

“LA CONSTITUCIÓN EN SERIO”

Mauricio A. GUIM ALFAGO*

RESUMEN:

En este ensayo se ofrece una visión panorámica de lo que es el Estado Constitucional de derechos y justicia. Vivir en un Estado Constitucional es equivalente a vivir en un Estado de Derecho constitucionalizado. Sin embargo, decir que el Ecuador es un “Estado constitucional de derechos” no es suficiente por si solo; es necesario cumplir ciertas condiciones –algunas indispensables y otras no- de constitucionalización.

Se desarrolla también el tema de los *principios de justicia constitucional*; primero indagando su naturaleza; segundo, determinando sus ámbitos de aplicación. Se desarrollan dos principios: el *pro homine* y el del precedente constitucional. Estos principios han alterado, por completo, la teoría de las fuentes del Derecho que conocemos. El primero –*pro homine*– obligando al intérprete a elegir, en caso de conflicto de normas, la más favorable a los derecho sin importar qué jerarquía tenga. La incorporación del precedente constitucional al Derecho ecuatoriano convierte a la Corte Constitucional en un órgano productor de normas (sub reglas constitucionales) vinculantes para todos los poderes públicos.

PALABRAS CLAVE:

Constitución.- Neoconstitucionalismo.- Derechos constitucionales.- Justicia Constitucional.- Precedente Constitucional.-

* Estudiante de Derecho de la UCSG. Ha representado a su Universidad en algunos concursos internacionales, entre los cuales se destaca el Moot Court Competition de la American University Washington College of Law. Actualmente, trabaja como investigador de la Unidad Académica del Estudio Jurídico Jorge Zavala Egas. Sus investigaciones las ha realizado bajo la dirección de este último profesor en las áreas de Derecho Constitucional, Administrativo y Tributario.

ÍNDICE:

I.- Definición del problema.- II.- Objetivos de la investigación.- III.- Hipótesis o preguntas de investigación.- IV.- Marco teórico.- V.- La constitucionalización del sistema jurídico ecuatoriano.- V.1.- Las razones de la constitucionalización.- V.2. Condiciones de constitucionalización.- V.3.- El caso ecuatoriano.- VI.- Los derechos constitucionales.- VII.- El problema de los principios de Justicia Constitucional.- VIII.- El precedente constitucional.- IX.- Conclusiones.-

I. Definición del problema

El constitucionalismo de posguerra, al decir de algunos, ha adquirido un singularidad tan acusada que ha dado lugar al surgimiento de una nueva cultura jurídica, el neoconstitucionalismo. No cabe duda que ese constitucionalismo ha propiciado el alumbramiento de una teoría del derecho en muchos aspectos distinta y hasta contradictoria con la teoría positivista que sirvió de marco conceptual al Estado de Derecho decimonónico. El problema, por lo tanto, es presentar a los lectores algunos de los elementos que construyen esta nueva teoría del Derecho; fundamentalmente, aquellos que lograron alterar los principios básicos sobre los que se construyó el positivismo jurídico: el de jerarquía, el rol de los jueces como órganos que *aplican* el Derecho, aquel que sostiene que el Derecho solo está compuesto por *reglas*.

II. Objetivos de la investigación

Los avances del constitucionalismo europeo han logrado incorporar a nuestra cultura jurídica nuevos conceptos, tales como: reglas, principios, precedente, *stare decisis*, laguna axiológica, etc. Nuestra finalidad principal es democratizar los conocimientos, pues la teoría del Derecho no puede ser un conocimiento cerrado y de dominio de un exclusivo círculo de intelectuales. El objetivo es teórico, pero a la vez práctico, porque se demuestra con casos reales, cómo podemos utilizar la Constitución y los nuevos conceptos que incorpora para hacer del Ecuador una sociedad más justa, libre y equitativa. Lo que da sentido a este ensayo – y a haber dedicado tantas horas a su confección- no puede ser otra cosa que la aspiración a la justicia o, para decirlo en términos más modestos y realistas: la lucha contra la injusticia.

III. Hipótesis o preguntas de investigación

¿Cuál es la diferencia entre Estado constitucional de derechos y justicia y Estado de Derecho?

¿Qué papel juega la Constitución en el Derecho vigente en el Ecuador?

¿Cuál es el lugar y la función de los derechos constitucionales?

¿Cómo se aplica directa e inmediatamente la Constitución?

¿Qué es una regla?, ¿Qué es un principio?

¿Qué son los principios de justicia constitucional?

¿Cómo se aplican a ámbitos distintos al Derecho constitucional?

¿Cómo se aplican en otros países?

¿La Corte sigue siendo el legislador negativo como dijo Kelsen en 1920?

¿Qué lugar ocupa el precedente constitucional en las fuentes del Derecho?

¿Qué tipo de normas produce la Corte Constitucional?

IV. Marco teórico

Para realizar este trabajo de investigación tuve que leer y analizar, conjuntamente, la Constitución y la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Al hacerlo, me percataré de que la mayoría de sus términos no son patrimonio de la cultura jurídica nacional, sino que muchos han sido importados del constitucionalismo europeo y norteamericano. Por este motivo, tuve que también investigar y leer mucho a los autores denominados “neoconstitucionalistas”: Ronald Dworkin, Robert Alexy, Luis Prieto Sanchís, Luigi Ferrajoli, Manuel Atienza, Carlos Nino, etc. La investigación no sólo se compone de leer las tesis, sino también de analizar, aceptar o cuestionar las de los detractores

(antítesis). En este sentido, también analice las obras de los autores que cuestionan al “neoconstitucionalismo”, tales como: Juan Antonio García Amado, Francisco Laporta, Daniel Mendonca, , Antonin Scalia, Richard Posner, Paolo Comanducci, etc.

V. La constitucionalización del sistema jurídico ecuatoriano

V.1. Las razones de la constitucionalización

El artículo 1 de la Constitución de la República (CRE) configura al Ecuador como un Estado constitucional de derechos y justicia. Al menos normativamente, la Constitución garantiza que el modelo de organización política que conocemos como “Estado” no puede desvincularse, por un lado, de la Constitución ni, por otro, de los derechos de las personas y de la justicia. Esta nueva realidad normativa determinó la entrada de Ecuador al neoconstitucionalismo. Aunque los filósofos y teóricos no logran ponerse de acuerdo sobre el contenido de este nuevo término¹, proponemos entenderlo, por esta ocasión, como una corriente de pensamiento jurídico que concibe al Estado constitucional como una superación del Estado legal. La principal ley de construcción de este nuevo tipo de Estado es el reconocimiento de la supremacía de la Constitución y de los derechos fundamentales.

Vivir en un Estado constitucional significa vivir en un Estado de Derecho constitucionalizado. Así es, la CRE ha constitucionalizado, por completo el sistema jurídico ecuatoriano. Por “constitucionalización del ordenamiento jurídico ecuatoriano” propongo entender un proceso de transformación del ordenamiento, al término del cual, el ordenamiento en cuestión resulta totalmente impregnado por las normas constitucionales. Un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza

¹ “Se suele señalar que el llamado neoconstitucionalismo es una doctrina de caracteres un tanto difusos. Entre los autores más mencionados que a menudo son adscritos a la misma están Dworkin, Alexy, Nino y Zagrebelsky. Entre ellos las diferencias son ciertamente importantes, y esto marca una primera dificultad para decantar esos elementos comunes que permitirían identificar esa doctrina neoconstitucionalista, a veces calificada como nuevo paradigma”. (AA.VV. Controversias constitucionales. Editorial Universidad del Rosario. Bogotá, 2009. Página 24, Juan Antonio, GARCÍA AMADO, Sobre el neoconstitucionalismo y sus precursores.)

por una Constitución extremadamente invasora, entrometida, capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia, el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos así como las relaciones sociales.² Por esta razón, el artículo 426 CRE dice que *“todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución”*. Esto significa que la Constitución pasó a ser una norma suprema destinada a regir todos los ámbitos de la vida en sociedad, lo que hace abandonar el carácter exclusivamente político que antes tenía este texto jurídico.

“Por tanto, la Constitución es considerada norma normarum –la norma de creación de las normas –y la lex legis- la ley suprema-, que se extiende a todas las ramas del Derecho, siendo sus principios y disposiciones aplicables no sólo al ámbito del ordenamiento jurídico público, sino también privado porque son de alcance general”.³

El Estado constitucional surge como reacción a la “crisis de la legalidad” o, si se prefiere, como reacción a la “crisis del positivismo jurídico”. El positivismo jurídico sufrió dos crisis. La primera tras la Segunda Guerra Mundial; la segunda a partir del tercer cuarto del siglo XX tanto en la cultura jurídica angloamericana (Ronald Dworkin) como en la cultura jurídica continental (Robert Alexy)⁴.

