



Ius et Praxis

ISSN: 0717-2877

revista-praxis@utalca.cl

Universidad de Talca

Chile

Morales Tobar, Marco A.
DERECHOS HUMANOS Y TRATADOS QUE LOS CONTIENEN EN EL DERECHO
CONSTITUCIONAL Y LA JURISPRUDENCIA DE ECUADOR

Ius et Praxis, vol. 9, núm. 1, 2003, pp. 91-115

Universidad de Talca

Talca, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=19790107>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

DERECHOS HUMANOS Y TRATADOS QUE LOS CONTIENEN EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL Y LA JURISPRUDENCIA DE ECUADOR

Marco A. Morales Tobar (*)

RESUMEN

El artículo analiza los derechos humanos en la Carta Fundamental del Ecuador y sus garantías, considerando la situación de los tratados internacionales en general y los derechos humanos en particular, estableciendo su procedimiento de incorporación, ubicando su posición entre las fuentes del derecho y considerando su aplicación por la jurisdicción constitucional ecuatoriana.

Derecho Público. Derecho Constitucional. Derecho Internacional Público. Derechos Humanos. Derechos Fundamentales.

(*) Licenciado Ciencias Públicas y Sociales, Abogado y Doctor en Jurisprudencia. Se ha desempeñado como Subsecretario de Bienestar Social, Director del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social. Ha sido Magistrado, Vicepresidente y Presidente del Tribunal Constitucional. Diplomado en Seguridad Social y en Derecho Procesal. Es profesor de Derecho Administrativo en las Universidades Central y San Francisco de Quito, Ecuador. Tiene publicados varios ensayos sobre temas de Derecho Público. Artículo recepcionado el 15 de abril de 2003. Aceptado por el Comité Editorial el 30 de abril de 2003. Correo electrónico: marcomoralest@hotmail.com

ABSTRACT

The present article analyzes Human Rights and their guarantees in the Constitution of Ecuador, considering the situation of international treaties in general and human rights in particular. Attention turns then to procedures for their incorporation, placing international treaties within the system of law and considering their application by the Ecuadorian constitutional jurisdiction.

Ecuador. Constitutional Law. International Law. Human Rights. Fundamental Rights.

1. INTRODUCCIÓN

Con mucha frecuencia, en las diarias reflexiones, solemos oír que los derechos humanos son inmanentes a la persona,¹ lo que significaría que desde el mismo inicio de la creación los hombres y mujeres de este mundo habríamos tenido “derechos” que ejercer y, sobre todo, garantías mediante las que se posibiliten su ejercicio y cristalización de los mismos.

Se debe recordar que, en el pasado, incluso bajo el régimen de la monarquía absolutista, existieron seres humanos que se los catalogó como semovientes y, por tanto, su utilidad era el aprovechamiento de su energía; sólo quienes estuvieron en el poder o cerca de él, gozaron de determinados “privilegios” que les prodigaba el rey o el monarca.

A lo largo del tiempo y debido a circunstancias de orden filosófico y social, como las ideas religiosas y las plasmadas en el Código de Hammurabí, Confucio, Buda, Cristo, o los legados de Heráclito, Sócrates, Platón, Aristóteles, que en definitiva tratan de igualar a desiguales, pobres y ricos, poderosos y sometidos, fuertes y débiles, vencidos y vencedores, hechos que confluyen en reivindicar la naturaleza del ser humano, se rescata la dignidad de la persona humana.

¹ Estimo a la persona como el ser sociable dotado de raciocinio y vida que, en sus potencialidades espirituales y materiales, revela una dinámica constante por el uso y goce de los dones, que la naturaleza y el propio hombre le prodiga.

Posteriormente, y al decir de Thomas Hobbes, John Locke, Jean Jacques Rousseau, entre otros, se produce una gran evolución de las ideas religiosas y dan paso entonces a las tesis del estado de naturaleza y al contrato social, esto es de la vida primigenia en la que prima la anarquía, a la conjunción de voluntades de unos pocos, en principio despóticas, de pocos y de modo general de los más fuertes, para más tarde dar paso a las ideas y equilibrio con sectores más amplios de la comunidad tanto al interior de la misma como de modo externo, lo que dio como resultado el surgimiento del Derecho de gentes, público, interno y externo.

Antes de las teorías contractualistas, también en el desarrollo de los derechos humanos, ha tenido gran eco en la historia la Carta Magna inglesa de 1215, cuyos principios se repiten y ratifican en la petición de los derechos de 1628, petición que se ve fortalecida en el *Bill of Rights* de 1689. En todos estos documentos históricos se ve claramente la limitación en principio del poder regio y más tarde del poder del Estado, en beneficio de los súbditos, esto es, de los seres humanos.

Las idea de fortalecer los derechos de los seres humanos es continua y permanente, sólo recordemos que en los Estados Unidos de Norteamérica, al proclamar su independencia en 1776, se refuerzan temas referidos a la vida, la igualdad, la libertad, un mismo origen y un mismo destino. Por último, en esta parte concluyamos con el obvio señalamiento de que es la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, en Francia, la más divulgada en el tiempo y en el espacio.

Cabe en este punto señalar que todas estas declaraciones, de evidente reivindicación de los derechos humanos, no se dieron con la finalidad de abolir el régimen monárquico, ni de eliminarlo y cambiar por otro sistema político, lo único que se observa es que todo lo hecho sirvió tan solo como un limitante de poder del rey.

El poder en el tiempo siempre tuvo una sede o asiento; así es que Luis XIV señaló la didáctica frase de “El Estado soy yo”, lo que sin lugar a dudas establece que no se sabe hasta dónde llega el poder del rey, del reino y del naciente Estado nacional.

En muchas ocasiones, fue necesario reivindicar el origen divino del monarca, para de algún modo explicar su despotismo, arbitrariedad y hasta crueldad en sus actuaciones. Más tarde se pasa de la soberanía regia a la soberanía del pueblo, la que empieza por cuestionar la existencia del rey como soberano y establecer que el poder del Estado radica en los seres humanos, considerados en conjunto, surgiendo las teorías de la

soberanía nacional y de la soberanía popular, que de modo general se asignan a Montesquieu y a Rousseau, respectivamente, perfilándose el concepto del Estado de Derecho, hasta llegar al Estado Social de Derecho.²

Como se sabe, en el constitucionalismo contemporáneo, de modo general, sólo se aceptan como legítimas las tesis que consagran y reconocen al pueblo como soberano, sea que las constituciones la radiquen en el pueblo o en la nación, debiéndose hacer presente que los textos fundamentales que señalan que la soberanía radica en la nación no se refieren, precisamente, a la teoría de la soberanía nacional planteada por Montesquieu, sino a una concepción de pueblo que va más allá de la referencia a la ciudadanía actual sino a quienes, en el pasado histórico, contribuyeron al desarrollo de la nación y determinan su proyecto político y social. En ambos casos, queda claro lo gravitante del elemento humano en toda su potencialidad, para significar que el poder no radica en los individuos sino en la sumatoria de todos ellos, la soberanía, como consagra el artículo 1 del Código Político del Ecuador, radica en el pueblo.

