

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

Maestría en Derecho Procesal

**El bloque constitucional y el bloque de la constitucionalidad en la
jurisprudencia de la Corte Constitucional del Ecuador**

Paúl Bernardo Pérez Vásquez

Tutora: Claudia Storini

Quito, 2019



Cláusula de cesión de derecho de publicación de tesis

Yo, Paúl Bernardo Pérez Vásquez, autor de la tesis intitulada “El bloque constitucional y el bloque de la constitucionalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional del Ecuador”, mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de Especialista Superior en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo por lo tanto la Universidad, utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en los formatos virtual, electrónico, digital, óptico, como usos en red local y en internet.
2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.
3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

Enero, de 2019

Paúl Bernardo Pérez Vásquez

Resumen

La Constitución ecuatoriana es un programa político abierto, llena de normas abstractas y texturas abiertas, característica nada rara en los modernos estados constitucionales de derecho, entonces, urge la necesidad en el ejercicio hermenéutico de la Corte Constitucional del Ecuador de arrojar luces sobre ciertas instituciones que no siendo parte del cuerpo constitucional de forma expresa, sí lo son de manera tácita por mandato de la misma. Es lo que en la doctrina se conoce como el bloque constitucional, bloque de la constitucionalidad, bloque de constitucionalidad, bloque normativo, etc.

El escaso aporte académico ecuatoriano amén de la dispersa y confusa jurisprudencia constitucional en el desarrollo de esta institución, nos incentiva a elaborar una definición e intentar clarificar su utilización, ya que sin lugar a dudas, tiene incidencia directa en nuestro ordenamiento jurídico, requiriéndose – ¿por qué no?- inclusive el desarrollo de una teoría particular que se acople a nuestra realidad.

El primer capítulo contiene una visión general sobre lo que la doctrina, especialmente, en el derecho comparado ha desarrollado con respecto esta institución. Su origen, utilización, contextualización y los procesos de recepción en América Latina. Realizaremos un análisis de su adopción, adaptación y entendimiento en otros ordenamientos jurídicos de la región.

El segundo capítulo corresponde al estudio de nuestro modelo de estado constitucional, indispensable para entender el entorno en el cual se va a desarrollar nuestro propio concepto de este instituto; categoría abstracta que tiene sus particularidades erigidas por la compleja estructura de la Constitución y del manejo jurisprudencial de la Corte Constitucional. Terminaremos pergeñando una definición.

El tercer capítulo es una revisión jurisprudencial del desarrollo de este instituto por parte de la Corte Constitucional, Corte Constitucional para el Período de Transición; así como, de las resoluciones del extinto Tribunal Constitucional, dentro de los campos de su competencia constitucional, respectivamente.

Palabras clave: bloque constitucional, bloque de la constitucionalidad, cláusulas de remisión, derechos humanos, derechos fundamentales, control constitucional, Corte-IDH.

Agradecimientos

A Dios, a la familia y a los profesores de los libros que leí. Valió la pena tantas horas en la biblioteca.

A mi padre, modesto, metódico y disciplinado; su historia la de aquél provinciano con dos pantalones y una chaqueta que en un medio adverso llegó a ser médico, me conmueve, me seguirá conmoviendo, porque soy afortunado, porque quizá miles aún persiguen el sueño de conseguir lo que parece elemental: “educación básica y formal”.

Tabla de contenidos

Introducción.....	11
Capítulo primero: Origen de la expresión y el Consejo Constitucional francés.....	15
1. El bloque de constitucionalidad en Francia.....	16
2. La recepción del instituto en España.....	21
2.1. La imprecisión del término del término y la dualidad de criterios.....	27
2.1.1. El bloque constitucional.....	27
2.1.2. El bloque de la constitucionalidad.....	29
3. La presencia del bloque de constitucionalidad en América Latina.....	30
3.1. Trasplantes jurídicos y su reflejo en el bloque de constitucionalidad latinoamericano.....	32
3.2. Origen y desarrollo del bloque de constitucionalidad en el contexto latinoamericano.....	39
3.3. Evolución jurisprudencial latinoamericana del bloque de constitucionalidad.....	51
3.3.1. El bloque de constitucionalidad en Colombia.....	51
3.3.2. El bloque de constitucionalidad en Argentina.....	57
3.3.3. El Bloque de constitucionalidad en el Perú.....	64
Capítulo segundo: El bloque de la constitucionalidad en Ecuador.....	69
1. El constitucionalismo contemporáneo.....	70
1.1. Neoconstitucionalismo teórico.....	82
1.2. Neoconstitucionalismo ideológico.....	84
1.3. Neoconstitucionalismo metodológico.....	84
2. El modelo de Estado en Ecuador.....	85
2.1. El rol del juez garantista en la nueva concepción constitucional ecuatoriana.....	90
2.2. El derecho internacional de derechos humanos como fuente formal de derecho.....	92