La primera crisis se relaciona con “el holocausto”. Los actos que cometieron los nazis en este evento, de acuerdo al Derecho alemán vigente, eran perfectamente legítimos. Los procesados eran funcionarios estatales que obraban de plena conformidad con normas jurídicas vigentes, dictadas por órganos legítimos del Estado nacional socialista. No sólo estaban autorizados a hacer lo que hicieron, sino que, en algunos casos, estaban obligados a hacerlo.⁵ Según la ideología jurídica imperante en aquella época -positivismo jurídico- no existe una relación conceptual

² Cfr. GUASTINI, Riccardo. Estudios de Teoría constitucional. Primera Edición, Editorial Fontamara. México DF, 2001. Página 153.

³ Cfr. LANDA, César. Los precedentes constitucionales. En Revista peruana de Justicia Constitucional Año III número 5. Editorial Palestra. Lima, 2007. Páginas 32 y ss.

⁴ Cfr. GARCÍA FIGUEROA, Alfonso (coord.). Racionalidad y Derecho. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2006. Página 269.

⁵ Cfr. NINO, Carlos Santiago. Introducción al análisis del derecho. Segunda Edición, Editorial Astrea. Buenos Aires, 2001. Página 19.

entre Derecho y moral, por lo que en el Derecho podemos encontrar normas morales, normas inmorales y normas moralmente indiferentes. “Según el positivismo jurídico, la validez jurídica de una norma del ordenamiento es independiente de su validez moral, y sólo depende de algún criterio formal del estilo de la regla de reconocimiento de Hart”⁶. Uno de los primeros juristas en oponerse a este legalismo extremo fue Gustav Radbruch, quien sostuvo, en su “Rechtphilosophie”, qué normas identificadas por el positivismo no forman parte del Derecho.⁷

La segunda estocada que recibe el positivismo se la debemos al llamado “argumento de los principios”. Según éste, el Derecho no está compuesto exclusivamente por reglas; existen, junto a éstas, principios jurídicos que vinculan conceptualmente el Derecho a la moral. Uno de los primeros en desarrollar el tema de los *principios* fue Ronald Dworkin. En su obra “*Los derechos en serio*” analiza una sentencia de una Corte del Estado de Nueva York. Este tribunal conoció el caso de un sujeto que, de acuerdo al Derecho del Estado, debía recibir una herencia de su abuelo. El problema radicaba en que el sujeto aludido asesinó al causante y no existía ninguna norma que lo excluya de la sucesión, por lo que, de acuerdo a las ley, le correspondía recibir la herencia. En este caso (*Riggs vs. Palmer*) la corte no cuestionó la validez de las disposiciones sobre la sucesión aplicables, sino que más bien consideró que, en relación con las circunstancias del caso, el *principio* “nadie puede sacar provecho de su propia acción ilícita” habría de predominar sobre el principio de que “debe prevalecer lo prescrito en las reglas jurídicas.”⁸

Pues bien, el Derecho se encuentra compuesto por reglas y por principios, la Constitución, como parte de éste, también. Tanto las reglas como los principios son vinculantes y de directa e inmediata aplicación (Art. 11.3 CRE). La diferencia entre estos dos tipos de normas radica en

⁶ GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. Ob. cit.

⁷ “El conflicto entre la justicia y la seguridad jurídica puede ser solucionado en el sentido de que el derecho positivo asegurado por su sanción y el poder tiene prioridad aún cuando su contenido sea injusto y disfuncional, a menos que la contradicción entre la ley positiva y la justicia alcance una medida tan insoportable que la ley, en tanto “derecho injusto”, tenga que ceder ante la injusticia...”

⁸ Cfr. DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Primera Edición, Editorial Ariel. Barcelona, 2002. Página 43 y ss.

que *“las reglas se estructuran con supuestos y preceptos de conducta, por ello son las que indican cómo debemos, no debemos o podemos actuar en ocasiones concretas, determinadas, específicas, pues están previstas tales ocasiones en las reglas mismas... Los principios son por excelencia las normas que reconocen derechos. Los principios no tienen el supuesto como elemento organizacional o estructural, sólo contienen el precepto de conducta, así el principio de presunción de inocencia(Art. 76.2 CRE), el de legalidad, etc. no tienen ningún supuesto normativo, se trata sólo del enunciado que expresa el precepto de conducta...”*⁹ Esta diferencia es de carácter estructural. Otra diferencia que añadiríamos es el *“tipo de razones para la acción”* que da cada una de estas normas. Se dice que las reglas dan razones perentorias para la acción, mientras que los principios no. Las reglas son normas del *“todo o nada”*; verificado el supuesto normativo, se debe, necesariamente, aplicar la consecuencia jurídica que la regla prescribe. *“Las reglas están pues, a que, cuando se dan sus condiciones de aplicación, los órganos jurisdiccionales excluyan, en cuanto base de su resolución, su propio juicio acerca del balance de razones aplicables y adopten como tal base el contenido de la regla.”*¹⁰ Esto significa que las reglas nos proporcionan razones excluyentes de cualquier opinión o criterio personal que nos merezca cierto caso. Cuando los jueces trabajan con reglas no pueden entrar a consideraciones acerca de lo que estimarían como lo correcto de acuerdo con su idea de justicia, sino que deben seguir lo que dicta el enunciado autoritativo para ese caso. *“Las reglas se caracterizan por ordenar un curso de acción determinado cuando se dan unas condiciones de aplicación también determinadas.”*¹¹

Los principios son normas que se diferencian estructuralmente de las reglas por no especificar las condiciones en que se aplican. Pueden ser de dos tipos: principios en sentido estricto o directrices. Los principios proporcionan razones no perentorias o determinantes porque exigen, en la tarea de aplicarlos o concretarlos, deliberación. Así, los principios que establecen que *“U es un valor”* no indican cuáles son las condiciones en las que el valor U prevalece frente a otros valores concurrentes. De igual

⁹ Cfr. ZAVALA EGAS, Jorge. Apuntes sobre Neoconstitucionalismo. Guayaquil, 2009.

¹⁰ Cfr. ATIENZA, Manuel. RUIZ MANERO, Juan. Las piezas del Derecho. Primera Edición, Editorial Ariel. Barcelona, 1996. Página 12.

¹¹ Vid. ATIENZA, Manuel. Tras la justicia. Primera Edición, Editorial Ariel. Barcelona 1993. Página 173.

manera las directrices; éstas cuando establecen “A es un fin a alcanzar” no establecen una jerarquía entre el fin A y otros fines asimismo declarados por el Derecho. Esta es la razón por la que en el “neoconstitucionalismo”, donde reglas y principios son de igual jerarquía¹² y de directa e inmediata aplicación (Art. 11.3 y 11.6 CRE), adquieren importancia relevante los juicios de ponderación y proporcionalidad contenidos en el artículo 3.2 y 3.3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Las normas en estos últimos ejemplos no pueden, a diferencia de las reglas, operar como razones excluyentes, sino que suministran a los órganos razones para actuar que deben ponderarse en relación con otros principios o directrices.

Así pues, la Constitución carece del carácter cerrado y concluyente que suelen tener las leyes; es verdad que dice muchas cosas, que sus preceptos se proyectan sobre amplísimas áreas de relación jurídica, pero no es menos cierto que habla con muchas voces. Esto, que suele admitirse sin debate cuando se habla de las posibilidades de la acción legislativa, puede predicarse también para la esfera de la interpretación y aplicación de los derechos. La Constitución sustantiva o principialista suministra razones justificatorias distintas y tendencialmente contradictorias, y esto vale tanto para el legislador como para el juez. Ambos vienen llamados a conjugar esas razones para alcanzar un punto óptimo de recíproca satisfacción o, cuando menos, para evitar que ninguna de ellas quede anulada o definitivamente postergada.¹³

Para nosotros la diferencia entre reglas principios es de determinación, o si se quiere, de generalidad y vaguedad. En efecto, los principios son normas indeterminadas. Vienen formuladas, como ya lo anotamos, en forma de *valores o directrices*. Por el tipo de conceptos que contienen (igualdad, dignidad, libertad, etc.) demandan más deliberación, es decir, que nos dan razones no perentorias o no determinantes. Por este motivo, Gregorio PECES BARBA nos decía que “*los derechos aparecen*

¹² “Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles interdependientes y de igual jerarquía”

¹³ Cfr. PRIETO SANCHÍS, Luis. El constitucionalismo de los derechos. AA. VV. Teoría del neoconstitucionalismo. Primera Edición, Editorial Trotta. Madrid, 2007. Página 221.

normalmente enumerados en las Constituciones, sin que se especifique cuál es sus significado concreto”¹⁴.

“Para dar cuenta de la estructura de un sistema jurídico hay que considerar que, además de reglas, hay principios jurídicos. Es decir, hay normas que establecen una solución normativa (dicen lo que debe ser) pero no definen un caso (no explican cuando son aplicables esas soluciones normativas). Los principios, así entendidos, dotan de sentido a las reglas. Permiten verlas, por un lado, como instrumentos para la protección promoción de ciertos bienes (valores jurídicos) y, por otro como un “balance, ponderación o compromiso” entre principios para el caso (genérico) que ellas regulan. Guiar la conducta mediante principios y/o aplicar principios, al tratarse de normas abiertas exige siempre deliberación práctica por parte de los sujetos normativos, de los destinatarios.”¹⁵

V.2. Condiciones de constitucionalización.