² Morales Tobar, Marco, **La Justicia Constitucional en el Ecuador**, Corporación Editora Nacional, Quito, 2002, pp. 78 y 79. “El Estado Social de Derecho no conceptualiza, como sucedía en el Estado liberal, a la libertad como una exigencia de la dignidad humana sino a la dignidad de la persona como una condición para el ejercicio de la libertad, variando el sustento del Estado tradicional en la justicia conmutativa por el de la justicia distributiva. En el Estado Social de Derecho la democracia es fundamental, pero no solo en un sentido pasivo, pues va más allá de la mera recepción de bienes y servicios, especialmente de carácter asistencial y providencial que otorga el Estado de Bienestar, sino que configura una democracia activa, en el que la sociedad participa realmente en la toma de decisiones estatales, por lo que es contradictorio con los regímenes autoritarios. El Estado Social de Derecho, entonces, da por supuestos los elementos de una democracia política, pues tiende a la instauración de una democracia social que se conforma a través de una democracia económica y una democracia empresarial, entendiéndose por democracia económica aquella en la que la sociedad participa en las decisiones que afectan a todos o a un amplio sector de la economía nacional, y por democracia empresarial aquella en que se comparte la autoridad de parte de los medios de producción hasta llegar a la cogestión. En definitiva, en el Estado Social de Derecho el régimen democrático va más allá del respeto a las diferencias y de la elección de los gobernantes, con todas las condiciones reconocidas en el Estado tradicional, sino que lo amplía a que establezca las condiciones de que sirva, simultáneamente, a los valores políticos, económicos y funcionales de una sociedad. El Estado Social de Derecho no niega los valores de libertad, igualdad, propiedad privada, seguridad jurídica y participación ciudadana en la formación de la voluntad estatal, sino que les da un nuevo significado y los complementa, acogiendo dichos valores en un sentido actual y con las condiciones del presente, añadiendo el reconocimiento de derechos económicos, sociales y culturales y de procura existencial. El Estado Social de Derecho no solo limita el poder del Estado y no solo se abstiene de obrar contra Derecho, sino que, se insiste, deja de ser un mero garante y pasa a ser un promotor de los derechos y los valores permanentes y esenciales de la persona humana. En este sentido, el sistema de protección no sólo rechaza la vulneración de derechos fundamentales proveniente de actos ilegales sino también arbitrarios, es decir, aquellos en que el Estado actúa por mero capricho o simple deseo, o sin fundamentar sus actuaciones, hecho que se encuentra reconocido en nuestra Carta Fundamental, en su artículo 24, número 13, para que los derechos de las personas no sólo se los proteja frente a la ilegalidad sino de la arbitrariedad en el ejercicio del poder.”

El concepto de soberanía implica autodeterminación e independencia de los pueblos que conforman un Estado, soberanía que muchas veces estamos obligados a renunciar en parte, en beneficio de la comunidad internacional y de la totalidad de seres humanos que la integramos.

2. LOS DERECHOS HUMANOS: SU VISIÓN Y GARANTÍAS EN LA CONSTITUCIÓN

De modo general, en el Ecuador, solemos decir que los objetivos del Estado son inexistentes, casi siempre señalamos lo inútil que resulta la Carta Política para afrontar los graves y acuciantes problemas de la sociedad. Empero, cuando la leemos con algo de detenimiento, vemos que los conceptos de soberanía, de autoridad, de órganos públicos, de democracia y de derechos humanos están ahí, escritos, positivizados y elevados a la categoría de norma constitucional.

El artículo 1 del Código Político del Ecuador, expresa: *“El Ecuador es en Estado Social de Derecho, soberano, unitario, independiente, democrático, pluricultural y multiétnico. Su gobierno es republicano, presidencial, electivo, representativo, responsable, alternativo, participativo y de administración descentralizada.*

La soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es la base de la autoridad, que ejerce a través de los órganos del poder público y de los medios democráticos previstos en esta constitución”

El Estado Social de Derecho, no es sólo aquel que está limitado por la ley, es aquel que tiene como meta, progresivamente, ir cristalizando las declaraciones que constan en los textos constitucionales, internacionales y legales, transformando dichas manifestaciones en una realidad tangible.

No debemos asimilar al Estado Social de Derecho con el estado de bienestar y peor aún con el paternalismo estatal, los elementos pasivos del Estado deben pasar a activarse en conjunto con el hombre y con el ser social, del concepto de la mera igualdad, libertad y fraternidad, se debe pasar a los de solidaridad, justicia social y democracia, lo que se señala en el preámbulo de la Constitución ecuatoriana, que indica que el Código Político es establecido por el pueblo del Ecuador, *“fiel a los ideales de libertad, igualdad, justicia, progreso, solidaridad, equidad y paz que han guiado sus pasos desde los albores de la vida republicana”*.

La solidaridad, en el contexto del Estado Social de Derecho, implica el sentido de nación de deberse unos a otros, de sentirse parte del todo, de no estar discriminados ni aislados, de que el fuerte esté con el débil, el sano con el enfermo, el viejo con el joven, de que quien más tiene ayude con lo que posee en idéntica proporción del aporte que otorga quien casi nada tiene, no siendo concebible únicamente la solidaridad entre pobres, no sólo porque es difícil repartir pobreza, sino porque eso crea miseria, pues lo que se debe redistribuir en los Estados es la riqueza, en ocasiones repartida de forma inequitativa.

La justicia social, imprime al simple sentido de ajusticiamiento o aplicación de la ley cuando ésta ha sido violada, el que el aparato estatal se preocupe de las inequidades sociales que día a día van surgiendo y agravándose por las diferencias abismales que existen entre los sectores sociales, como la inequitativa distribución de la riqueza, la falta de igualdad en oportunidades, que dan lugar a la fatiga de un gran sector de la comunidad, que ve casi inalcanzables los logros de infraestructura básica, trabajo, alimentación, vivienda y salud.

La democracia, en el Estado Social de Derecho, va mucho más allá de la participación en un proceso electoral, o en una simple elección, la democracia no empieza ni termina con el acto de nominar autoridades o dignatarios; el ser democrático implica la participación activa del pueblo, en los aspectos económicos, sociales y políticos del Estado, en que el pueblo tenga beneficios de orden patrimonial, para el pleno acceso a los bienes y servicios de naturaleza socio económica³.

³ Borja Cevallos, Rodrigo, **Enciclopedia de la Política**, Fondo de Cultura Económica, México, 1997, p. 209. “La democracia debe ser entendida como un sistema tridimensional integrado por elementos políticos, económicos y sociales. Quiero decir con esto que en el sistema democrático deben darse eficaces, positivos y concretos métodos de participación social no solamente en la toma de decisiones políticas dentro del Estado sino también en el disfrute de bienes y servicios de naturaleza socioeconómica – la propiedad, la renta, el bienestar, la cultura, la educación, el trabajo, la seguridad social, la salud, la recreación y otros – que se generan con el trabajo de todos. Este es el aspecto económico y social de la democracia. Ciertamente que es importante que mande en la sociedad solamente quien tiene derecho a mandar y que lo haga dentro de los cánones de la libertad y del respeto a las prerrogativas de las personas. Pero no se agota allí la democracia, que tiene también efectos económicos y sociales trascendentales.

Estamos muy lejos de menospreciar la democracia liberal o burguesa y el conjunto de sus libertades formales, que han sido fruto de siglos de lucha del hombre por su libertad. La caída de la Unión Soviética y su bloque de países marxistas nos ha puesto de manifiesto los importantes que son las libertades políticas. No se trata, por consiguiente de sustituir la democracia formal por la material o económica, sino complementarla, agregando a las libertades tradicionales las modernas libertades socioeconómicas que le hacen falta”.

El Estado Social de Derecho no sólo limita su actuación a las reglas del Derecho, no es un mero garante de los derechos individuales, sino que de un rol pasivo del Estado Liberal pasa a tener un rol activo: de promotor de los derechos y valores del ser humano.

Otro concepto que cabe ser enfatizado, es aquel de autoridad, entendida ésta como el conjunto de condiciones que reúne un ser humano y que hacen de él una persona de sentimientos nobles, leal a su origen, que tenga conciencia social, que viva en valores y, por tanto, su naturaleza ética y moral sean perennes y tan fuertes que no admitan corrosión en el tiempo, es lo que denominamos idoneidad ética; pero además de lo señalado, la autoridad debe tener una gran capacidad cognoscitiva, científica, técnica, académica, práctica y profesional en los ámbitos del cargo o función que pudiese desempeñar. Por último, cabe anotar que la autoridad ha de ser una persona ponderada, madura, sensata, capaz de que pueda manejar la cosa pública con equilibrio, independencia, eficiencia y honestidad. Prima, en consecuencia, en el concepto de autoridad la condición de racionalidad, que tiene el ser humano.

La Constitución da concepciones diferenciadas a la autoridad y al poder, siendo que el poder es atributo del órgano. Esto implica que el poder del soberano, vale decir del pueblo, se lo ejerce a través de los órganos, constituyéndose los mismos en un conjunto de potestades y competencias que nacen de la norma jurídica.

