993.
- Hervada, Javier, *Introducción al Derecho Natural*, Pamplona, EUNSA, 1981.
- Huerta Guerrero, Luis Alberto, “Lineamientos para el estudio, análisis y enseñanza del derecho procesal constitucional”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Montevideo, 2005.
- Morales Tobar, Marco A., “Derechos humanos y tratados que los contienen en el Derecho constitucional y la jurisprudencia de Ecuador”, en *Temas de Derecho constitucional*, Quito, Ed. Legales, 2003.
- Pérez Loose, Hernán, “La organización territorial en la nueva Constitución”, en Santiago Andrade U., Julio César Trujillo y Roberto Viciano, eds., *La estructura constitucional del Estado ecuatoriano*, Quito, Centro de Estudios Políticos y Sociales / Universidad de Valencia / Universidad Andina Simón Bolívar / Corporación Editora Nacional, 2004.
- Riofrío Martínez-Villalba, Juan Carlos, “El contenido esencial del derecho fundamental a la seguridad jurídica” en *Seguridad Jurídica*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2006.
- Rubio Llorente, Francisco, “El bloque de constitucionalidad”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, No. 7, Madrid, 1989.
- “La forma del poder”, en *Estudios sobre la Constitución Política*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- Sagüés, Néstor Pedro, *Teoría de la Constitución*, Buenos Aires, Astrea, 2004.
- Santamaría Pastor, Juan Alfonso, recensión hecha a la obra *Curso de Derecho Administrativo I* de Eduardo García de Enterría en *Revista Española de Derecho Administrativo*, No. 24, Madrid, 1980.
- Tsiklitis, Stavros, “Le statut constitutionnel du sursis à exécution devant le juge administratif”, en *Revue de Droit Public*, No. 3 de 1992.

Viciano Pastor, Roberto, “El sistema de fuentes del Derecho en la Constitución Política de la República del Ecuador”, en Santiago Andrade U., Julio César Trujillo y Roberto Viciano, edits., *La estructura constitucional del Estado ecuatoriano*, Quito, Centro de Estudios Políticos y Sociales / Universidad de Valencia / Universidad Andina Simón Bolívar / Corporación Editora Nacional, 2004.

### **Normas y jurisprudencias citadas**

Código de Procedimiento Penal.

Constitución española.

Constitución Política del Ecuador.

Convención Americana de Derechos Humanos.

Ley Orgánica de la Función Judicial.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Resolución del Tribunal Constitucional No. 030-2003-TC, publicada en el Registro Oficial 223 de 2 de diciembre de 2003.

Resolución del Tribunal Constitucional No. 001-2004-DI, publicada en el Registro Oficial 374 de 9 de julio de 2004.

Resolución del Tribunal Constitucional No. 002-2004-TC, publicada en el Registro Oficial 359, de 18 de junio de 2004.

Resolución del Tribunal Constitucional No. 0326-2004-RA, publicada en Registro Oficial 510 de 24 de enero de 2005.

Resolución del Tribunal Constitucional No. 0468-2004-RA, publicada en el Registro Oficial 531 de 24 de febrero de 2005.

Resolución del Tribunal Constitucional No. 0471-2004-RA, publicada en el Registro Oficial 20 de 18 de mayo de 2005.

Sentencia de 5 de febrero de 2001, dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Olmedo Bustos, *et al.* vs. Chile.

Sentencia de 8 de abril de 1981, dictada por el Tribunal Constitucional español.