3. Recepción del bloque de la constitucionalidad en Ecuador.....	101
4. Contenido del bloque de la constitucionalidad en Ecuador.....	106
4.1. Pergeñando una definición del bloque de la constitucionalidad en Ecuador.....	109
Capítulo tercero. Análisis jurisprudencial.....	111
1. Caso No. 1692-12-EP.....	112
2. Caso No. 1927-11-EP.....	123
3. Caso No. 0035-15-IN, 0029-15-IN, 0032-15-IN, 0034-15-IN, 0095-15-IN y 0030-15-IN ACUMULADOS.....	126
4. Caso No. 0072-14-CN.....	132
5. Acción de incumplimiento de Sentencia No. 0001-009-SIS.....	138
6. Resolución No. 0035-2006-DI del Tribunal Constitucional del Ecuador.....	139
7. Resolución 0002-2005-DI del Tribunal Constitucional del Ecuador.....	140
8. Resolución No. 001-2004-DI del Tribunal Constitucional del Ecuador.....	141
Conclusiones.....	147
Bibliografía.....	153

El juez constitucional ha llegado, en menos de veinte años, a realizar lo que cerca de dos siglos de historia no habían conseguido llevar a cabo: un conjunto constitucional suficientemente armonioso y coherente, que combina la modernidad y las tradiciones y en el que, sobre todo, los derechos fundamentales han sido finalmente integrados.

Louis Favoreu

Introducción

Las Constituciones *in genere* no mantienen el origen codificador de los documentos legales del siglo pasado, pues, parecen textos inacabados que no engloban todas las situaciones jurídicas que determinen posibles conflictos jurídicos que surjan del auditorio universal; a su vez, se explica por qué “algunas cuestiones quedan fuera de la Constitución y otras, por el contrario, se prevén con desigual intensidad”¹.

Para Rodrigo Uprimny “las constituciones no son códigos totalmente cerrados, ya que los textos constitucionales suelen hacer remisiones expresas o tácitas a otras reglas y principios, que sin estar en la Constitución, tienen relevancia en la práctica constitucional”²; es decir que, no son pocos los ordenamientos jurídicos que contienen principios o derechos que no se encuentran explícitamente en la Constitución, sin embargo, por expreso mandato constitucional tienen jerarquía constitucional³. De igual forma, la Norma Fundamental puede remitirse a otras “leyes” para que completen o complementen sus disposiciones. Para normalizar dicho fenómeno, se erige en la doctrina lo que se conoce como *bloque de la constitucionalidad*.

En el caso de Ecuador fue el propio constituyente quién previó la posibilidad de que otras disposiciones normativas ajenas al texto constitucional, específicamente, las contenidas en el *corpus iuris* internacional de los derechos humanos se incorporen tácitamente dentro del cuerpo constitucional y ostenten rango de normas constitucionales. Así, la expresión

¹ Paloma Requejo Rodríguez, *Bloque Constitucional y Bloque de la Constitucionalidad*, (Oviedo: Servicio de Publicaciones. Universidad de Oviedo, 1997), 23.

² Rodrigo Uprimny, “Bloque de constitucionalidad, derechos humanos y nuevo procedimiento penal”, en *Reflexiones sobre el Nuevo Sistema Procesal Penal. Los grandes desafíos del Juez Penal Colombiano*, (Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa y Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2005). Edición Electrónica, 23.

³ *Ibíd.*, 24.

“instrumentos internacionales”⁴ que de forma general consta en el texto constitucional, no hace distinción entre normas internacionales suscritas o ratificadas –tratados- o no ratificadas por el Estado, de lo cual se puede inferir por el principio *pro homine*⁵ que, tanto las normas del derecho internacional humanitario cuanto las normas que componen el *corpus iuris* del sistema internacional de los derechos humanos tienen igual obligatoriedad de cumplimiento que las normas supranacionales ratificadas mediante el procedimiento previsto en la Norma Fundamental, formando parte del bloque de la constitucionalidad.

Es que la amplitud del texto constitucional, inclusive, ha permitido que otras ramas de la ciencia del derecho, v.gr., la argumentación e interpretación jurídica, se erijan como instrumentos de auxilio y complementariedad de la Norma Fundamental, ya que tanto jueces como tribunales dentro de un Estado Constitucional, tienen un reto que consiste en dominar uno de los grandes problemas del Derecho Constitucional, que es la “interpretación de la Constitución”; entonces, si la Ley Suprema prescribe preceptos de apertura para concretar sus propias disposiciones, reenviando o direccionando a otras normas jurídicas –técnica de la remisión-, los operadores de justicia constitucional –caso Ecuador- tienen un mayor protagonismo, porque su labor se concentra en interpretar aquellos preceptos y determinar a través de sus decisiones la eficacia jurídica que conlleva su aplicación, de suerte que, se condense en un bloque las normas jurídicas objeto de remisión –bien identificadas- y junto con la Constitución sirvan como un baremo de constitucionalidad para el enjuiciamiento de una norma que no guarde unidad o coherencia.