Este binomio autoridad – poder funciona en el andamiaje jurídico como entes activos para el logro de los cometidos del Estado Social de Derecho, que por fortuna superan los del Estado liberal de Derecho, para ir, como queda dicho, de la igualdad, la libertad y la confraternidad, hacia la solidaridad, la justicia social y la democracia plena, como principios que fomenten y fortalezcan la vida de hombres y mujeres en dignidad.

Si no existe confluencia entre autoridad y órgano, no se pueden materializar los derechos de las personas, sean éstos de carácter individual o económicos, sociales y culturales y los de tercera generación. El Estado tiene por finalidad última servir a la persona humana y promover el bien común, como se señala en la Constitución chilena, y esta finalidad se cumple respetando, protegiendo y promoviendo los derechos de las personas, lo que también se consagra en el texto constitucional ecuatoriano, en sus artículos 16, 17, 18 y 19, principalmente, al reconocer como el más alto deber del Estado el respeto y protección, sin discriminación alguna, de los derechos humanos que se determinan no sólo en la Constitución y en instrumentos internacionales vigentes, sino los que se deriven de la naturaleza de la persona y que sean necesarios para su pleno

desenvolvimiento moral y material, y, de este modo, que se los haga efectivos, aplicándoselos de modo directo e inmediato.

Para que la finalidad de Estado de respetar, proteger y promover los derechos humanos se cumpla, no basta la actuación de los órganos encargados directamente de garantizarlos a través de distintos mecanismos, como son el Tribunal Constitucional, la Defensoría del Pueblo, o los órganos de la Función Judicial al momento de tramitar los procesos de amparo y hábeas data o mediante la declaratoria de inaplicabilidad. Sin excluir a estos órganos, el deber de garantizar los derechos corresponde a todos los órganos del poder público. Cuando se activa una garantía directa de derechos, como son el amparo, el hábeas corpus o el hábeas data, es, precisamente, cuando ha existido una violación de derechos por parte de una autoridad o cuando ésta ha omitido su obligación. Un Estado en el que la juridicidad es respetada no es aquel donde los procesos de garantía se tramiten y resuelvan del modo más eficiente y efectivo sino aquel en el cual existe menor incidencia de vulneración de derechos, lo que, por añadidura, disminuye la cantidad de quejas contra la autoridad.

Sin embargo de lo dicho, si bien la autoridad es la primera llamada a cumplir con la juridicidad, incluso en los Estados donde las vulneraciones puedan ser excepcionales y presentarse en casos muy marginales, se deben prever mecanismos de control que den efectividad plena a los derechos humanos. En el Ecuador, hasta 1996, no se preveían en la Constitución mecanismos eficientes para garantizar la efectiva vigencia de los derechos subjetivos constitucionales: se preveía la posibilidad de presentar quejas ante el Tribunal de Garantías Constitucionales, órgano que se encontraba facultado para “observar” a las autoridades y organismos públicos en caso de violación de derechos⁴. El problema básico de esta fórmula de garantía se relacionaba con el principio de inmediación: el Tribunal de Garantías Constitucionales conformaba una Magistratura

⁴ Constitución Política del Ecuador de 1978-79, primera codificación de 1983. Art. 141.- Compete al Tribunal de Garantías Constitucionales:

3. Conocer de las quejas que formule cualquier persona natural o jurídica por quebrantamiento de la Constitución que atente contra los derechos y libertades garantizados por ella y, de encontrarlas fundadas, observar a la autoridad y organismo respectivo como se observa en el numeral anterior.

Se declara especialmente punible el desacato de las observaciones del Tribunal, pudiendo inclusive pedirse la remoción de quien o quienes incurran en el mismo, al respectivo superior jerárquico, sin perjuicio de la acción penal a que hubiere lugar.

Cuando el acusado de quebrantamiento comprendidos en la letra f) del Art. 59 de esta Constitución, elevará el expediente con su respectivo dictamen al Congreso; y, cuando el desacato fuere cometido por un organismo colectivo, se determinarán las responsabilidades individuales. La ley reglamentará el ejercicio de estas atribuciones y los límites de la competencia del Tribunal respecto de los órganos jurisdiccionales ordinarios;

única con sede en Quito, lo que, de modo general, tornaba inoportunas eventuales peticiones que se debían formular por violaciones a derechos acaecidas en otros lugares del país.

Mediante reforma constitucional, en 1996 se incorpora en el ordenamiento constitucional ecuatoriano las acciones de amparo y hábeas data, las que se suman a la garantía constitucional de hábeas corpus que se instituyó en la Constitución de 1929⁵. La acción de amparo, en su origen, se restringía a la impugnación de actos provenientes de las autoridades de la administración pública, mientras que en la codificación constitucional de 1998 se amplía respecto de actos u omisiones de cualquier autoridad pública y de actos de particulares, con determinadas condiciones⁶.

En conclusión, no basta que los Estados celebren infinidad de instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, ni que el ordenamiento jurídico nacional desarrolle dichas declaraciones, sino que se creen las condiciones fundamentales para que se viva una cultura de derechos humanos en la que éstos se cristalicen materialmente.

3. LOS TRATADOS, CONVENIOS Y PACTOS INTERNACIONALES EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS: BREVE REFERENCIA

Como se verá en la siguiente sección, los instrumentos internacionales celebrados por el Presidente de la República que se refieren a los derechos y deberes fundamentales de las personas, deben ser sometidos al Congreso Nacional, para su aprobación o improbación, requiriéndose, de modo previo, el dictamen de constitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional. Una vez aprobado el tratado, el Presidente de la República estará facultado para su ratificación, y con la publicación del instrumento en el Registro Oficial, éste pasa a formar parte del ordenamiento jurídico de la República,

⁵ Constitución Política del Ecuador de 1978-79, tercera codificación de 1997. Art. 31.- Toda persona podrá acudir ante los órganos de la Función Judicial que la Ley designe y requerir la adopción de medidas urgentes, destinadas a hacer cesar, o evitar la comisión, o remediar inmediatamente las consecuencias de un acto ilegítimo de autoridad de la administración pública violatorio de cualquiera de los derechos constitucionales y que pueda causar un daño inminente, a más de grave e irreparable.

⁶ Constitución Política del Ecuador, Art. 95. En las partes pertinentes al amparo contra particulares, señala, expresamente, lo que sigue: "También podrá interponerse la acción si el acto o la omisión hubieren sido realizados por personas que presten servicios públicos o actúen por delegación o concesión de una autoridad pública." "También se podrá presentar acción de amparo contra los particulares, cuando su conducta afecte grave y directamente un interés comunitario, colectivo o un derecho difuso."

conforme lo señala el artículo 163 de la Constitución.

Esta misma disposición constitucional señala que, las normas contenidas en los tratados y convenios internacionales “*prevalecerán sobre leyes y demás normas de menor jerarquía*”. Como no se realiza distinción alguna, se entiende que los instrumentos internacionales son jerárquicamente superiores a leyes orgánicas y leyes ordinarias y, por tanto, en virtud de esta misma norma, se podría concluir, en principio, que éstos se encuentran bajo la supremacía de la Constitución. La obligación del Estado de adecuar su legislación interna a las disposiciones contenidas en instrumentos internacionales fue señalada por el Tribunal Constitucional en su Resolución N° 250-2001-TP de 11 de diciembre de 2001, en la que, al emitir el dictamen de constitucionalidad del Tratado Constitutivo del Parlamento Andino y su Protocolo Adicional sobre Elecciones Directas y Universales de sus Representantes, previo a su aprobación por parte del Congreso Nacional, detectó un vacío en la Ley de Elecciones respecto de la oportunidad en que se debía realizar la correspondiente elección. En dicha sentencia se señaló lo siguiente:

*Que, este Tribunal hace presente, que la duración de los parlamentarios andinos en sus cargos, de conformidad con el Tratado en comento, se señala en un período de dos años, ocurriendo que la Ley de Elecciones, en su artículo 46, señala que el tercer domingo de octubre de cada cuatro años se realizará la primera vuelta electoral, en la que se elige Presidente de la República y, entre otros, representantes ante el Parlamento Andino, mas en el artículo 49 del mismo cuerpo normativo, se indica que el tercer domingo de mayo de cada cuatro años, (lo que sería la elección intermedia, después de dos años de la presidencial, nota del autor) se elegirán prefectos provinciales, alcaldes municipales, consejeros provinciales de elección directa, mayorías de concejos provinciales y miembros de juntas parroquiales rurales, omitiendo la elección de parlamentarios andinos, **debiéndose adecuar esta Ley, de rango orgánico, a lo dispuesto en el Tratado en comento**, (las negrillas son mías) cuya jerarquía dispositiva es superior, de acuerdo con el artículo 163 de la Constitución;*