Aquí se presentará una lista de siete condiciones que deben satisfacerse para considerar que un ordenamiento está totalmente impregnado por las normas constitucionales. Según GUASTINI la 1 y la 2 son condiciones necesarias para la constitucionalización, es decir, si no se dan no puede existir constitucionalización de un ordenamiento jurídico. Las restantes condiciones nos servirán para determinar el grado de constitucionalización de cierto sistema jurídico.¹⁶

1. El ordenamiento jurídico cuenta con una Constitución rígida. Por rigidez de la Constitución (frente a la flexibilidad de la legislación) se entiende inmodificabilidad o resistencia (dificultad para) su modificación. Dice Josep AGUILÓ¹⁷ que *cuanto mayor sea la rigidez constitucional (la dificultad para el cambio del texto constitucional), mayor será la tendencia a la constitucionalización de ese orden jurídico.*

¹⁴ Vid. PECES BARBA, Gregorio. Curso de derechos fundamentales. Teoría general, Madrid, Universidad Carlos III, 1995, Página 577.

¹⁵ AGUILÓ REGLA, Josep. Sobre derecho y argumentación. En Revista peruana de Justicia Constitucional Año III número 5. Editorial Palestra. Lima, 2007. Páginas 123 y ss.

¹⁶ Cfr. GUASTINI, Riccardo. Estudios de teoría constitucional. Primera Edición, Editorial Fontamara. México, 2001. Páginas 153 y ss.

¹⁷ AGUILÓ REGLA, Josep. Sobre derecho y argumentación. Quinto número de Revista “Justicia Constitucional”, Editorial Palestra. Lima 2007. Páginas 123 y ss.

Esto es bastante lógico, pues, si la Constitución no dispone de un procedimiento de reforma distinto del procedimiento legislativo ordinario, la Constitución está a disposición del legislador. En consecuencia, no existe posibilidad alguna de controlar la ley en relación con la Constitución. Si la Constitución es una ley más, no supone límite jurídico alguno para el legislador.¹⁸

2. La Constitución está garantizada jurisdiccionalmente. La supremacía y rigidez de ésta se traducen en una efectiva supremacía sobre la Ley. Los jueces ordinarios y constitucionales se convierten en guardianes de la Constitución.
3. Se reconoce la fuerza normativa vinculante de la Constitución. Como dice el profesor Josep AGUILÓ *ello supone que todos los enunciados de la Constitución se interpretan –independiente de su estructura y contenido– como normas jurídicas aplicables que obligan a sus destinatarios. Desaparece la vieja categoría de normas programáticas, entendida como meras expresiones de programas y/o recomendaciones políticas que no son susceptibles de ser incumplidas ni, desde luego, jurisdiccionalmente garantizadas.*¹⁹
4. La Constitución es una norma fundamental que regula absolutamente toda la vida social. Aún cuando pueda darse lo que Néstor SAGÜES denomina como *imprevisión constitucional*²⁰, la Constitución debe ser sobreinterpretada de manera que de su texto pueda extraerse gran cantidad de normas y principios implícitos idóneos para regular cualquier aspecto de la vida social y política. Ninguna norma puede estar exenta del control de la constitucionalidad, por lo tanto se huye de las interpretaciones literales y se acude a las interpretaciones extensivas para poder afirmar que toda materia es regulada por la Constitución. Como dice GUASTINI: *cuando la*

¹⁸ Cfr. PÉREZ ROYO. Curso de Derecho Constitucional. Novena Edición, Editorial Marcial Pons. Madrid, 2005. Páginas.158 y ss.

¹⁹ Cfr. AGUILÓ REGLA, Josep. Ob. cit.

²⁰ Vid. SAGUES, Néstor Pedro. Reflexiones sobre la Imprevisión Constitucional. Revista Jurídica 25/2008 UCSG.

Constitución es sobreinterpretada no quedan espacios vacíos –o sea libres– del Derecho constitucional.

5. La Constitución deja de ser aquel documento político que tenía como finalidad, exclusiva y esencial, regular la relación entre el Estado y los ciudadanos. Antes se pensaba que esta era la tarea esencial de una Constitución, y que las relaciones *entre privados* se determinan por entero por el legislador. En el constitucionalismo de nuestros días se piensa que la Constitución tiene como función moldear todas las relaciones sociales. Se sostiene, en consecuencia, que las normas constitucionales son susceptibles de ser aplicadas directamente. Por aplicación directa se entiende que todos los jueces, en todo tipo de casos, pueden aplicar las normas constitucionales. Además, esta aplicación directa abarca no sólo las relaciones entre los ciudadanos y el Estado, sino también las relaciones de Derecho privado, entre ciudadanos (entre particulares). *La idea es que la Constitución deba ser inmediatamente aplicada también en las relaciones entre particulares, al menos siempre y cuando la controversia de que se trate no pueda ser resuelta sobre la base de la ley, ya sea porque la ley muestra lagunas, o porque la ley sí ofrece una solución pero tal solución parece injusta (laguna axiológica²¹).²²*
6. Se impone el modelo de la interpretación de las leyes conforme a la Constitución. Esta característica no tiene que ver con la interpretación de la Constitución que, como ya se ha visto, tiene a ser extensiva, sino con la interpretación de la ley. *La interpretación conforme es, en suma, aquella que adecua, armoniza la ley con la Constitución (previamente interpretada, se entiende) eligiendo, frente a una doble posibilidad interpretativa, el significado (o sea, la norma) que evite contradicción entre la Ley y la Constitución. El efecto de tal interpretación es, obviamente, el de conservar la validez de una ley que, de otra forma, debería ser declarada inconstitucional.²³*
7. Se produce una fuerte influencia de la Constitución en el debate y el proceso político. Esta influencia se traduce en que, entre otras cosas,

²¹ Corte Constitucional del Ecuador Caso “Tasas aeroportuarias QUIPORT”

²² GUASTINI, Riccardo. Ob. cit.

²³ Ver artículo 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

a) los actores políticos muestran una acusada tendencia a acudir a normas constitucionales para argumentar y defender sus opciones políticas y de gobierno; b) los conflictos y/o disputas políticas entre órganos de distintos niveles de gobierno tienden a dirimirse jurisdiccionalmente aplicando normas constitucionales; y c) los jueces tienden a no mostrar actitudes de autolimitación o autores-tricción hacia las llamadas cuestiones políticas.

V.3. El caso ecuatoriano

Dijimos que la constitucionalización es una cuestión de grado. Así, un ordenamiento jurídico puede estar más o menos constitucionalizado. En todo caso, sostuvimos que la condición 1) y 2) son necesarias, el resto de condiciones determinaría el grado de constitucionalización de cierto ordenamiento.

Pues bien, sostenemos que el ordenamiento jurídico ecuatoriano se encuentra totalmente constitucionalizado, pues las condiciones de constitucionalización se cumplen absolutamente y en su máxima intensidad.

A) *El Ecuador tiene una Constitución rígida*

La reforma de la Constitución se desarrolla desde el artículo 441 al 444 de la CRE. El procedimiento de reforma es, sustancialmente, más rígido que el procedimiento legislativo. Aún cuando la Constitución se puede reformar, la denominada Constitución material²⁴ es inmodificable. Así lo establece el artículo 84 CRE cuando dice que *en ningún caso, la reforma de la Constitución (poder constituyente), las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución*. Los derechos que reconoce la Constitución son inmodificables; ni siquiera el poder constituyente puede derogarlos, modificarlos, disminuirlos o cambiarlos. Para reformar la parte modificable de

²⁴ En las Constituciones materiales encontramos un profundo contenido sustantivo, formado por enunciados normativos de distinta categoría; nos referimos a los valores, principios, derechos o directrices. No sólo se prescribe cómo el poder ha de organizarse y adoptar sus decisiones, sino qué es lo que el poder no puede decidir y, en muchos casos qué es lo que debe decidir. (vid. Luigi FERRAJOLI, *Derechos y garantías, La ley del más débil*. Primera Edición, Editorial Trotta)

la Constitución resulta necesario agotar un procedimiento más complejo que el trámite de creación o reforma de leyes.

B) *La Constitución Ecuatoriana está garantizada jurisdiccionalmente*

Según el artículo 429 CRE la *Corte Constitucional es el máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia. Ejerce jurisdicción nacional y su sede es la ciudad de Quito*. En el artículo 436 CRE se enumeran las atribuciones que tiene la Corte Constitucional para el control de constitucionalidad de todo acto de poder público. No obstante, la Constitución no sólo se encuentra garantizada por la Corte Constitucional; los jueces ordinarios también participan de este control. Como dice el profesor Pablo PÉREZ TREMPs “*todos los órganos jurisdiccionales deben ejecutar, pues, la misión de garantizar la Constitución, ya que la función jurisdiccional no es otra cosa que la de asegurar la primacía del Derecho, y la Constitución no sólo es Derecho, sino el fundamento formal y material de éste dentro del Estado... toda aplicación del Derecho supone potencialmente una aplicación constitucional, tanto la del Tribunal Constitucional como la de los órganos del Poder Judicial.*”²⁵

Nuestra Constitución prevé un sistema de justicia constitucional concentrado. Sin embargo, nuestro modelo participa también de las características de otros sistemas, como el difuso, pues Jueces y Tribunales participan y colaboran en la función de control constitucional a través de denominado *control concreto de la constitucionalidad*. El control concreto de la constitucionalidad se encuentra desarrollado en los siguientes artículos: numeral segundo del artículo 425 CRE, artículo 428 CRE, artículos 141 y siguientes de la LOGJYCC, artículo 4 del Código Orgánico de la Función Judicial.