Siguiendo la misma línea, la expresión en estudio, no ha fraguado un criterio unánime sobre su significado, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia comparada, pues, encontramos definiciones divididas y contradictorias⁶.

En el caso de España, por ejemplo, para Francisco Rubio Llorente el tema acarrea indiferencia e imprecisiones en su estudio. Así, señala que:

Ni en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ni en la obra de pocos estudiosos que, hasta el presente, han dedicado alguna atención al tema hay elementos que

⁴ *Constitución de la República del Ecuador [2008]*, artículos 3.1, 10, 11.3, 11.7, 416. 7, 417, 424. *Registro Oficial* (en adelante citado como RO), No. 449 (20 de octubre de 2008).

⁵ *Ibíd.*, artículo 417: “(...) En el caso de los tratados y otros instrumentos internacionales de derechos humanos se aplicarán los principios **pro ser humano**, de no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta establecidos en la Constitución.”. (El subrayado es nuestro).

⁶ Requejo, “Bloque Constitucional”, 30.

permitan determinar con exactitud cuál sea el contenido de tal bloque ni cuál es el elemento o rasgo que lo constituye como tal, sin que, (...) exista definición o referencia normativa alguna del bloque en cuestión (...) la doctrina científica que nunca se ha tomado el trabajo de analizar críticamente el uso jurisprudencial de la expresión ni, menos aún, ha intentado construirla como categoría dogmática definida⁷.

Según lo indica el mismo autor, tomando como análisis de estudio las decisiones emitidas por el Tribunal Constitucional español respecto a la utilización de la expresión “bloque de la constitucionalidad”; más que citar al conjunto de normas que por su naturaleza o estructura conforman dicho bloque, lo que ha desarrollado la Magistratura la mayoría de veces en sus sentencias, es apuntalar a la *función* que desempeñan aquellas, pues, lo que determina la *incorporación* de las normas al bloque de la constitucionalidad, no es únicamente su **i)** relevancia constitucional sino la **ii)** delimitación competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas o la regulación o armonización de las competencias de éstas, necesarias para el control de constitucionalidad por parte del máximo órgano constitucional, toda vez que así lo prescribe el artículo 28 *in fine* de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC)⁸. En resumen, podemos decir que, en un primer momento, las normas que hace referencia el artículo 28 *ibídem*, desempeñan una *función intrínseca esencial* derivada de su mismo objeto, siendo esta característica lo que determina su inclusión al bloque.

Por otro lado, el Tribunal Constitucional español a decir del autor en estudio, también, ha considerado en sus sentencias que otra *función, específicamente, extrínseca a la contenida en el artículo 28 de la LOTC*, determina la pertenencia de ciertas normas al bloque de la constitucionalidad. Aquella función emerge, en estricto sentido, en la resolución de un caso relacionado con el juicio de constitucionalidad ya sea porque ha sido interpuesta ora por un recurso ora por una cuestión de inconstitucionalidad debido a que allí se relacionan tanto las normas del artículo 28 *ibídem* y la norma acusada de inconformidad constitucional y, que

⁷ Francisco Rubio Llorente, “El Bloque de Constitucionalidad”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 9, No. 27 (1989): 10, 13, < <file:///C:/Users/Admin/Downloads/Dialnet-EIBloqueDeConstitucionalidad-79403.pdf> >

⁸España, *Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, *Boletín Oficial del Estado*, No.239, 5 de octubre de 1979. “**Artículo veintiocho.- 1.** Para apreciar la conformidad o disconformidad con la Constitución de una Ley, disposición o acto con fuerza de Ley del Estado o de las Comunidades Autónomas, el Tribunal considerará, además de los preceptos constitucionales, las Leyes que, dentro del marco constitucional, se hubieran dictado para delimitar las competencias del Estado y las diferentes Comunidades Autónomas o para regular o armonizar el ejercicio de las competencias de éstas.

además, no se circunscribe únicamente a examinar la conformidad de ciertas de normas que, no teniendo como objetivo **i)** la delimitación competencial ni **ii)** constan de forma expresa en la Constitución; su sola infracción conlleva a declarar la inconstitucionalidad de una ley. En otras palabras, esas normas cuya función es ajena o extrínseca a la descrita en el artículo 28 *ibídem*, que surgen de manera accidental –en un proceso- forman parte del bloque de la constitucionalidad y cuya inobservancia acarrea un examen de constitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional.

En síntesis, esta abigarrada locución ha sido adoptada con una diversidad terminológica tanto en la jurisprudencia comparada como en la doctrina, a saber: bloque de la constitucionalidad, bloque constitucional, bloque de constitucionalidad, bloque normativo, etc. Lo cierto es que a la hora de definir esta expresión, siempre se llega a las mismas interrogantes: **i)** cuál es su naturaleza y que rasgo lo constituye como tal; **ii)** cuál es su contenido (normas que la integran); y, **iii)** cuál es la función que desarrolla dentro del ordenamiento jurídico.