Que, en relación a lo señalado en el considerando precedente, si bien el Tratado Constitutivo del Parlamento Andino y su Protocolo Adicional son, una vez ratificados y publicados en el Registro Oficial, normas de rango jerárquico supralegal, de conformidad con el artículo 163 de la Constitución, el artículo 4 del Protocolo Adicional señala que, en tanto se establezca un régimen electoral uniforme, regirá la legislación interna de cada Estado parte, por lo que se insiste en la necesidad de tener

presente el vacío ya señalado en que incurre la Ley de Elecciones⁷;

Sobre la eventual jerarquía infraconstitucional de los tratados, que se podría desprender del texto del artículo 163 del Código Político, no existe norma expresa en la Constitución ecuatoriana. Así, el artículo 272 del Código Político se limita a señalar: “*La Constitución prevalece sobre cualquier otra norma legal. Las disposiciones de leyes orgánicas y ordinarias, decretos - leyes, decretos, estatutos, ordenanzas, reglamentos, resoluciones y otros actos de los poderes públicos, deberán mantener conformidad con sus disposiciones y no tendrán valor si, de algún modo, estuvieren en contradicción con ella o alteraren sus prescripciones*”, no incluyéndose en su texto a los instrumentos internacionales. Cabe hacer presente que la no inclusión de los tratados internacionales como normas que, de modo expreso, debían guardar conformidad con la Constitución, se realiza desde la codificación constitucional de 1997, pues, con anterioridad sí se señalaba que los instrumentos internacionales que, de cualquier modo, estuvieren en contradicción con el Código Político o alteren sus prescripciones, no tendrían valor alguno⁸, disposición de dudosa efectividad frente a las obligaciones contraídas dentro del Derecho Internacional por parte del Estado, como se verá más adelante. Del mismo modo, hago presente que, antes de la codificación constitucional de 1998, el Código Político no realizaba ningún señalamiento expreso respecto de la jerarquía dispositiva de los instrumentos internacionales.

No creo que éste sea el momento de iniciar un debate sobre la jerarquía dispositiva de los tratados internacionales en relación con los principios de supremacía constitucional y *pacta sunt servanda*, aunque se debe señalar que la validez de los tratados internacionales no depende del derecho interno sino del Derecho Internacional, existiendo mecanismos para dejarlos sin efecto en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, asunto que se tratará en la siguiente sección.

⁷ El Tribunal Constitucional, de conformidad con lo dispuesto en el número 5 del artículo 276 de la Constitución, sólo analiza la conformidad del tratado internacional con la Constitución y, de encontrarlo contradictorio, como se verá, para su eventual aprobación legislativa se exige la previa reforma constitucional. Por ello el Tribunal Constitucional no podía condicionar la aprobación del instrumento a una previa reforma legal, no sólo porque la Constitución no lo dispone, sino que ello implicaba condicionar la aprobación de una norma jerárquicamente superior (el tratado) a que primero se reforme la inferior (la ley).

⁸ Constitución Política del Ecuador de 1978-79, tercera codificación de 1997: Art. 140.- La Constitución es la ley suprema del Estado. Las normas secundarias y las demás de menor jerarquía deberán mantener conformidad con los preceptos constitucionales. No tendrán valor alguno las leyes, decretos, ordenanzas, disposiciones y **tratados o acuerdos internacionales** que, de cualquier modo, estuvieren en contradicción con la Constitución o alteraren sus prescripciones (el resaltado no es del texto).

Creo procedente, eso sí, hacer una breve reflexión sobre la jerarquía de los tratados en materia de derechos humanos frente al texto constitucional.

Como se ha señalado, los artículos 3, 16, 17, 18, 19, 23 y 273 de la Constitución⁹ consagran el deber del Estado de garantizar los derechos humanos reconocidos en los instrumentos internacionales, además de los que se señalan en el texto constitucional y los que se derivan del derecho natural. En similar sentido, la Constitución chilena, en el inciso segundo de su artículo 5, consagra que *“El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”*, disposición agregada mediante la reforma constitucional de 1989.

⁹ Constitución Política del Ecuador, Art. 3.- Son deberes primordiales del Estado:

2. Asegurar la vigencia de los derechos humanos, las libertades fundamentales de mujeres y hombres, y la seguridad social.

3. Defender el patrimonio natural y cultural del país y proteger el medio ambiente.

4. Preservar el crecimiento sustentable de la economía, y el desarrollo equilibrado y equitativo en beneficio colectivo.

5. Erradicar la pobreza y promover el progreso económico, social y cultural de sus habitantes.

6. Garantizar la vigencia del sistema democrático y la administración pública libre de corrupción.

Art. 16.- El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos humanos que garantiza esta Constitución.

Art. 17.- El Estado garantizará a todos sus habitantes, sin discriminación alguna, el libre y eficaz ejercicio y el goce de los derechos humanos establecidos en esta Constitución y en las declaraciones, pactos, convenios y más instrumentos internacionales vigentes. Adoptará, mediante planes y programas permanentes y periódicos, medidas para el efectivo goce de estos derechos.

Art. 18.- Los derechos y garantías determinados en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, serán directa e inmediatamente aplicables por y ante cualquier juez, tribunal o autoridad.

En materia de derechos y garantías constitucionales, se estará a la interpretación que más favorezca su efectiva vigencia. Ninguna autoridad podrá exigir condiciones o requisitos no establecidos en la Constitución o la ley, para el ejercicio de estos derechos.

No podrá alegarse falta de ley para justificar la violación o desconocimiento de los derechos establecidos en esta Constitución, para desechar la acción por esos hechos, o para negar el reconocimiento de tales derechos. Las leyes no podrán restringir el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales.

Art. 19.- Los derechos y garantías señalados en esta Constitución y en los instrumentos internacionales, no excluyen otros que se deriven de la naturaleza de la persona y que son necesarios para su pleno desenvolvimiento moral y material.

Art. 23.- Sin perjuicio de los derechos establecidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, el Estado reconocerá y garantizará a las personas los siguientes:

Art. 273.- Las cortes, tribunales, jueces y autoridades administrativas tendrán la obligación de aplicar las normas de la Constitución que sean pertinentes, aunque la parte interesada no las invoque expresamente.

Coincido plenamente con lo preceptuado en el texto constitucional chileno: el ejercicio de soberanía se limita por el respeto a los derechos fundamentales de la persona, tengan éstos reconocimiento constitucional, internacional o de derecho natural. Lo dicho, inclusive, puede ser estimado como limitación implícita al poder constituyente, sea éste originario o derivado, tal como lo señala Humberto Nogueira.¹⁰ Estimo que la restricción al ejercicio de soberanía proveniente de tratados internacionales en materia de derechos humanos no se determina, como lo sostiene Rafael Oyarte, por “*el instrumento en el que consta esta limitación, sino la materia que tratan, la que no deja de ser una limitación implícita al poder constituyente originario, aunque se halle positivizada en este tipo de preceptos normativos*”¹¹.

En caso de contradicción entre el texto de la Constitución y de un tratado internacional en materia de derechos humanos, estimo que el tema debe dilucidarse atento lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 18 del Código Político que señala: “*En materia de derechos y garantías constitucionales, se estará a la interpretación que más favorezca su efectiva vigencia*”. 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.

Para mayor abundamiento, los tratados internacionales en materia de derechos humanos deben emplearse también para la interpretación de normas contenidas en la Constitución. Así, dentro del conflicto de competencia suscitado entre la Corte Suprema de Justicia y la Corte de Justicia Militar, el Tribunal Constitucional del Ecuador, en su Resolución N° 002-2002-CC de 12 de febrero de 2003, no sólo aplicó la Convención Americana sobre Derechos Humanos para interpretar el correcto sentido y alcance del artículo 187 de la Constitución que establece la justicia militar para el juzgamiento de infracciones cometidas por miembros de la Fuerza Pública “*en el ejercicio de sus labores profesionales*”, y el sometimiento a la justicia ordinaria para los demás casos,

¹⁰ Nogueira, Humberto, “La Democracia, el Orden Constitucional Democrático y las Reglas de su Modificación”, en *XX Jornadas Chilenas de Derecho Público*, tomo 1, Edeval, Valparaíso, 1990, p. 83.