Estas normas, interpretadas sistemáticamente, le permiten a los jueces que ejercen jurisdicción ordinaria inaplicar, cuando tengan *certeza* de la inconstitucionalidad, normas contrarias a la Constitución. Siempre que los jueces no puedan interpretar los textos conforme a la Constitución y tengan la certeza de que aquél es contrario a ésta, inaplicará la norma inferior y aplicará, como lo dice el artículo 425, la Constitución.

²⁵ Cfr. PÉREZ TREMPs, Pablo. Los procesos constitucionales, la experiencia española. Primera Edición, Editorial Palestra, Lima, 2006. Páginas 47 y ss.

Por el contrario, como dice el artículo 142 de la LOGJYCC, siempre que los jueces tengan *dudas razonables y motivadas* de que una norma es contraria a la Constitución, suspenderá la causa y remitirá en consulta el expediente a la Corte Constitucional, a fin de que la CC resuelva la “cuestión de inconstitucionalidad”. Cuando existe certeza de que la norma es contraria a la Constitución se *inaplica*, cuando las dudas son *razonables y motivadas* se consulta. La interpretación que sostenemos incluso respeta lo dispuesto en el artículo 2.4 de la LOGJCC que establece que “*no se puede suspender no denegar la administración de justicia por contradicciones entre normas, oscuridad o falta de norma jurídica*”

Cuando no existe una norma válida y específica que regule el caso concreto, los jueces se ven obligados a aplicar directamente la Constitución creando una sub-regla. Este fenómeno es el que calificamos como *sobre interpretación de la Constitución*.

Considero que la garantía²⁶ más poderosa que la Constitución de Montecristi ha incorporado a nuestro ordenamiento jurídico, es la que atribuye a la Corte Constitucional la potestad de ser el máximo intérprete de la Constitución. Antes la situación era distinta, pues el intérprete último de la Constitución era el Congreso Nacional y, como tal, podía so pretexto de una “*interpretación auténtica o de máxima jerarquía*” desconocer cualquier pronunciamiento de nuestro antiguo Tribunal Constitucional, precisamente, por el hecho de no ser este último el máximo intérprete de nuestra Ley Fundamental.

C) *La Constitución del Ecuador tiene fuerza vinculante*

Según el artículo 426 de la Constitución *todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución*. La Constitución vincula a todos, obliga a todas las personas, autoridades e instituciones a cumplir sus reglas y principios. Como dijimos: “*todos los enunciados de la Constitución se interpretan –independiente de su estructura y contenido- como*

²⁶ Las garantías no son otra cosa que las técnicas previstas por el ordenamiento jurídico para reducir la distancia estructural entre normatividad y efectividad, y, por tanto, para posibilitar la máxima eficacia de los derechos fundamentales en coherencia con su estipulación constitucional. (vid. Luigi FERRAJOLI, *Derechos y garantías, La ley del más débil*. Primera Edición, Editorial Trotta)

*normas jurídicas aplicables que obligan a sus destinatarios. Desaparece la vieja categoría de normas programáticas, entendida como meras expresiones de programas y/o recomendaciones políticas que no son susceptibles de ser incumplidas ni, desde luego, jurisdiccionalmente garantizadas”.*²⁷

D) *Estamos obligados a sobreinterpretar la Constitución Ecuatoriana*

Para dar cuenta de la estructura de un sistema jurídico hay que considerar que, además de las reglas, hay principios jurídicos. Es decir, hay normas que establecen una solución normativa (dicen lo que debe ser) pero no definen un caso (no indican cuándo son aplicables esas soluciones normativas).

Partimos del presupuesto que la Constitución no sólo regula las relaciones entre los ciudadanos y el Estado, sino que es una Ley fundamental que pretende regular toda la vida social. Desde esa perspectiva, no existe espacio o relación social que no pueda ser regulada por la Constitución. Si la Constitución no regula específicamente un caso, se la sobreinterpreta. ¿Cómo? Extrayendo de los *principios* reglas implícitas – las llamadas sub reglas constitucionales- que regulen la situación concreta que analicemos.

E) *La Constitución es directa e inmediatamente aplicable*

Así lo establece el artículo 11 de la Constitución cuando dice que “Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o petición de parte”. Esto lo ratifica el artículo 426 CRE que, en su parte pertinente, dice que *las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente.*

Este principio Constitucional también se lo puede encontrar en los artículos 4, 141 y 142 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y

²⁷ Cfr. AGUILÓ REGLA, Josep. Ob. cit.

Control Constitucional. También dice lo mismo el artículo 4 y 5 del Código Orgánico de la Función Judicial.

F) *Interpretación de la Ley conforme a la Constitución*

Dice el artículo 2 de la LOGJCC que *si hay varias normas o interpretaciones aplicables a un caso concreto, se debe elegir la que más proteja los derechos de la personas... La creación, interpretación y aplicación del Derecho deberá orientarse hacia el cumplimiento y optimización de los principios constitucionales*. Por lo tanto, siempre que existan dos interpretaciones se debe optar por la que sea conforma a la Constitución. Si existen dos interpretaciones conformes a la Constitución, se debe optar por la que más proteja los derechos de las personas. Recordemos que las normas de un sistema jurídico deben interpretarse sistemáticamente. Así, una interpretación no debería restarle eficacia a otras disposiciones que también forman parte del sistema, máxime si son normas constitucionales.

VI. Los derechos constitucionales

La ley suprema del Estado constitucional es el reconocimiento de la supremacía de los derechos fundamentales. Este es el motivo por el cual el artículo 11.9 de nuestra CRE dice *“El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución”*.

Nos dice Luigi FERRAJOLI que son *“derechos fundamentales todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a “todos” los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o de personas con capacidad de obrar; entendiendo por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por “status” la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas”*²⁸

En el Estado constitucional los derechos fundamentales tienen una doble dimensión: una subjetiva, y otra objetiva. La primera vendría a ser

²⁸ FERRAJOLI, Luigi. Derechos y garantías. Primera Ed., Editorial Trotta. Madrid, 2006. Pág.37

la situación jurídica favorable o derecho subjetivo que la Constitución reconoce a favor de un sujeto (v. gr. Juan tiene derecho a expresarse libremente). La segunda –dimensión objetiva- deriva del carácter de “norma jurídica” que se le reconoce a los derechos constitucionales. Los derechos constitucionales cumplen una función como instrumento de ordenación del sistema jurídico en su conjunto, además de ser desde el punto de vista interno, técnicas de garantías de posiciones subjetivas.²⁹

Esto significa que las normas-principios de derechos crean *objetivamente* un orden de valores que va más allá de ser pretensiones subjetivas frente al Estado o al poder. A través de ellos, en efecto, no sólo se reconocen un conjunto de facultades a favor de cada persona (dimensión subjetiva), sino, también, los elementos esenciales del ordenamiento jurídico (dimensión objetiva). Precisamente, en atención a ese doble carácter de los derechos, es que detrás de la interpretación de los principios que los reconocen y la solución de los problemas en que éstos se encuentran envueltos, no sólo se deciden cuestiones subjetivas, sino también temas verdaderamente cruciales para el orden político, pues sus alcances repercuten directamente en la actuación de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial, así como en la de todos y cada uno de los miembros de la sociedad. Esta concepción rompe el esquema liberal del Estado en el que tienen su aparición los derechos y, por eso, el contenido de nuestro artículo 84 CRE señala que los derechos como normas constitucionales desempeñan una función objetiva de validez de las normas jerárquicamente inferiores, son auténticas directivas a los poderes constituidos.

Esto lo reconoce el Tribunal Constitucional Español en la STC 25/1981, FJ. 5.

“En primer lugar, los derechos fundamentales son derechos subjetivos, derechos de los ciudadanos no sólo en cuanto derechos de los ciudadanos en sentido estricto, sino en cuanto garantizan un status jurídico o la libertad en un ámbito de la existencia. Pero al propio tiempo, son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica...”

²⁹ Vid. ZAVALA EGAS, Jorge. Ob. cit.