Capítulo primero

Origen de la expresión y el Consejo Constitucional francés

Esta expresión tiene su origen en la doctrina francesa –*bloc de constitutionnalité*– de mediados del siglo pasado, pues aparece por primera vez en una decisión del *Conseil Constitutionnel* francés de 1966 y se denomina al conjunto de normas que se aplican en el control previo de constitucionalidad de las leyes y los reglamentos parlamentarios⁹. Aquél se encuentra formado básicamente por las normas de la **i**) Constitución de 1958 y por la “remisión” que realiza el preámbulo de esta Constitución a: **ii**) la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789; y, **iii**) al Preámbulo de la Constitución de 1946 (declara derechos sociales en su gran mayoría).¹⁰

Para el profesor Louis Favoreu, el hecho de pensar desde la perspectiva del derecho comparado una misma expresión resultada dificultoso¹¹, toda vez que su sentido o composición morfológica puede variar dependiendo del lugar que la acoja, incluso, la extrapolación de este término a otros ordenamientos jurídicos no siempre coinciden con el uso original, muchas veces se modifica o distorsiona ora por la praxis –evolución– ora por la compleja realidad social¹².

En ese contexto, Favoreu señala que esta noción no tiene un origen jurisprudencial, al contrario ha sido más utilizada en la doctrina a partir de los estudios del “principio de constitucionalidad” para explicar los efectos de la decisión fundadora emitida por el Consejo Constitucional francés de 16 de julio de 1971 respecto a la libertad de asociación. Con todo, se refiere a los “principios y reglas de valor constitucional para designar el conjunto de normas situadas en el nivel constitucional, cuyo respeto se impone a la ley”¹³.

⁹Francisco Rubio Llorente, *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012), 108,109.

¹⁰ Rubio, “El bloque de la constitucionalidad”, 16.

¹¹ Louis Favoreu, *El bloque de la constitucionalidad*, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, No. 5 (1990): 45, <[file:///C:/Users/Admin/Downloads/Dialnet-EIBloqueDeLaConstitucionalidad-1049150%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Admin/Downloads/Dialnet-EIBloqueDeLaConstitucionalidad-1049150%20(1).pdf)>

¹² Sobre este punto, analizaremos más adelante, es decir, acerca de lo que en la teoría del derecho se conoce como los “procesos de trasplantes jurídicos” de instituciones, normas o categorías conceptuales, sobre todo en Latinoamérica; su estructura y consecuencias concentradas en modelos simples o complejos.

¹³ Favoreu, “El bloque de la constitucionalidad”, 46.

De hecho, esta noción parece encontrar su ontogenia en el *derecho administrativo*, allí se hacía referencia a un “bloque de legalidad”, tanto es así que el profesor francés Maurice Hauriou en sus estudios sobre derecho administrativo con frecuencia hacía referencia a lo que él denominaba: “bloque legal” que consistía en el conjunto de “reglas” a las cuales estaba sujeta la Administración de conformidad con el principio de legalidad, cuya jerarquía se sobreponía a las leyes, por lo tanto ambas no poseían la misma naturaleza ya que dichas reglas tenían un origen jurisprudencial que desarrollaba los principios generales del derecho. En esa misma línea de pensamiento, persistía la idea de un “bloque” que proyectaba unidad y solidez, lo que le hacía ajena a cualquier interpretación divisoria de ese conjunto de reglas y principios antes mencionado¹⁴.

Lo que realizó la doctrina francesa fue un proceso de traslación y adopción de la figura del “bloque de legalidad” -acepción de corte administrativo- al ámbito constitucional a través del principio de “supralegalidad constitucional”. El primero usado como *canon* por el Consejo de Estado francés para determinar la legalidad de los actos de la Administración – ley, reglamentos, jurisprudencia- y, el segundo, como el conjunto de principios que **i)** omitidos y **ii)** sin ningún tipo de remisión en el texto constitucional, vinculan tanto a la Norma Fundamental cuanto a las normas infraconstitucionales¹⁵. En síntesis, bajo la denominación del bloque de legalidad nace y se desarrolla el bloque de constitucionalidad, “porque parece adecuada para designar el conjunto de los principios y reglas de valor constitucional”¹⁶.

1. El bloque de la Constitucionalidad en Francia

Siguiendo la misma línea de análisis, consideramos de imperiosa necesidad profundizar un poco más acerca de la utilización del bloque de la constitucionalidad en Francia, ya que siendo la génesis de la noción –o del problema-, su estudio aportará luces para comprender su recepción en otros países y, si efectivamente guarda la misma definición o se han llevado a cabo procesos de trasplantes jurídicos en el derecho comparado que no son asimilables a su origen.

Paloma Requejo indica que, “El bloque de la constitucionalidad en Francia es resultado de una adición imperativa que realiza la actual Constitución francesa, produciéndose la absorción de contenidos dispersos en otras normas situadas en su mismo

¹⁴ *Ibíd.*, 47.