¹¹ Oyarte Martínez, Rafael, “Límite y Limitaciones al Poder Constituyente”, en *Revista Chilena de Derecho*, número especial, P. U. Católica de Chile, Santiago, 1998, p. 78-79.

sino que, incluso acudió a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la materia. En este fallo, al respecto, se señaló lo siguiente:

Que, tanto el artículo 187 de la texto constitucional como su vigésimo sexta disposición transitoria deben ser interpretados en concordancia con la consagración de las garantías judiciales del debido proceso que contiene la misma Constitución ecuatoriana, que se han señalado en este fallo, y con las reconocidas en los instrumentos internacionales vigentes en materia de derechos humanos, de obligatoria aplicación por el Ecuador y, por tanto, de todos los órganos del poder público, incluyéndose, naturalmente, los que ejercen jurisdicción, tal como lo ordenan los artículos 17 y 18 de la Constitución;

Que, para resolver, se debe desentrañar el contenido de la frase “infracciones cometidas en el ejercicio de sus labores profesionales” con la que la Constitución condiciona el sometimiento de un caso a la jurisdicción militar;

*Que, como lo señala la letra d del artículo 1 del Código Penal Militar, son infracciones militares “Las que se perpetren en ejercicio de las funciones propias del empleo, grado o destino de un militar, dentro o fuera del servicio, o con ocasión de él y **que** afecten a los medios, fines o intereses de las Fuerzas Armadas” (lo resaltado no es del texto);*

Que, adicionalmente, el artículo 192 de la Constitución señala que “El sistema procesal será un medio para la realización de la justicia”, agregando que “hará efectivas las garantías del debido proceso”;

Que, el artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, dentro de las garantías judiciales, establece que el juez o tribunal encargado de la sustanciación de cualquier acusación penal debe ser competente, independiente e imparcial, como elementos esenciales del debido proceso legal;

Que, como lo ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, “la jurisdicción militar ha sido establecida por diversas legislaciones con el fin de mantener el orden y la disciplina dentro de las fuerzas armadas. Inclusive, esta jurisdicción funcional reserva su aplicación a los militares que hayan incurrido en delito o falta dentro del ejercicio de sus funciones y bajo ciertas circunstancias”, agregando el Alto Tribunal Interamericano que, “Cuando la justicia militar asume

competencia sobre un asunto que debe conocer la justicia ordinaria, se ve afectado el derecho al juez natural y, a fortiori, el debido proceso, el cual, a su vez, encuéntrase íntimamente ligado al propio derecho de acceso a la justicia”, por lo que el Estado no debe crear “tribunales que no apliquen normas procesales debidamente establecidas para sustituir la jurisdicción que corresponda normalmente a los tribunales ordinarios” (Corte I.D.H., Caso Castillo Petruzzi y otros, Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52);

Que, por lo expuesto, en virtud de los principios de imparcialidad e independencia que informan la administración de justicia, los delitos comunes, incluso los cometidos por miembros de la Fuerza Pública, deben ser juzgados por la justicia ordinaria;

De otra parte, bien vale señalar que, a nivel de Latinoamérica, los instrumentos internacionales que más han incidido en materia de derechos humanos, en orden cronológico son: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, tomada en Bogotá entre los meses de marzo y mayo de 1948. La Declaración Universal de los Derechos Humanos adoptada por la III Asamblea General de las Naciones Unidas, reunida en París el 10 de diciembre de 1948. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. El Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 y La Convención Americana Sobre Derechos Humanos de 1969.

De estos instrumentos internacionales, así como de los mencionados en la primera parte de este ensayo, estimo se han inspirado las partes dogmáticas de las leyes fundamentales de los Estados latinoamericanos, el espíritu y concreción de los derechos de los seres humanos, mediante los cuales se pretende materializar que los hombres y mujeres del mundo vivan con dignidad.

De otra parte, no solo que se sopesan derechos sino también deberes, a los efectos de que el pueblo, como elemento humano de los Estados, también conozca que tiene obligaciones que cumplir, para tener una sociedad más sana y no contaminada de los vicios del mundo moderno, que tratan de corroer el sentido y concepción de la juridicidad, como conceptos - valores que nos permitan vivir en solidaridad, paz, dignidad y, aún cuando se reitere, en democracia. Estos factores sociales, políticos y económicos, van dando lugar a que se vaya configurando la doctrina del ciudadano y de la ciudadanía, lo que permite las conductas de los pueblos vayan cambiando, con criterios de autoestima, responsabilidad y orgullo de sentirse ciudadanos de tal o cual país.

En las cartas políticas no sólo encontramos derechos y deberes de las personas, sino también prohibiciones, lo que denota que no solamente se limitan conductas, sino que además se ponen impedimentos a la conducta humana, que en caso de no ser acatado, implica una sanción conforme al daño social ocasionado.

Una vez ratificado un instrumento internacional, aquello implica renuncia de soberanía de un Estado, pues, como hemos visto, la estructura jurídica del mismo se ve afectada y tiene que guardar coherencia con la normativa del tratado, convenio, pacto o declaración, especialmente en materia de derechos humanos, lo que siempre es beneficioso para sus habitantes. Empero estimo que estos tratados que unen en sus derechos a los pueblos, para que tengan una verdad material, en estos tiempos y en la visión geopolítica del espacio latinoamericano, se debe buscar que tales derechos tengan plena vigencia.

No cabe la menor duda que son los Estados los que deben cuidar de la vigencia y aplicación plena de los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, pero no debemos olvidar que todo gira alrededor de las circunstancias económicas en las que se desenvuelven los distintos países, por eso no se debe dejar de mirar de modo permanente qué hay sobre la integración económica, a efecto de que los factores de la producción, como son capital, trabajo y mercado jueguen un rol importante en el desarrollo de nuestros pueblos y, de este, se hagan plenamente efectivos los derechos económicos, sociales y culturales y, por añadidura, los demás derechos.

Considero que los derechos humanos, claramente consagrados en instrumentos internacionales y reivindicados en los códigos políticos de los Estados latinoamericanos, no alcanzarán plena vigencia mientras los otros factores del cotidiano desenvolvimiento humano no guarden coherencia entre sí, no se complementen unos a otros y no exista suficiente interacción entre ellos, me refiero a la situación de orden social y cultural, económico y político.

4. LOS TRATADOS INTERNACIONALES EN LA CONSTITUCIÓN ECUATORIANA: COMPETENCIA Y TRÁMITE DE APROBACIÓN

Dentro de las facultades que la Constitución ecuatoriana otorga al Presidente de la República, aparece la de definir la política exterior, dirigir las relaciones internacionales y celebrar y ratificar los instrumentos internacionales, de conformidad con el número

12 del artículo 171 del texto constitucional¹².

Antes de la codificación constitucional de 1998, todos los tratados internacionales suscritos por el Primer Mandatario debían ser aprobados por el Congreso Nacional, que en el Ecuador es unicameral, previa a su ratificación por parte del Jefe de Estado. En el vigente texto constitucional se realiza una distinción de trámite: los tratados que se refieren a las materias previstas en el artículo 161 de la Constitución¹³ requieren de aprobación previa de la Legislatura para su posterior ratificación por parte del Presidente de la República, los demás, en cambio, pueden ser ratificados directamente por el Primer Mandatario luego de su suscripción, asunto que, si bien en apariencia no conlleva dificultad alguna, en los hechos denota un serio vacío, como se verá, asunto que se denotó en el Tratado suscrito entre Ecuador y Estados Unidos de América sobre la Base de Manta.

Los tratados internacionales que, para su aprobación, requieren de la intervención del Congreso Nacional son, como se dijo, aquellos que contengan alguna o algunas de las materias previstas en el artículo 161 del Código Político: los que se refieran a materia territorial o de límites; los que establezcan alianzas políticas o militares; los que comprometan al país en acuerdos de integración; los que atribuyan a un organismo internacional o supranacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución o la ley; los que se refieran a los derechos y deberes fundamentales de las personas y a los derechos colectivos; y, los que contengan el compromiso de expedir, modificar o derogar alguna ley.