La consecuencia más importante de esta doble dimensión de los derechos fundamentales viene dada por lo que se conoce como el efecto de irradiación. Así pues, si la validez de normas y actos jurídicos depende de su coherencia con las normas de derechos fundamentales, los derechos deben tenerse en cuenta en todas las decisiones jurídicas. *La construcción de una función objetiva presupone, en definitiva, que los derechos fundamentales se consideren “normas constitucionales” y que la Constitución, a su vez, se entienda como norma superior a la Ley*³⁰

De esta forma las relaciones entre el Derecho constitucional y el ordenamiento jurídico privado han de examinarse bajo una nueva óptica pues *“al derecho privado, que hasta entonces determinaba en solitario la configuración de las relaciones jurídicas y la decisión de los conflictos jurídicos, se le sobrepone otro orden jurídico; éste tiene incluso primacía sobre él, si bien consiste sólo en principios jurídicos, además de escasos, muy amplios y frecuentemente indeterminados”*.³¹

El efecto de irradiación despliega tanta fuerza que BÖCKENFÖRDE ha llegado a afirmar que *“actualmente el influjo del derecho constitucional sobre el derecho civil es enorme. El edificio del derecho civil no ha sido solamente restaurado, sino que con fundamento en el Derecho constitucional ha sido reedificado por completo”*.³²

Nuestra Corte Constitucional reconoció también la doble dimensión de los derechos constitucionales con ocasión de una acción por incumplimiento. La Corte coincide con este criterio, la diferencia radica en que nuestro Tribunal proyectó esta dimensión subjetivo/objetiva a los procesos constitucionales (garantías de derechos).

“Los procesos constitucionales tienen una doble perspectiva: una subjetiva brindando protección a los derechos constitucionales; y, otra objetiva, en la

³⁰ Vid. BARRANCO, María del Carmen. Teoría del Derecho y derechos humanos. Primera Edición, Editorial Palestra. Lima, 2009. Página 22.

³¹ HESSE, Konrad. Derecho constitucional y Derecho privado. Primera Edición, Editorial Civitas. Madrid, 1995. Pág. 59

³² BÖCKENFÖRDE, E. Escritos sobre derechos fundamentales. Baden-Baden, Nomos, 1993. Pág. 112.

*medida en que los procesos constitucionales constituyen una defensa de la supremacía normativa de la Constitución*³³

VII. El problema de los principios de la Justicia Constitucional

El artículo 2 de la LOGJYCC contiene los denominados “*principios de justicia constitucional*”. Dice esta disposición que además de los principios establecidos en la Constitución, se tendrán en cuenta para resolver las causas que se sometan al conocimiento de los jueces, los siguientes principios: 1) Principio de aplicación más favorable a los derechos; 2) Optimización de los principios constitucionales; 3) Obligatoriedad del precedente constitucional; y, 4) Obligatoriedad de administrar justicia constitucional.

Si aceptamos la premisa de que los operadores jurídicos trabajamos con un ordenamiento jurídico constitucionalizado, tenemos que aceptar que se sigue de ésta que los principios constitucionales, sean éstos *derechos* o *principios de justicia constitucional*, tienen fuerza aplicativa a cualquier conflicto de naturaleza jurídica. Bien o mal, esta es la consecuencia práctica de la “constitucionalización del Derecho”.

Como dijimos antes, si algo caracteriza a los principios es su indeterminación: estructural y valorativa. Los principios no establecen las condiciones en que se aplican, ni tampoco cuáles conductas que protegen o no, tampoco establecen su significado concreto. Descubrir o construir su significado requiere sin duda alguna una ardua tarea de concreción. El problema de la interpretación de los derechos consiste en escarecer los límites jurídicos a los cuales están sometidos los poderes públicos y los propios particulares en las relaciones *interprivatos*.

Este ensayo ofrece el intento de afrontar el desafío. Por motivos de espacio, sólo presentaremos el desarrollo de dos principios. Añadiremos en cada principio un criterio personal sobre de la influencia (fuerza aplicativa) que podrían tener en otras ramas del Derecho.

³³ Vid. Corte Constitucional del Ecuador Sentencia No. 001-09-SIS-CC.

A) Principio de aplicación más favorable a los derechos

Dice el artículo 2.1 de la LOGJYCC que el *principio de aplicación más favorable a los derechos* consiste en que “*si hay varias normas o interpretaciones aplicables a un caso concreto, se debe elegir la que más proteja los derechos de la persona*”.

Este principio, más conocido como *pro homine*, supone una superación de los tradicionales métodos de solución de antinomias. De algún modo, también comprende una superación del modo positivo-formalista de solucionar los conflictos normativos. Nos enseñaron que entre normas de distinta jerarquía debe preferirse la de fuerza normativa superior, también nos dijeron que entre normas especiales y generales debe preferirse las primeras, por último, aprendimos que entre normas anteriores y posteriores, las segundas se aplicaban preferentemente. Ahora este principio, que también se encuentra en el artículo 11.5 de la CRE, incorpora una regla de carácter material para solucionar conflictos entre normas e interpretaciones. Dice el artículo 2.1 que *si hay varias normas aplicables a un caso debe preferirse la más favorable a los derechos*. No nos dice que deba preferirse la especial, la posterior o jerárquicamente superior, sino la que *más proteja los derechos de la persona*.

El principio *pro homine* “*es un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma mas amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos p a si suspensión extraordinaria*”. Este principio coincide con el rasgo fundamental del Derecho de los derechos del hombre, esto es, siempre estar a favor del ser humano.³⁴

Este principio tiene dos variantes: 1) Preferencia interpretativa; 2) Preferencia de normas.

³⁴ Cfr. CARPIO MARCOS, Edgar. Interpretación de los derechos fundamentales. En AA.VV. Interpretación constitucional. Primera Edición, Editorial Porrúa. México 2005, Página 231.

La primera variante obliga a los operadores a interpretar los términos de los enunciados normativos en el sentido menos restrictivo a las libertades en juego o, en otras palabras, que más optimice al derecho constitucional en cuestión (Art. 2.2 LOGJYCC). Como consecuencia de lo anterior, podemos decir que las limitaciones que mediante ley se establezcan a los derechos fundamentales no deberán ser interpretadas extensivamente, sino siempre de modo restrictivo.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos con motivo de la Opinión Consultiva 5-85 “Colegiación obligatoria de periodistas” dijo que *“entre varias opciones para el alcance objetivos, debe escogerse aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido...”* La tesis de la CIDH, en este caso, es que la restricción a los derechos fundamentales debe ser proporcionada al interés que justifica y ajustarse estrictamente al logro de ese legítimo objetivo.

En los casos donde no se discute una limitación a los derechos, debemos recordar que la Constitución está dirigida a la realidad y, en consecuencia, la realidad necesita de la interpretación orientada a la efectividad, a la vigencia práctica y material. Es este el motivo por el que el Tribunal Constitucional Alemán dijo *“incumbe a la jurisprudencia constitucional descubrir la diferente función de una norma constitucional y en particular de un derecho fundamental. Y al respecto se dará preferencia a la interpretación que más fuertemente despliegue la eficacia jurídica de la norma.”*³⁵

En lo que incumbe a la *“preferencia de normas”*, es necesario destacar que *“por otro lado, el principio pro homine también comprende una directriz de preferencia de normas, es decir, que ante un caso a debatir, el juez (...) tendrá que aplicar la norma más favorable a la persona con independencia de su nivel jurídico”*.³⁶

Un caso interesante en el que se dio aplicación práctica a este principio se contiene en la Sentencia del Tribunal Constitucional Peruano

³⁵ BverfGE, 6, 55 (72)

³⁶ Cfr. SAGUÉS, Néstor Pedro. La interpretación de los derechos humanos en las jurisdicciones nacional e internacional. En AA.VV. Interpretación constitucional. Primera Edición, Editorial Porrúa. México 2005

No. 1091-2002-HC/TC. En Perú el Código de Procedimiento Penal dice que *“no procede la acción de hábeas corpus cuando la detención que motiva el recurso ha sido ordenada por un juez competente dentro de un proceso regular”*. El accionante interpuso la acción de hábeas corpus contra una orden de prisión dictada en un proceso regular. Si interpretamos aisladamente la normas del Código de Procedimiento Penal citada, podemos llegar a la conclusión de que la acción debe ser declarada inadmisibles, pues está siendo interpuesta a un caso expresamente excluido por la regla del CPP. Sin embargo, el razonamiento del TC peruano fue otro. El TC reparó que al lado de dicha regla legal también era aplicable el artículo 7.6 de la Convención Americana de Derechos Humanos, a tenor de la cual *“ toda persona privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o detención fueren ilegales”*. Este artículo no excluía el caso de las órdenes de prisión y, por otra parte, optimizaba mejor el derecho de acceso a la justicia. Por esta razón inaplicaron el CPP y aplicaron directamente la Convención Americana de Derechos Humanos. En este caso el TC terminó conociendo el fondo de una acción de hábeas corpus contra *una orden de prisión ordenada por un juez competente dentro de un proceso regular*.

Antes de concluir este apartado consideramos necesario presentar el criterio propuesto por Germán BIDART CAMPOS para resolver un problema que genera el criterio *pro homine*: el caso de los derechos fundamentales concurrentes.