¹⁵ Requejo, “Bloque constitucional”, 25.

¹⁶ Favoreu, “El bloque de la constitucionalidad”, 47.

plano (...) por tanto, una existencia previa a la Constitución”¹⁷. Asimismo, Arturo Hoyos señala que a partir de la denominación del *bloc de légalité* en el derecho administrativo francés que permitía al *Consejo de Estado francés* designar las leyes y principios generales del derecho para controlar las actividades de la administración pública, se desarrolla la teoría de bloque de la constitucionalidad, que afín de cuentas era la mejor forma “para designar al conjunto de principios y reglas de valor constitucional”¹⁸.

Dichas afirmaciones requieren de una mayor explicación, ya que como lo mencionamos antes, si bien es cierto que esta noción ha surgido de la doctrina francesa, no es menos cierto que ha evolucionado en razón del ejercicio jurisprudencial desarrollado por el *Consejo Constitucional francés*.

En las postrimerías de los años 70, el Consejo Constitucional francés aplicaba de manera amplia las “normas de referencia”, entendiéndose estas últimas como los principios fundamentales que constaban en las leyes de la República, que parecían concebir una especie de “principios para hacer de todo”¹⁹, y que a pesar de no constar en el texto constitucional aquellas normas de referencia se encargaban de dotar de valor constitucional a otras normas o hacer de síntesis de disposiciones complementarias²⁰. En el año de 1976, el Consejo Constitucional francés utilizó de forma regular la expresión “principios de valor constitucional” para delimitar las normas que no estaban inscritas en la Norma Fundamental²¹, de suerte que, el trabajo hermenéutico de los jueces era de libre albedrío y harto manejable.

Para los años 80, el Consejo Constitucional francés empieza a restringir el uso de las categorías de normas de referencia; concretamente para el año de 1989. De hecho, las condiciones que se exigen para su existencia han sido desarrolladas de forma progresiva y en el camino, precisando su contenido; por lo tanto, el bloque de la constitucionalidad lo componían en ese momento, únicamente, la **i)** Constitución, **ii)** la Declaración, **iii)** el

¹⁷ Requejo, “Bloque constitucional”, 26.

¹⁸ Arturo Hoyos, *La interpretación constitucional*, (Bogotá: Grupo Editorial IBÁÑEZ, 2012), 133-34.

¹⁹ Favoreu, “El bloque de la constitucionalidad”, 48

²⁰ *Ibíd.*

²¹ *Ibíd.*

Preámbulo y iv) las leyes de la República, siempre y cuando sean portadoras de principios fundamentales²².

A pesar de los persistentes cambios, el contenido del bloque de la constitucionalidad en Francia, siguiendo los estudios de Favoreu, a breves rasgos queda de la siguiente manera: El autor divide su contenido en elementos principales y marginales.

a) Los elementos principales son:

1. Las disposiciones de la Constitución de 1958. Dichas normas constitucionales se erigen como la mayor parte del bloque, siendo las más aplicadas por el Consejo Constitucional francés en auxilio de los correspondientes recursos de inconstitucionalidad. De hecho, constituyeron el 60% de las decisiones de inconstitucionalidad proferidas por el Consejo Constitucional. Esas normas invocadas se referían básicamente a la posición y atribuciones de los poderes públicos, así como, algunos derechos fundamentales²³.

2. En cuanto a la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789²⁴, es interesante observar que era la primera vez que una norma considerada del bloque de la constitucionalidad se erigía como “norma de referencia” para el enjuiciamiento de una ley –decisión de 27 de diciembre de 1973-, toda vez que el Presidente del Senado invocó el artículo 6 de la Declaración de los derechos del hombre para desestimar la ley de finanzas del año de 1974 y, el Consejo Constitucional le dio la razón, pues, resolvió que esa norma infraconstitucional transgredía las disposiciones de la Declaración, en consecuencia, la invalidó²⁵. Entre los años de 1973 y 1989 de produjeron 58 sentencias del Consejo Constitucional aplicando la Declaración, esta última tiene 17 artículos, todos ellos aplicables.

3. Respecto al Preámbulo de 1946, sus disposiciones fueron aplicadas por el Consejo Constitucional, por primera vez el 15 de enero de 1975, a pesar de que su incorporación al bloque se lo realizó mediante decisión de 16 de julio de 1971; no obstante, de ser una declaración que contiene en su mayoría derechos económicos y sociales que completa la Declaración de 1789 que contiene los derechos políticos y civiles –declaración de derechos de la primera generación-; se ha discutido si todas aquellas disposiciones que integra el

²²Georges Vedel, “La place de la Déclaration de 1789 dans le bloc de constitutionnalité”, en *la Declaration des droits de l’homme et du citoyen et la jurisprudence*, (PUF, 1989), 52, citado por Louis Favoreu, *ibid.*, “El bloque de la constitucionalidad”, 49.