¹² Constitución Política del Ecuador, Art. 171.- Serán atribuciones y deberes del Presidente de la República los siguientes:

12. Definir la política exterior, dirigir las relaciones internacionales, celebrar y ratificar los tratados y convenios internacionales, previa aprobación del Congreso Nacional, cuando la Constitución lo exija.

¹³ Constitución Política del Ecuador, Art. 161.- El Congreso Nacional aprobará o improbará los siguientes tratados y convenios internacionales:

1. Los que se refieran a materia territorial o de límites.
2. Los que establezcan alianzas políticas o militares.
3. Los que comprometan al país en acuerdos de integración.
4. Los que atribuyan a un organismo internacional o supranacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución o la ley.
5. Los que se refieran a los derechos y deberes fundamentales de las personas y a los derechos colectivos.
6. Los que contengan el compromiso de expedir, modificar o derogar alguna ley.

Los artículos 162 y 276, número 5, de la Constitución¹⁴ exigen que los tratados que deben someterse a la aprobación legislativa, pasen el control previo de constitucionalidad a cargo del Tribunal Constitucional. El dictamen correspondiente debe ser solicitado por el Presidente de la República, conforme lo señala el inciso segundo del artículo 277 del Código Político. Evacuado el dictamen por parte del Tribunal Constitucional, el instrumento internacional se remite a la Legislatura para su trámite. En este caso, hay que hacer una distinción: si el Tribunal Constitucional estima que el tratado no contiene disposiciones que afecten preceptos constitucionales, el Congreso Nacional puede aprobarlo o improbarlo; en cambio, si esa Magistratura determina en su dictamen que el instrumento afecta normas de la Constitución, para que el Congreso Nacional lo apruebe debe, previamente, expedirse la respectiva reforma constitucional, como se dispone en el inciso final del artículo 162 del Código Político. Para la aprobación legislativa del tratado se requiere del voto conforme de la mayoría absoluta de congresistas.

Se hace presente que, desde la codificación constitucional de 1998, el trámite de reforma constitucional es dilatado, pues si bien exige el mismo procedimiento de formación de la ley, se diferencia de éste en lo que hace relación al quórum de aprobación (mayoría simple para la ley ordinaria o común, mayoría absoluta para la ley orgánica y el voto conforme de las dos terceras partes del total de legisladores para la reforma constitucional) y al plazo de espera de un año entre el primer y segundo debates. En tal virtud, por la rigidez constitucional, la aprobación legislativa para consentir un tratado se condiciona no sólo a la voluntad mayoritaria de aprobarlo, sino a que las dos terceras partes del total de legisladores estén dispuestos a reformar la Constitución.

El problema se plantea respecto de los tratados internacionales que no requieren de aprobación por parte del Congreso Nacional, es decir, de aquellos que tratan de materias no comprendidas en el artículo 161 de la Constitución. La dificultad jurídica no estriba en que éstos no deban ser sometidos al trámite legislativo, sino que éstos no reciben

¹⁴ Constitución Política del Ecuador, Art. 162.- La aprobación de los tratados y convenios, se hará en un solo debate y con el voto conforme de la mayoría de los miembros del Congreso.

Previamente, se solicitará el dictamen del Tribunal Constitucional respecto a la conformidad del tratado o convenio con la Constitución.

La aprobación de un tratado o convenio que exija una reforma constitucional, no podrá hacerse sin que antes se haya expedido dicha reforma.

Art. 276.- Competerá al Tribunal Constitucional:

5. Dictaminar de conformidad con la Constitución, tratados o convenios internacionales previo a su aprobación por el Congreso Nacional.

control previo de constitucionalidad.

Las facultades del Tribunal Constitucional se encuentran señaladas, de modo general, en el artículo 276 de la Constitución, y entre estas potestades, en el número 5, sólo aparece la de dictaminar los instrumentos internacionales “previo a su aprobación por el Congreso Nacional”. Esta Magistratura no ejerce, por otra parte, potestades de oficio, ocurriendo que la petición de dictamen por parte del Presidente de la República sólo procede respecto de tratados que requieren de aprobación legislativa, conforme se desprende del inciso segundo del artículo 162 del Código Político.

Esta dificultad se agrava desde que, al carecer de control represivo de constitucionalidad, el Tribunal Constitucional no puede declarar la inconstitucionalidad de un instrumento internacional, no sólo porque la acción de inconstitucionalidad no se encuentra prevista para la impugnación de tratados en los números 1 y 2 del artículo 276 de la Constitución¹⁵, sino porque, de conformidad con el artículo 278 del texto constitucional, esta declaratoria deja sin efecto al acto inconstitucional¹⁶, lo que no es aplicable al caso de los tratados, tanto en virtud del principio *pacta sunt servanda*, como porque los tratados sólo dejan de obligar en virtud de las normas de Derecho Internacional sobre la materia, de modo general a través del procedimiento de denuncia del instrumento y no mediante declaraciones unilaterales de los Estados parte. De tal guisa, la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados señala, en su artículo 42.1, que “La validez de un tratado o del consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado no podrá ser impugnada sino mediante la aplicación de la presente Convención”. Este mismo instrumento señala que la terminación, denuncia, retiro de una parte o suspensión de un tratado “no puede tener lugar sino como resultado de la aplicación de las

¹⁵ Constitución Política del Ecuador, Art. 276.- Competerá al Tribunal Constitucional:

1. Conocer y resolver las demandas de inconstitucionalidad, de fondo o de forma, que se presenten sobre leyes orgánicas y ordinarias, decretos - leyes, decretos, ordenanzas; estatutos, reglamentos y resoluciones, emitidos por órganos de las instituciones del Estado, y suspender total o parcialmente sus efectos.

2. Conocer y resolver sobre la inconstitucionalidad de los actos administrativos de toda autoridad pública.

La declaratoria de inconstitucionalidad conlleva la revocatoria del acto, sin perjuicio de que el órgano administrativo adopte las medidas necesarias para preservar el respeto a las normas constitucionales.

¹⁶ Constitución Política del Ecuador, Art. 278.- La declaratoria de inconstitucionalidad causará ejecutoria y será promulgada en el Registro Oficial. Entrará en vigencia desde la fecha de su promulgación y dejará sin efecto la disposición o el acto declarado inconstitucional. La declaratoria no tendrá efecto retroactivo, ni respecto de ella habrá recurso alguno.

Si transcurridos treinta días desde la publicación de la resolución del Tribunal en el Registro Oficial, el funcionario o funcionarios responsables no la cumplieren, el Tribunal, de oficio o a petición de parte, los sancionará de conformidad con la ley.

disposiciones del tratado o de la presente Convención” (Art. 42.2), lo que también se aplica a la nulidad de los tratados por haberse prestado el consentimiento de un Estado en violación de una norma de “importancia fundamental de su derecho interno” que vicie su consentimiento (Arts. 43 y 46.1).