Ha dicho la Corte Interamericana de derechos humanos que *“es preciso recordar que la Corte en diversas ocasiones ha aplicado el principio de la norma más favorable para interpretar la Convención Americana, de manera que siempre se elija la alternativa más favorable para la tutela de los derechos protegidos por dicho tratado. Según lo ha establecido este Tribunal, si a una situación son aplicables dos normas distintas, debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana.”*³⁷ Generalmente, en todo proceso judicial hay dos o más partes, y la interpretación que favorece a los derechos de una, perjudica a los de otra. ¿La interpretación favorable a los derechos de qué parte se debe preferir? ¿Si la interpretación X favorece a los

³⁷ Caso Ricardo Canese vs. Paraguay (Sentencia C No. 111: 31 de agosto del 2004)

derechos constitucionales la persona A y, por otro lado, la interpretación Z favorece a los derechos de la persona B, debo preferir los derechos de la persona B o A?

Para solucionar este problema se ha enunciado el “*el principio de protección de los débiles o favor debilis*”. Dice el profesor argentino que “*en la interpretación de situaciones que comprometen derechos en conflicto es menester considerar especialmente a la parte que, en su relación con la otra, se halla situada en inferioridad de condiciones o, dicho negativamente, no se encuentra en pie de igualdad con la otra*”.³⁸

Actualmente América Latina atraviesa un proceso de “*constitucionalización de la internacionalización de los derechos humanos*”. Nuestro país no es la excepción, muestra de aquello es la incorporación al *bloque de la constitucionalidad* de los tratados internacionales de derechos humanos, especialmente como dice el artículo 84 de la CRE, “*los tratados internacionales necesarios para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades pueblos y nacionalidades*”. Los derechos reconocidos a los ecuatoriano no están únicamente en la Constitución, sino también en los tratados internacionales de derechos humanos. Por esta razón estos últimos integran el bloque de la constitucionalidad. Para nuestra Corte Constitucional (Ecuador) “*una Constitución puede ser normativamente algo más que su propio texto constitucional, esto es, que la normas constitucional o, al menos las supralecales, pueden ser más numerosas que aquellas que pueden encontrarse en el articulado de la Constitución escrita. El bloque de la Constitucionalidad nos permite interpretar las normas constitucionales, pero además, los tratados de derechos humanos orientan al Juez constitucional a identificar elementos esenciales que definan la fisonomía insustituible de la Constitución... Para resolver conflictos constitucionales no se debe tener en cuenta sólo la Constitución*”.³⁹ Hoy más que nunca, adquiere una relevancia fundamental la normativa internacional de los derechos humanos, y también su jurisprudencia.

Aunque la jurisprudencia de la CIDH no integra formalmente el bloque de la constitucionalidad, la Corte Interamericana ha dicho en el

³⁸ Cfr. CARPIO MARCOS, Edgar. Ob. cit. página 329.

³⁹ Vid. Corte Constitucional del Ecuador Sentencia No. 001-09-SIS-CC.

caso “Almonacid Arellano y otros vs. Chile” (lo mismo ha dicho la CIDH en el caso Trabajadores cesantes del congreso vs. Perú) que “*el Poder Judicial debe ejercer una especial de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas que aplican a los casos concretos y la Convención Americana de Derechos Humanos. En esta tarea el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su jurisprudencia*”.⁴⁰ En todo caso, en virtud del artículo 424 inciso segundo y 436 numeral 6 de la Constitución, nuestra Corte Constitucional podría establecer que los parámetros interpretativos de los derechos fundamentales fijados por la Jurisprudencia de la Corte Interamericana son vinculantes.

Esto integraría a la Jurisprudencia de la Corte Interamericana al bloque de la constitucionalidad, y volvería obligatorios sus criterios interpretativos de los derechos de la Convención. Creo que sería algo extraordinario, además de innovador y ejemplar; seríamos el primer país en adquirir un compromiso mayor con el Derecho Internacional de los derechos humanos. Creo, además, que sería una decisión muy sabia y prudente, el reconocer verdadero valor jurídico al trabajo de un órgano internacional con mucha experiencia y legitimidad.

B) Una aplicación del criterio *pro homine* al derecho procesal: el criterio *pro actione*

El principio/derecho a la tutela judicial⁴¹ que reconoce la Constitución en su artículo 75 se compone de varios derechos, entre los que se destacan, el derecho al acceso a la justicia, el derecho al debido proceso, el derecho a un proceso público sin dilaciones indebidas, el derecho a la ejecución del fallo, etc.⁴²

⁴⁰ Vid. Sentencia 26 de septiembre del 2006

⁴¹ Este tema también ha sido desarrollado en CEBALLOS PATIÑO, Oscar. La derogación por inconstitucionalidad sobrevenida del Afianzamiento como requisito previo para acceder a la Justicia Tributaria. En AAVV. Revista Jurídica No. 26/2009 UCSG.

⁴² Ha dicho el Tribunal Constitucional Español (STC 26/83) que el derecho a la tutela jurisdiccional es un concepto genérico dentro del cual hay que entender insertos derechos que son objeto de otros preceptos constitucionales distintos, como es, por ejemplo, el derecho a un proceso público sin dilaciones indebidas.

*“El derecho a la tutela jurisdiccional despliega sus efectos en tres momentos distintos: primero, en el acceso a la Justicia; segundo, una vez en ella, que sea posible la defensa y obtener solución en un plazo razonable, y tercero, una vez dictada sentencia, la plena efectividad de sus pronunciamientos. Acceso a la jurisdicción, proceso debido y eficacia de la sentencia”.*⁴³

La supremacía de la Constitución obliga a los operadores jurídicos a interpretar las normas infraconstitucionales desde la Constitución. Esta exigencia deviene del *principio de supremacía constitucional*, sin embargo, se encuentra contemplada expresamente en el artículo 76 numeral 5 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

El principio *pro actione* vendría a ser una regla de interpretación aplicada a las normas procesales. En virtud de este principio se exige, en el ámbito del acceso a la justicia, que las condiciones o limitaciones que la ley pueda establecer deban ser interpretadas de manera tal que se optimice al mayor grado la efectividad del derecho.⁴⁴ Lo que se pretende es que las normas procesales se interpreten en el sentido que mas se favorezca al derecho a la tutela judicial (acceso a la justicia y otros.) . Como dice BIDART CAMPOS, tal manifestación del *pro homine* en el ámbito procesal facilita, hace accesible, y no obstruye un *“adecuado y recíproco sistema garantista, más la legitimación holgada de quien a él acude en procura de justicia”*.

El Tribunal Constitucional Español ha insistido sobre esto en dos fallos de capital importancia (STC 57/1985 y STS 90/1986). En lo principal, esta Corte de justicia ha dicho: *“las disposiciones procesales han de ser interpretadas a la luz de la Constitución, y por ello en el sentido más favorable para la efectividad del derecho a la tutela judicial ya que (como hemos dicho) aunque las formas y requisitos del proceso cumplen un papel de capital importancia para su ordenación, no toda irregularidad formal puede convertirse en un obstáculo insalvable para su prosecución, con repudio por lo tanto de formalismos enervantes contrarios al espíritu y finalidad de la norma... el Tribunal ha insistido en que ningún requisito formal puede convertirse en un*

⁴³ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. El derecho a la tutela jurisdiccional. Segunda Edición, Editorial Civitas. Madrid, 1984. Página 43.

⁴⁴ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. Ob. cit. Página 91

obstáculo que impida injustificadamente un pronunciamiento de fondo... y ha dicho también que, desde la perspectiva de la constitucionalidad, no son admisibles aquellos obstáculos que puedan estimarse excesivos, que sean producto de un formalismo y que no se compaginen con el necesario derecho a la justicia, o que no aparezcan como justificados o proporcionados conforme a las finalidades para que se establecen, que deben, en todo caso ser adecuadas a la Constitución... Conviene, por último insistir en que tales criterios han de ser empleados tanto para enjuiciar la exigencia legal de un requisito como para juzgar sobre su aplicación a un caso concreto".⁴⁵

¿Qué es lo que han hecho las Cortes en estos casos? Optar un principio *pro accione*, es decir, han confrontado la exigencia formal de la ley (requisito previo) con el derecho a la tutela judicial efectiva, y han concluido que, *para el caso concreto*, el requisito previo exigido por la ley no está justificado o resulta excesivo a la luz del derecho a la tutela judicial.

No obstante lo anterior, hay que decir que no todos los derechos que componen la *tutela judicial efectiva* gozan del mismo privilegio. El principio *pro accione* despliega más fuerza e intensidad cuando se trata de "acceso a la jurisdicción" que cuando se trata de "*derecho al recurso*". Pues, mientras en el primer caso lo que está en juego es "el pronunciamiento de fondo de un juez", lo que está en el segundo es "la revisión judicial de un pronunciamiento anterior". Esto significa que cuando se trata de "acceso a la jurisdicción" se debe prestar aún más atención al principio *pro accione*.

VIII. El precedente constitucional

El Derecho como conjunto sistematizado de normas se caracteriza por ser: unitario, coherente y pleno. En lo que respecta a la primera característica, decimos que el Derecho se reduce a una unidad, porque la solución a un caso jurídico –aquella a la que se llega al final de un razonamiento jurídico– no es la solución según la norma que da cobertura al caso, sino la solución según el Derecho. Las soluciones jurídicas, en este sentido, no tienen la fuerza de la norma usada, sino la fuerza del

⁴⁵ Casos tomados de RUBIO LLORENTE, Francisco. Derechos fundamentales y principios constitucionales. Primera Edición, Editorial Ariel. Barcelona 1995. Página 268 y ss.