²³ *Ibid.*, 50

²⁴ *Ibid.*, 51

²⁵ *Ibid.*, 50-1

Preámbulo tienen valor jurídico positivo, sin que el Consejo Constitucional hasta el momento haya realizado ninguna distinción, considerándose a todas ellas de aplicación directa²⁶.

b) Los elementos marginales son:

4. Como un cuarto componente del bloque de constitucionalidad francés, son los *principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República*, elemento que en realidad –y según Favoreu- es *marginal*, ya que cuantitativamente no representan una mayoría en el bloque, apenas un 3.7% de las normas constitucionales invocadas ante el Consejo Constitucional y el fundamento de solo el 4% de las sentencias de anulación²⁷.

Existía a finales de los años setenta, una tendencia a considerar que las *normas de referencia* utilizadas por el Consejo Constitucional eran identificables con los principios fundamentales reconocidos por la leyes de la República, estos últimos de por sí ambiguos, creyéndose que fueron extraídos sin fundamento en el texto constitucional por parte del juez constitucional, situación que provocó que poco a poco se restringa su uso para alegar que un texto era contrario a la Constitución²⁸.

No por ello debemos dejar de mencionar cuáles eran esos principios que, tal como lo señala Arturo Hoyos:

Se debe tratar de principios contenidos en la “legislación republicana” aprobada “antes de la entrada en vigor del Preámbulo de 1946” (27 de octubre) y no debe haber ninguna excepción a la tradición instaurada al tenor de las diversas leyes aprobadas, ya que si una sola ley se desviara de dicha tradición no podría contemplarse como generadora de un principio fundamental que integra parte del bloque constitucional²⁹.

En todo caso, se han admitido y aplicado como normas constitucionales por parte del Consejo Constitucional, los siguientes principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República: la libertad de asociación, los derechos de defensa, la libertad individual, la libertad de enseñanza, libertad de conciencia, la independencia de la jurisdicción administrativa, la independencia de los profesores de universidad, la competencia exclusiva de la jurisdicción administrativa en materia de anulación de actos de la autoridad pública, la autoridad judicial guardián de la propiedad privada.

²⁶ *Ibíd.*, 51-2.

²⁷ *Ibíd.*, 52-3.

²⁸ *Ibíd.*

²⁹ Hoyos, “Interpretación constitucional”, 135.

5. Por otro lado, es importante mencionar otro elemento que forma parte del bloque de constitucionalidad francés que por el paso del tiempo no fue analizado por Favoreu y es la *Carta del Medio Ambiente*, aprobada mediante ley constitucional del 28 de febrero de 2005; texto que integra los derechos de tercera generación a la Constitución de 1958. Su objetivo principal es la prevención y reparación de los daños al medio ambiente, así como su conservación para las futuras generaciones y el *principio de precaución* en relación a la actividad científica³⁰.

El principio mencionado en el párrafo final *in fine* causó un revuelo mediático en Francia debido a su posible impacto en el desarrollo científico, el peligro que podría representar a las libertades públicas y el avance científico, sobre todo, porque la ley constitucional era un poco ambigua y no incluía el régimen de restricciones que pudieran ser deseables.

El corolario de estos antecedentes sugiere ciertas características con evidencia meridiana: **i)** que las normas que comprende el bloque de la constitucionalidad francés hacen una reminiscencia al pasado, pues, incardina normas producidas en contextos sociales distintos a la realidad constitucional actual, les dota de vigencia y obligatoriedad en el cumplimiento, so pena de ser declarada su inconstitucionalidad y, por tanto, la invalidación de la norma jurídica acusada de incoherencia con la Norma Fundamental; **ii)** para compatibilizar tal accionar, el ejercicio interpretativo del juez es preponderante y esencial, en consecuencia, el Consejo Constitucional francés se ha encargado de coordinar e incorporar progresivamente esta normas, dotándoles de valor jurídico positivo; **iii)** el *leitmotiv* del bloque constitucional francés es la incorporación de derechos y libertades fundamentales que tuvieron valor constitucional y son incorporadas por el ejercicio jurisprudencial, lo que le proporciona un plus de unidad y jerarquía al plano constitucional; y, **iv)** las normas del bloque constitucional se convierten en “normas de referencia” para el control previo de constitucionalidad de leyes orgánicas, proposiciones de ley y reglamentos, de conformidad con el artículo 61 de la Constitución de Francia.

³⁰ Laura Ospina Mejía, “Breve aproximación al ‘Bloque de Constitucionalidad’ en Francia”, *Elementos de Juicio. Revista de Temas Constitucionales*, No. 2 (2006): 192, <<https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/elementos-de-juicio/article/view/10252/9336>>.

Finalmente, concordamos con Paloma Requejo, en el sentido de que el bloque de la constitucionalidad francés dejó un legado como *categoría procesal* que fue adoptada por otros ordenamientos jurídicos, tales como el español, manifestando que “quizá sea en Francia donde una construcción de este tipo ha conseguido un mayor arraigo. Ello sirvió para que se produjera su traslación terminológica y conceptual como categoría procesal a otros ordenamientos (...)”³¹.