La ausencia de control *a posteriori* de constitucionalidad respecto de tratados internacionales fue señalada por el Tribunal Constitucional en la Resolución N° 012-2001-TP de 17 de enero de 2001, relativa a la demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra el “Convenio entre el Gobierno de la República del Ecuador y el Gobierno de los Estados Unidos de América, concerniente al acceso y uso de los Estados Unidos de América de las instalaciones en la Base de la Fuerza Aérea Ecuatoriana en Manta para actividades aéreas antinarcóticos”, publicado en el Registro Oficial N° 340 de 16 de diciembre de 1999. En dicho fallo se señaló lo siguiente:

Que, el control de constitucionalidad de instrumentos internacionales previsto en los artículos 162, inciso segundo, y 276, número 5, del texto constitucional es el llamado control preventivo de constitucionalidad, el mismo que compete a este Tribunal solo de forma previa a su aprobación por parte del Congreso Nacional y, por ende, tan solo en los casos en los que se requiera de aprobación legislativa;

Que, por otra parte, el artículo 276 la Constitución Política reserva el control represivo de constitucionalidad, en su número 1, respecto de “leyes orgánicas y ordinarias, decretos-leyes, decretos, ordenanzas; estatutos, reglamentos y resoluciones, emitidos por órganos de las instituciones del Estado” y, en su número 2, respecto de actos administrativos;

Que, la Constitución no le otorga competencia a este Tribunal para conocer y resolver demandas de inconstitucionalidad de tratados o convenios internacionales;

Que, para mayor abundamiento, en materia de legitimación activa respecto de acciones de inconstitucionalidad, la Constitución, en el número 5 de su artículo 277, ha previsto que mil ciudadanos en goce de derechos políticos pueden presentar demandas de inconstitucionalidad en los casos de los números 1 y 2 del artículo 276 del texto constitucional, en los cuales no se ha previsto a los convenios y tratados internacionales;

Que, por lo señalado en los considerandos precedentes, este Tribunal es incompetente para pronunciarse sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad del instru-

mento internacional impugnado;

Que, el denominado “Acuerdo de Cooperación entre el Gobierno de la República del Ecuador y el Gobierno de los Estados Unidos de América concerniente al Acceso y Uso de los Estados Unidos de América de las Instalaciones en la Base de la Fuerza Aérea Ecuatoriana en Manta para actividades Aéreas Antinarcóticos”, es un tratado internacional de acuerdo a la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969;

*Que, los tratados y convenios que deben ser aprobados por el Congreso Nacional, previo el dictamen de constitucionalidad por parte de este Tribunal, son **exclusivamente** aquellos cuya materia sea alguna de las señaladas en el artículo 161 de la Constitución;*

Luego de estimar que el instrumento impugnado no se encontraba dentro de los señalados en la disposición constitucional reseñada¹⁷, se agrega:

¹⁷ Sobre la materia objeto del Tratado, el Tribunal Constitucional, en su voto de mayoría, señaló: *Que, los accionantes sostienen que la materia a la que se refiere el instrumento internacional impugnado se encuentra contenida en el artículo 161, números 1 y 2, de la Constitución al referirse a materia territorial y al establecerse una alianza política o militar;*

Que, del Acuerdo impugnado no se establece ninguna clase de reconocimiento o cesión del territorio nacional ecuatoriano en favor de otro Estado y, ni siquiera, una limitación del dominio estatal ecuatoriano sobre territorio alguno que forme parte del Estado ecuatoriano, en donde otro Estado, en virtud del instrumento, ejerza potestad soberana, esto es, que sea gobernado por otra nación o que las leyes de otro Estado tengan vigencia en dicho territorio o que los jueces de dicha nación sean competentes para conocer y resolver los conflictos que se planteen en alguna porción territorial que pertenezca al dominio ecuatoriano;

Que, en definitiva, el Acuerdo impugnado no contiene norma alguna que se refiera a alguna cuestión de dominio internacional o de competencia territorial que permita calificar al instrumento como de materia territorial;

*Que, las **alianzas militares** son aquellas que vinculan a dos o más Estados con el objetivo común principal de defender a los signatarios del pacto frente a una agresión o conflicto armado eventual o inminente, prescindiéndose de qué miembro del pacto haya sido agredido, para que éstos se asistan mutuamente ejerciendo acciones de legítima defensa, tal como lo establece, verbi gratia, el Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca, TIAR;*

Que, otros pactos establecen no sólo una alianza de tipo militar sino la integración de un grupo de Estados en un bloque político, como es el caso de la Organización del Tratado del Atlántico Norte, OTAN, que consiste en una organización intergubernamental establecida por los signatarios de dicho pacto, lo que constituye una alianza política;

*Que, las **alianzas políticas** se caracterizan por un compromiso que dos o más Estados asumen para la protección o la realización de sus intereses, los que pueden ser idénticos, complementarios o ideológicos, como consecuencia de conflictos contra adversarios comunes y cuando dichos intereses no pueden procurarse más que con la estipulación de dicha alianza, por lo que no se las puede confundir con otras formas de cooperación;*

*Que, en este sentido, el texto del instrumento internacional impugnado no contiene un pacto estableciendo una alianza política o militar, sino un acuerdo de cooperación entre dos Estados con la finalidad **específica** de combatir el narcotráfico, obligación del Estado ecuatoriano que surge tanto de su legislación interna como de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas;*

Que, de conformidad a lo señalado en el considerando precedente, el Convenio impugnado no se refiere a ninguna de las materias señaladas taxativamente en el artículo 161 de la Constitución Política de la República;

*Que, por lo expuesto, el **Convenio impugnado no requería de aprobación previa por parte de la Legislatura** para su ratificación por parte del Presidente de la República;*

Que, este Tribunal debe tener presente la forma como dejan de tener vigencia las normas de Derecho Internacional;

Que, tanto el Ecuador como los Estados Unidos se han comprometido a cumplir una serie de obligaciones, los que no pueden dejar de cumplirlos;

Que, las únicas formas previstas por el Derecho Internacional para que un instrumento internacional deje de tener vigencia y, por añadidura, deje de obligar a los Estados, se refieren a la verificación del procedimiento de denuncia, además de las otras disposiciones contempladas en el tratado como: el cumplimiento del plazo, o el cumplimiento de una condición resolutoria, o bien el mutuo consentimiento, además de las causas contempladas en Derecho Internacional y sobre las que a este Tribunal no le compete determinar ni juzgar;

Que, por otra parte, ni el Derecho Interno ni la Constitución ecuatoriana han previsto la posibilidad de la inconstitucionalidad de un instrumento internacional;

Que, el artículo 162, inciso final, de la Constitución señala que “La aprobación de un tratado o convenio que exija una reforma constitucional, no podrá hacerse sin que antes se haya expedido dicha reforma”;

Que, dicha norma constitucional no prevé la figura de la inconstitucionalidad de un instrumento internacional para que este sea dejado sin efecto y, además, una eventual declaratoria de inconstitucionalidad no podría dejar sin efectos las obligaciones asumidas por el Ecuador en el marco del Derecho Internacional;

Si bien considero que los tratados internacionales no deben tener control *a posteriori*, represivo o *ex post facto* de constitucionalidad, discrepé, en mi calidad de Magistrado del Tribunal Constitucional con la Resolución antes citada, lo que explicaré más adelante.

En el caso ecuatoriano el problema se agrava desde que, incluso, se podría dar el evento que el Jefe de Estado suscriba un tratado que se refiera a materias previstas en el artículo 161 de la Constitución y que el Primer Mandatario lo ratifique sin la aprobación previa del Congreso. En este caso no existe órgano que pueda declarar la inconstitucionalidad del instrumento por vicios formales dentro del trámite constitucional interno, lo que no ocurriría si todos los tratados, sin importar si requieren o no de

trámite legislativo, debieran ser dictaminados por el Tribunal Constitucional.

Precisamente, no sólo que el tratado relativo a la Base de Manta es violatorio de normas constitucionales en materia de derechos humanos, como lo señalé en mi voto salvado o disidente,¹⁸ sino que, para su ratificación, requería de aprobación previa por parte de la Legislatura, toda vez que su contenido, precisamente, se refiere a materias señaladas en el artículo 161 de la Constitución, al establecerse una alianza militar y

¹⁸ Así, entre otras situaciones, en mi voto salvado se señaló: El artículo XIX, párrafo 1, del Convenio impugnado señala que: “*Los Gobiernos de los Estados Unidos de América y de la República del Ecuador renuncian a toda reclamación entre sí, aparte de las reclamaciones contractuales, por concepto de daño, pérdida o destrucción de bienes gubernamentales a consecuencia de actividades relacionadas con este Acuerdo, o por concepto de lesiones o muertes sufridas por el personal de cualquiera de los dos Gobiernos en el desempeño de sus obligaciones*”;

Que, el artículo 17 de la Constitución, en concordancia con el artículo 16 del texto constitucional, señala como el más alto deber del Estado, que éste “*garantizará a todos sus habitantes, sin discriminación alguna, el libre y eficaz ejercicio y el goce de los derechos humanos establecidos en esta Constitución y en las declaraciones, pactos, convenios y más instrumentos internacionales vigentes.*”;