Derecho. Es decir, *todo jurista sabe que al final de un razonamiento jurídico la diversidad de fuentes y de normas se reduce a la unidad del Derecho*.⁴⁶ Esto significa que el Derecho funciona como sistema, la solución a los casos concretos no nos lo da la regla jurídica concreta, sino el sistema (el Derecho como unidad). Por esta razón, se dice que los abogados no trabajan con las leyes, sino con el ordenamiento jurídico.

La institución del precedente vinculante existe para preservar la unidad y la coherencia de los ordenamientos jurídicos. La unidad y coherencia del sistema jurídico peligra desde que la Constitución –como auténtica norma jurídica– otorga eficacia directa e inmediata a enunciados jurídicos vagos y ambiguos: los principios jurídicos. Si partimos de la premisa de que los principios jurídicos, como consecuencia de su estructura y del tipo de términos de que se componen (igualdad, libertad, buen vivir, etc.) posibilitan una multiplicidad de interpretaciones, evidentemente, se corre el riesgo de que todos los jueces los entiendan e interpreten de forma distinta.

Por este motivo se crea el precedente constitucional y se le reconoce fuerza vinculante vertical y horizontal. El precedente constitucional tiene fuerza vinculante vertical porque los jueces inferiores están sometidos a los enunciados interpretativos que construye la Corte Constitucional en sus sentencias. Por otro lado, denominamos *stare decisis* a la obligación de los jueces de seguir sus propios precedentes (fuerza vinculante horizontal).⁴⁷ Mientras el precedente vertical proviene de una corte superior, el precedente horizontal se obtiene de una decisión anterior de la misma corte. Se obedece al precedente vertical por una cuestión de grados y legitimidad (*chain of command*), mientras que las cortes consideran al precedente horizontal vinculante por una cuestión de coherencia, racionalidad e igualdad.

⁴⁶ Cfr. AGUILÓ REGLA. Josep. La Constitución del Estado Constitucional. Primera Edición, Editorial Temis-Palestra. Lima, 2004.

⁴⁷ "This obligation of a court to follow its own previous decision is typically known as *stare decisis* –latin for "stand by the things decided"– and it is a distinct form of constraint by precedent. Under the doctrine of *stare decisis*, a court is expected to decide issues in the same way that it decided them in the past, even if the membership of the court has changed, or even if the same members have changed their minds." Vid. SCHAUER, Frederick. *Thinking like a Lawyer*. Harvard University Press. Massachusetts, 2009. Página 36.

*“El precedente jurisprudencia es una técnica indispensable para el mantenimiento de la coherencia en los sistema jurídicos. Dicha coherencia es aún más necesaria cuando se trata de la interpretación de la Constitución. Dada la vaguedad, la apertura semántica y estructural de sus enunciados, y su conexión con la política y la ideología, la Constitución sólo puede ser operativa si se concreta en una red estable de precedentes que determinen para un conjunto de casos específicos qué es lo que está constitucionalmente prescrito. Esta red de precedentes debe suplir la abstracción de la Constitución. Es un mecanismo sin el cual el texto de la Constitución difícilmente podría tener fuerza como norma jurídica”.*⁴⁸

El artículo 436.1 de la CRE dice que la Corte Constitucional será *“la máxima instancia de interpretación de la Constitución, de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado ecuatoriano, a través de sus dictámenes y sentencias. Sus decisiones tendrán carácter de vinculantes.”* Por otro lado, el artículo 436.6 nos dice también que es atribución de la Corte *“expedir sentencias que constituyan jurisprudencia vinculante respecto de las acciones de protección, cumplimiento, hábeas corpus, hábeas data, acceso a la información pública y demás procesos constitucionales, así como los casos seleccionados por la Corte para su revisión ”*

En virtud de estas disposiciones, las sentencias de la Corte Constitucional son vinculantes, de obligatoria observancia. Así, la Corte Constitucional no puede concebirse únicamente como un legislador negativo, tal como lo pensó Kelsen, sino como un órgano activo, que colabora con el Legislativo y el Ejecutivo en la labor de producción de normas.⁴⁹ El Derecho que crea la Corte Constitucional es Derecho Constitucional, se fundamenta en los *principios* e integra el bloque de la constitucionalidad.

Las sentencias o precedentes constitucionales no son obligatorios para todos los casos, sino para los idénticos o similares al caso anterior. Por otra parte, no toda la sentencia constitucional es vinculante, lo es sólo una parte.

⁴⁸ Cfr. BERNAL PULIDO, Carlos. El Derecho de los derechos. Primera Edición, Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2005. Página 155.

⁴⁹ Cfr. BERNAL PULIDO, Carlos. El Derecho de los derechos. Primera Edición, Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2005. Página 149.

Para determinar la obligatoriedad del precedente para el caso concreto, es preciso conocer el contexto en que se dictó la sentencia, es decir, los hechos del caso. Un precedente es aplicable a hechos iguales o similares a los del caso en que se dictó.

La Corte Constitucional cuando aplica los principios a casos concretos interpreta la Constitución creando sub reglas constitucionales. Las sub reglas son formulaciones que permiten aplicar el derecho abstracto a un caso concreto a través de reglas jurídicas prescriptivas, generales y abstractas

*“El supuesto de hecho define el ámbito normativo al cual es aplicable la subregla identificada por el juez. De ahí que, cuando en una situación similar se observe que los hechos determinantes no concuerda con el supuesto de hecho, el juez esté legitimado para no considerar vinculante al precedente. Lo anterior se apoya en el principio de igualdad que obliga a aplicar la misma regla a quienes estén en la misma situación jurídicas”.*⁵⁰

Así, antes de aplicar un precedente es necesario estar seguros que se aplicará a supuestos fácticos iguales o similares a los de la sentencia. Sin embargo, como dijimos, no toda la sentencia constitucional es vinculante, sino sólo una parte de ella. La parte vinculante de la sentencia constitucional es su *ratio decidendi* o *holding*. La *ratio decidendi* de una sentencia es lo necesariamente sostenido por un tribunal para dirimir el litigio.⁵¹ La *ratio decidendi* se diferencia de los *obiter dictum* en que mientras la primera es la formulación general del principio, la regla o razón general que constituye la base necesaria para decisión judicial específica, los segundos son un precioso auxiliar para la interpretación del Derecho, porque suelen incluir afirmaciones teóricas de carácter muy general y abstracto que cumplen un papel secundario en la fundamentación de la forma de resolver el caso.⁵²

⁵⁰ Cfr. BERNAL PULIDO, Carlos. Ob cit. Página 178.

⁵¹ SAGUES, Néstor Pedro. El valor del precedente de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en EEUU y Argentina. En AAVV. Estudios al precedente constitucional. Primera Edición, Editorial Palestra. Lima, 2007.

⁵² CASTRO PATIÑO, Nicolás. El precedente constitucional vinculante para el Ecuador. Primera Edición, Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito, 2009. Página 90.

Lo vinculante del precedente es su *ratio decidendi*. Es ésta y el fallo que motiva lo que debemos aprender a identificar⁵³. Una vez identificada, es precedente vinculante a todos los casos iguales o similares.

El desafío reside en identificar al precedente y determinar a qué casos se aplica. Es todo un desafío porque, por lo general, no se producen casos exactamente iguales. Por lo tanto, se deberá argumentar por qué el caso es lo suficientemente semejante o no como para aplicarle o no el precedente.

Dice el artículo 2.4 de la LOGJYCC que *“los parámetros interpretativos de la Constitución fijados por la Corte Constitucional en los casos sometidos a su conocimiento tienen fuerza vinculante. La Corte podrá alejarse de sus precedentes de forma explícita y argumentada garantizando la progresividad de los derechos y la vigencia del estado constitucional de derechos y justicia.”*

El problema de la interpretación constitucional es de gran relevancia si consideramos el papel que las normas constitucionales juegan como normas de identificación de normas. Sabemos que en ellas se encuentran reflejados los criterios básicos de validez normativa tanto desde un punto de vista formal como material, por lo que la atribución de significado a sus normas es de vital importancia y permite, además, entender la unidad y coherencia del sistema jurídico.

La interpretación de la Constitución es diferente a la del resto de formulaciones normativas. Particularmente, por dos razones, a saber: a) la estructura de los enunciados constitucionales es distinta; b) la ausencia de un marco normativo que sirva de referencia en la atribución de significado.

Lo que se discute en este ámbito es si los *principios constitucionales* son o no indeterminados, es decir, si otorgan o no a su intérprete una discrecionalidad parcial o absoluta.

⁵³ Por esta razón cobra mucha importancia el eficaz cumplimiento del deber de motivación que tienen los jueces (Artículo 4.8 LOGJYCC).

Cuando la Corte interpreta principios constitucionales lo que hace es crear (o descubrir según la teoría tradicional) un enunciado interpretativo.