2. La recepción del instituto en España

La puesta en escena del término ha estado acompañada de una serie de altibajos, pues, debido a su origen jurisprudencial que tal como lo menciona el profesor Rubio Llorente, posiblemente tiene su origen en una sentencia del Tribunal Constitucional del año de 1982 (STC 10/1982), su uso **i)** no fue permanente **ii)** ni tampoco se refería a la misma realidad, era un variopinto de hechos que carecían de analogía³²; no obstante, aclara que para definir su contenido, más que por el ámbito de la *normatividad*, es decir, el conjunto de normas que contiene el bloque, se lo debe analizar en razón de la *función* que desempeñan³³.

De igual forma, el mismo autor indica que aquella expresión *–bloc de constitutionnalité–* se aplica a una realidad *toto coelo* en España, pues, a su entender, el problema medular que configura dicha noción francesa, no se manifiesta por el hecho de **i)** la incorporación a ella de leyes tanto ordinarias cuanto orgánicas, sino **ii)** por el escollo de saber cuáles son exactamente las normas constitucionales que la integran. Esto guarda su lógica, toda vez que el *Conseil Constitutionnel* resolvió incluir como parte de la Constitución de 1958 al “Preámbulo”, y éste de forma escueta, en pocas líneas, remite a otros dos textos constitucionales, tanto a la Declaración de 1789 de los Derechos del Hombre cuanto al Preámbulo de la Constitución de 1946, incluso, éste último, alude a los “Principios fundamentales de la República”. Todos los textos citados, también, son usados como parámetro de constitucionalidad de la ley, tal como lo señalamos *ut supra*.

Lo dicho en el párrafo anterior y siguiendo al profesor Llorente, tiene sus matices, ya que aquellos textos responden a condiciones históricas distintas, que provocan contradicciones y confusiones al momento de realizar el control de constitucionalidad, siendo en Francia el problema central, no la “interpretación constitucional” como en la mayoría de

³¹ Requejo, “Bloque constitucional”, 25.

³² Rubio, “El bloque de constitucionalidad”, 10.

³³ *Ibíd.*

estados constitucionales, amén de ser uno de los problemas centrales del Derecho Constitucional, sino la determinación de las normas aplicables al examen de constitucionalidad; en consecuencia, tal y como se encuentra definida y usada la expresión *bloc de constitutionnalité* en Francia, la cual no puntualiza una “categoría” sino que enuncia un problema, entonces, es inexplicable como España tomó esa idea que no guarda relación con su realidad, pues, en esta última, al menos se identifican las normas que componen el bloque de la constitucionalidad en razón de la *función* que desempeñan, esto es, la limitación de competencias entre Estado y Comunidades Autónomas³⁴. El autor concluye que España lo único que ha hecho es receptar de la literatura jurídica francesa y de manera literal, el término *bloc de constitutionnalité*.

Finalmente, Rubio Llorente sostiene que las dos posturas que han sido acogidas por una pléyade de entendidos en la materia respecto al contenido y significado de bloque de la constitucionalidad en España, incluso, de forma radical, sin fundamentar su elección, son en razón de la *función* que realizan aquellas normas que pretenden formar el bloque, ya sea como **i) función intrínseca** propia del objeto de la norma, es decir, lo contenido en el artículo 28 *in fine* de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional que prescribe la limitación de competencias cuanto **ii) una función extrínseca accidental** generada dentro de un proceso que enjuicia la constitucionalidad de una norma³⁵.

En esa línea, lo mencionado en los párrafos anteriores no es garantía de un criterio absoluto respecto a la noción de este instituto; por ejemplo, Antonio Cabo de la Vega, desconfía en que se pueda hablar de un solo concepto del bloque de la constitucionalidad y se aproxima a cuatro definiciones, sin detenerse a profundizar en el aspecto terminológico sino que hace hincapié en la parte conceptual y funcional³⁶.

En una primera acepción describe al bloque como **i) normas interpuestas**, es decir, aquellas normas que no constanding en el texto constitucional sirven de parámetro para el examen de constitucionalidad de otras normas del ordenamiento jurídico, v.gr., las leyes que delegan al gobierno la posibilidad de elaborar decretos legislativos; los reglamentos de las

³⁴ *Ibíd.*, 18-9.

³⁵ *Ibíd.*, 13.

³⁶ Antonio de Cabo de la Vega, “Nota sobre el Bloque de constitucionalidad”, en *Revista Jueces para la democracia*, No. 24 (1994). < <file:///C:/Users/Admin/Downloads/Dialnet-NotaSobreElBloqueDeLaConstitucionalidad-2552692.pdf> >

Cámaras cuya inobservancia acarrea la inconstitucionalidad de otras leyes; “posiblemente” algunos tratados relativos a derechos y libertades; Estatutos de Autonomía; leyes orgánicas y normas que determinen el vicio de incompetencia. Lo que rescata el autor es el carácter *funcional* de estas normas que se interponen para resolver la constitucionalidad de otras; en otras palabras es el *para qué* sirven³⁷.