Que, la teoría política y constitucional contemporánea señala que el Estado, como asociación política, no se justifica sino por el cumplimiento de su finalidad última que es servir a la persona humana y promover el bien común, y que esta finalidad última del Estado se realiza, entre otras, mediante su actividad en torno al respeto, protección y promoción de los derechos fundamentales;

Que, el derecho a la vida es el más preciado de los derechos subjetivos que se le reconocen a la persona humana, un atributo de la personalidad que le permite al ser humano configurarse como persona y, de este modo, ser sujeto de derechos, es decir, el ejercicio de todos los derechos de la persona dependen de la vida de la misma, entre ellos, su derecho a la integridad personal;

Que, estos derechos humanos no solo se encuentran reconocidos en la Constitución Política del Ecuador, sino también en tratados internacionales en materia de derechos humanos como: la Declaración Universal de Derechos del Humanos, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, entre otras;

Que, toda acción u omisión imputable a un Estado, o de sus agentes, que sea contraria a Derecho Internacional, incluido el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, origina la responsabilidad internacional del Estado respectivo, la misma que es exigible por parte del Estado afectado, por medio de la respectiva reparación, originándose una relación jurídica de Estado a Estado;

Que, tal como se ha señalado, es deber del Estado proteger a sus nacionales y que, como indicó la Corte Internacional de Justicia en sentencia de 5 de febrero de 1970, “*un Estado puede ejercer la protección diplomática de sus nacionales por los medios y en la medida que estime apropiados*”, entre los que se cuenta la reclamación diplomática;

Que, los Estados pueden renunciar a la reclamación diplomática, el mismo que deviene de la característica de soberanía, norma a la que responde el artículo XIX del Acuerdo impugnado y que, en este caso, esta cláusula del instrumento se refiere “*a los derechos y deberes fundamentales de la personas*”, razón por la cual debió ser sometido a la aprobación legislativa, de conformidad con el artículo 161, número 5, de la Constitución, previo el dictamen de constitucionalidad de este Tribunal, de acuerdo con los artículos 162, inciso segundo, y 276, número 5, del texto constitucional, pues afecta al deber del Estado de proteger los derechos de las personas que habitan en su territorio, pues no podrá perseguir la responsabilidad internacional del Estado por medio de la respectiva reclamación diplomática;

referirse a materia territorial.¹⁹ La violación de una norma de importancia fundamental, como es el Código Político, al momento de prestarse el consentimiento del Estado, vicia de nulidad al instrumento, tal como lo hice presente en el voto salvado al que me refiero, al señalar lo siguiente:

Que, por último, la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969, en su artículo 46, señala que los Estados no pueden alegar como vicio de consentimiento

¹⁹ Al respecto, en mi voto salvado se indicó: Que, por otra parte, el Acuerdo impugnado establece una alianza militar, la misma que es desarrollada en un acuerdo complementario, denominado “Convenio Operativo para el Puesto Avanzado de Operaciones en la Base de Manta - Ecuador”, el mismo que, en su punto 6, establece que las operaciones de interdicción serán de responsabilidad exclusiva de la Fuerza Aérea Ecuatoriana, estableciendo un cronograma de vuelos mensuales de aeronaves estadounidenses, las mismas que, al ingresar el espacio aéreo ecuatoriano, “recibirán el mismo tratamiento como las aeronaves militares ecuatorianas” y el resultado de las misiones serán de carácter reservado;

Que, el anexo 2 del Convenio Operativo se refiere al tipo de aeronaves del Gobierno de los Estados Unidos en la Base de Manta, señalándose que antes de finalizar la construcción de la pista se limitan a tres aeronaves de tamaño mediano, como el C-130, que es la nave de transporte militar más grande que poseen las Fuerzas Armadas del Ecuador, y que, luego de la terminación de la pista, se limita a cuatro aeronaves de tamaño grande;

Que, si tanto el Acuerdo impugnado como el Convenio Operativo, complementario del primero, se refieren a la lucha contra el narcotráfico, se hace presente la duda manifestada por expertos militares en el sentido de que tales aeronaves no tienen por objeto el simple combate al narcotráfico, en relación a su capacidad de transporte, propia de actividades militares distintas a las señaladas en el Acuerdo impugnado;

Que, estos y otros antecedentes que aparecen del proceso determinan la finalidad del Acuerdo impugnado, a partir de la misma participación del Comando Sur de los Estados Unidos en las actividades que se realizaran en la Base de Manta, para definirlo como continente de una alianza militar;

Que, en Derecho Internacional, la soberanía de los Estados es definida como la plenitud de poder legislativo, ejecutivo y judicial del Estado y no subordinación de éste a autoridades de Estados extranjeros en la esfera de relaciones internacionales, esto es, que la plenitud del poder del Estado excluye todo poder extranjero, base del principio de igualdad soberana de los Estados;

Que, el contenido del acuerdo afecta la soberanía del Ecuador en materia de su competencia territorial, pues excluye de la jurisdicción ecuatoriana los daños a bienes y personas ocasionadas por elementos extranjeros;

Que, las limitaciones de las competencias soberanas solo pueden derivar de normas jurídicas internacionales, como las que regulan las inmunidades de jurisdicción y ejecución de los Estados extranjeros, a las que se hacen extensivas a los funcionarios y elementos extranjeros que han ingresado e ingresarán al Ecuador como producto del Convenio impugnado;

Que, el establecimiento de dichas limitaciones a la soberanía del Estado ecuatoriano hace evidente el contenido territorial del Acuerdo impugnado, al limitar la competencia territorial del Estado ecuatoriano en materia de jurisdicción, al obligarse a entregar al elemento extranjero que ha cometido actos ilícitos a la justicia de la otra Alta Parte Contratante;

Que, además, las competencias de los Estados vinculadas al territorio se caracterizan, entre otras, por su exclusividad, la que implica no solo el derecho exclusivo de cada Estado de ejercer las funciones y las actividades estatales en un determinado espacio, sea terrestre, aéreo o marítimo, sino que su uso no puede ser limitado sino a través de convenios de uso, en los que se establece una cesión temporal de parte del territorio del Estado, como es el presente caso del Convenio, en el que se acuerda el uso de los Estados Unidos de América de las instalaciones de la Base de la Fuerza Aérea de Manta, y que se ejecuta no solo al interior de dicha Base Aérea, sino, como es obvio y natural a la vista del contenido del instrumento, tanto en el espacio aéreo ecuatoriano y en su mar territorial, razón por la cual el Acuerdo impugnado versa sobre materia territorial y lo debió aprobar el Congreso Nacional;

to que éste ha sido manifestado en violación de una disposición de derecho interno, “a menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno”;

Que, respecto del primer elemento, la violación de derecho interno para perfeccionar el consentimiento del Ecuador para adquirir una obligación de Derecho internacional ha sido manifiesta, desde que existen claras y evidentes disposiciones constitucionales que exigen la aprobación legislativa de los instrumentos internacionales en las materias señaladas en el artículo 161 de la Constitución, como la materia territorial, las alianzas militares y las que se refieren a derechos fundamentales de las personas, como ha quedado expresado en este voto salvado, previo dictamen del Tribunal Constitucional;

Que, en relación al segundo elemento, la violación afecta no solo a una norma de derecho interno, sino a la de más importancia: la Constitución, condición de validez y unidad del ordenamiento jurídico positivo del Estado ecuatoriano, en sus artículos 171, número 12, que establece la potestad presidencial de suscribir y ratificar los instrumentos internacionales, previa aprobación por parte del Congreso Nacional, aprobación legislativa requerida por los artículos 130, número 7, 161 y 162 del texto constitucional, previo el dictamen de constitucionalidad del Tribunal Constitucional, de conformidad con los artículos 162 y 276, número 5, de la Constitución;

Por esta consideración, además de que el tratado o convenio internacional tienen jerarquía supra legal y en materia de derechos humanos, como se señaló antes, los instrumentos internacionales son aplicables en el sentido que más favorezca a la persona, es necesario que se procure una reforma constitucional, que obligue al Ejecutivo a contar con dictamen preventivo de constitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional en todos los casos o, por lo menos, que sea un órgano imparcial, como es esa Magistratura, la que determine, en primer lugar, si el instrumento se refiere a una de las materias señaladas en el artículo 161 de la Constitución, para que no existan violaciones a normas fundamentales en su tramitación.