Manuel ATIENZA nos dice que *la interpretación es una operación que consiste en pasar de unos enunciados a otros. Lo que permite dar ese paso es lo que podemos llamar enunciado interpretativo.*⁵⁴ *La operación de interpretar supone una relación entre un texto previo, un sujeto (el intérprete) y un nuevo texto, y se lleva a cabo cuando el significado del texto previo es dudoso (se refiere al ámbito de lo concreto).*⁵⁵

Ejemplifiquemos lo que nos dice Manuel ATIENZA.

“Todos tienen derecho a la vida”.

“Todos”, en el artículo 66.1 de la Constitución del Ecuador, significa todos los nacidos.

1) “Todos los nacidos tienen derecho a la vida. (norma)

1. Como verán, la interpretación consiste, fundamentalmente, en construir este enunciado intermedio entre el texto en bruto (1) y la norma (3). La pregunta es: ¿cómo lo construimos?, ¿Cómo lo justificamos ante el Derecho?

Como dice MENDONCA *los argumentos tienen una relevancia especial en la actividad interpretativa, pues el discurso del intérprete se halla comúnmente constituido por un enunciado interpretativo (informativo o estipulativo) y por uno o más argumentos ofrecidos para apoyar o respaldar la interpretación propuesta.*⁵⁶

Es acertado decir que justificamos ante el Derecho el enunciado interpretativo a través de argumentos o razones. Pero, para construir o

⁵⁴ Cfr. ATIENZA, Manuel. El sentido del Derecho. Editorial Ariel. Barcelona, 2001. Páginas 267 y ss.

⁵⁵ Ídem.

⁵⁶ Cfr. MENDONCA, Daniel. Cómo hacer cosas con la Constitución. Primera Edición, Universidad del Rosario. Página 57.

formular el enunciado interpretativo (2) debemos utilizar los llamados métodos, cánones, técnicas o directivas de interpretación.

Los enunciados interpretativos que fija la Corte en su jurisprudencia son de obligatorio cumplimiento; por una cuestión de coherencia y, además, porque si los jueces no aplicarán precedentes, el trabajo de interpretar la Constitución en todos los casos sería imposible (por cuestión de tiempo y economía) e incierto (divergencia de criterios).

Como podrá verse, esta norma (art. 2.4 LOGJYCC) también establece la obligación de la Corte Constitucional de seguir sus propios precedentes, los cuales sólo podrán ser cambiados *de forma explícita y argumentada garantizando la progresividad de los derechos y la vigencia del estado constitucional de derechos y justicia.*

Los precedentes pueden cambiar porque la Constitución del Estado constitucional de derechos y justicia es una Constitución viva (living constitution). Sus principios (derechos) contienen conceptos que viven a través de sus concepciones.

Por un lado, una característica no accidental de la Constitución es su naturaleza de principio. Los principios son normas naturalmente abiertas a los desarrollos del futuro... Los principios contienen conceptos (humanidad, dignidad, igualdad, libertad, etc.) que (según la distinción de Ronald Dworkin) viven a través de sus concepciones, cambiantes en el tiempo. Por tanto se puede decir fundadamente que la Constitución viviente, es decir, la apertura a la evolución de la cultura jurídica, es justamente lo que encontramos en la intención de los padres constituyentes, cuando se expresan por medio de normas principio..."⁵⁷

IX. Conclusiones

Podemos afirmar que la situación del Derecho Constitucional y, por consiguiente, de los derechos fundamentales antes de la Constitución era la siguiente: 1) Los derechos constitucionales no obstante ser normas-

⁵⁷ Cfr. ZAGREBELSKY, Gustavo. En (AA.VV.), Teoría del neoconstitucionalismo. Primera Edición. Editorial Trotta. Madrid, 2007. Página 98.

principios de rango jerárquico supremo, no pasaban de ser garantías subjetivas de libertad dirigidas fundamentalmente al Ejecutivo, sin embargo no al legislador; 2) Estos porque el único intérprete auténtico de la normativa constitucional era el legislador (Artículo 130.4 Constitución 1998); y, 3) En consecuencia, no existía la función objetiva de los derechos como normas-principios que rigiesen *sobre* el legislador y la ley. Más bien esa realidad objetiva de los derechos se concretaba siempre a través del legislador y de la ley y no desde la Constitución.

Las intervenciones o injerencias en el espacio de los derechos de libertad frente al Estado sólo eran admisibles mediante o sobre la base de una ley y en la medida que estuvieran previstas y admitidas por ésta. Reinaba el principio de legalidad. No existía la subordinación necesaria del legislador con respecto de los derechos fundamentales y éste podía, en consecuencia, interpretarlos, regularlos y desarrollarlos, esto es, no existían derechos con contenidos que le sean ajenos y que lo vinculen. El control constitucional sobre las leyes por parte del Tribunal Constitucional concluía en una proclama argumental sin eficacia, pues, si el legislador era el intérprete autorizado de la Constitución, la realizada por cualquier otro órgano no pasaba de ser un discurso jurídico. Sólo tenían, los derechos, la categoría de pautas para la acción legislativa, por lo tanto, no pasando de ser programáticos y de configuración o desarrollo legal. De aquí que el contenido esencial de los derechos era construido por la ley. “De acuerdo con esta idea, las exigencias de los individuos frente al Estado como legislador, sea en orden a la realización, séalo a la omisión de un acto legislativo, pertenecían al género de los imposibles.”⁵⁸

Al día de hoy, la realidad es diferente. Los derechos constitucionales son directa e inmediatamente aplicables e integran el *campo de indecidible*, es decir, se configuran como otro tantos vínculos sustanciales impuestos a la democracia política: vínculos negativos, generados por los *derechos de libertad* que ninguna mayoría puede violar; vínculos positivos, generados por los *derechos de protección y de buen vivir* que ninguna mayoría puede dejar de satisfacer. Ahora, al menos normativamente, ninguna mayoría, ni siquiera por unanimidad, puede legítimamente decidir la violación de

⁵⁸ Cfr. ZAVALA EGAS, Jorge. Ob. cit.

un derecho de libertad o no decidir la satisfacción de un derecho de protección o de buen vivir (derechos sociales).

La eficacia de este nuevo sistema depende de la Corte Constitucional. Otorgarle a esta Corte la potestad de ser el máximo guardián de la constitucionalidad e intérprete de la Constitución podría, en principio, asegurar un verdadero vínculo o límite a la Asamblea, la que, a diferencia de antes, no podría dejar de cumplir lo que diga la Corte por considerarse máximo intérprete de la Constitución.

La Corte Constitucional se erige como el órgano que, en materia de constitucionalidad, tiene la última palabra. Su pronunciamiento obligan incluso a funcionarios electos por votación. La fuerza de sus pronunciamientos puede, por poner un ejemplo, expulsar cualquier ley del ordenamiento jurídico o políticas públicas sumamente populares, siempre que las considere contrarias a la Constitución. Este poder, para algunos cuestionable, no deja de ser peligroso; más aún cuando nos percatamos de que el órgano que lo ejerce no tiene ninguna legitimidad de tipo democrático. Precisamente esa legitimidad de la que carece la Corte la obliga a buscar otra forma de legitimarse. Para nosotros esa fuente de legitimación no es otra que la legitimidad argumentativa, entendida ésta como la legitimidad que emana del poder de la razón.⁵⁹

La LOGJYCC pone a disposición de los jueces herramientas invaluable para hacer eficaces los derechos de las personas. Sin embargo, sin los conocimientos adecuados –fundamentalmente de la nueva teoría del Derecho Constitucional- las mismas podría utilizarse para fines anti-constitucionales, como lo son: *reforzar la influencia política de la presunta ciencia jurídico- constitucional y, por otro, impulsar un judicialismo que subvierte la relación entre los poderes constitucionales, pone en jaque el principio democrático y la soberanía popular y desdobra las propias constituciones, haciendo que ciertos derechos “materializados” y fuertemente vinculados a valores morales sustanciales imperen absolutamente sobre los derechos constitucionales de tipo político, participativo y procedimental.*

⁵⁹ “Las cortes serían –deberían ser- la aristocracia del saber, llamadas a contener la tendencia de la democracia a degenerar en demagogia y fijar un punto firme para el racional desarrollo de la sociedad actual, una isla de la razón en el caos de las opiniones.” Vid. ZAGREBELSKY, Gustavo. Los jueces constitucionales

La historia aún no ha sido escrita. No voy a valorar, por ahora, el alcance de esta transformación. Lo que sí voy a manifestar es mi fe en las personas de quienes dependen los resultados: los jueces. *“El juez es el Derecho hecho hombre; sólo de este hombre puedo esperar en la vida práctica, la protección que en abstracto promete la ley...”*⁶⁰ Yo sé que de ustedes depende todo lo más valioso que tengo, sé que de todo lo que me es íntimamente más caro ustedes son los custodios, los fiadores; en ustedes saludo la paz de mi hogar, mi honor, mi libertad, mi derecho a la igualdad.

⁶⁰ CALAMANDREI, Pietro. El elogio de los jueces. Editorial ARA. Lima, 2002.