Otro concepto pergeñado por parte del autor citado en el párrafo anterior es **ii)** la insuficiencia de la Constitución en *sentido formal* para abarcar toda la materia constitucional, de ahí la razón de existencia de un bloque de constitucionalidad que lo aproxima, más bien, a una Constitución en sentido *material*³⁸. Aquí se pueden analizar dos situaciones: **a)** Constituciones que se remiten a otros textos normativos a los cuales los califica de constitucionales o que por decisión judicial así se lo determina —ejercicio hermenéutico de los jueces—, como es el caso francés y, **b)** Constituciones que no atienden ciertas materias esencialmente constitucionales, sin pronunciarse respecto de aquellas e inclusive direccionando su desarrollo a la legislación ulterior, v.gr., las leyes orgánicas españolas que distribuyen competencias o los Estatutos de Autonomía. Mejor dicho, esta última definición contiene *cráterios materiales* que ha decir de algunos doctrinarios no justifican para construir una dogmática del bloque de constitucionalidad, toda vez que el mismo ordenamiento jurídico está edificado sobre la base de criterios formales, los cuales ayudan a identificar la jerarquía de las diferentes normas que la conforman y, sin que este particular corrobore a explicar la pertenencia de aquellas normas “materialmente constitucionales” al bloque de constitucionalidad³⁹.

³⁷ *Ibíd.*, 59.

³⁸ “Una primera visualización del concepto de Constitución, desde un *sentido formal*, puede estimarla como aquel conjunto de normas jurídicas de superior jerarquía, denominadas como tal, dentro de un orden jurídico determinado las cuales someten, en primera instancia, al poder legislativo y con él a todos aquellos poderes u órganos constituidos para la creación del derecho, sea por el mecanismo de la repetición o de la decisión (...) las Constituciones contemporáneas o Constituciones postbélicas, que se vertieron del nuevo paradigma del Estado Constitucional, tomaron esa nueva percepción, la cual significaría la vinculación de normas por su naturaleza misma y no por experiencias meramente formales (...) el concepto de Constitución gira en torno a los dos sentidos antes referenciados: **el formal** referido al texto jurídico que comprende el articulado permanente y transitorio de cambio institucional, y **el material**, el cual se separa de la Constitución en *stricto sensu* y añade a ésta toda disposición de carácter normativo fundamental, que sea necesaria tener en cuenta para emitir juicios de constitucionalidad frente a las demás normas que se encuentran dentro del ordenamiento jurídico”(El subrayado es nuestro). Al respecto, véase a Edgar Hernán Fuentes Contreras, *Materialidad de la Constitución. La Doctrina del bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional*, (Bogotá: Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano y Grupo Editorial IBÁÑEZ, 2010), 29-31.

³⁹ De Cabo de la Vega, “Nota sobre el bloque”, 59.

Por lo demás, el autor en estudio sostiene que la elaboración de este concepto más que funcional es dogmático, con un elemento eminentemente sustancial, que es lo que distingue a sus normas y cuya particularidad determina su oposición a ser derogadas o a ser parámetro de constitucionalidad.

Haremos un lapso en el estudio de conceptos elaborado por Antonio De Cabo. Lo dicho en el anterior párrafo tiene una discusión doctrinaria interesante, que a pesar de no ser materia principal de este trabajo, no por eso dejaremos de nombrarlo, esto es, que la existencia de Constituciones en sentido material manifiestan dos problemas: **i)** la jerarquización normativa y **ii)** la codificación. Las constituciones posteriores a la Revolución Francesa se caracterizaron por responder a la “codificación”, entendiéndose que las normas constitucionales debían permanecer en un solo cuerpo normativo para que exista unidad, jerarquía, límites al poder y, por supuesto, seguridad jurídica; empero, ¿qué pasaba con las normas que no estaban reconocidas en la Norma Fundamental, en lo que Edgar Fuentes llama: “en el articulado permanente y transitorio del texto constitucional?”; las interrogantes se generaban en el siguiente sentido: **i)** ¿Qué criterios se usan para determinar el carácter constitucional de una norma? **ii)** ¿Qué jerarquía o ubicación tienen en el ordenamiento jurídico las norma materialmente constitucionales? Las respuestas varían, ya que pueden ser consideradas al mismo nivel que las normas constitucionales formalmente establecidas; pueden estar en otro sitio del escalón normativo o en un lugar intermedio entre la Constitución y la ley. De todas formas, para tener una respuesta más sustentada, podemos indagar en el estudio de los dos modelos clásicos del constitucionalismo: **i)** modelo europeo continental y **ii)** modelo del constitucionalismo angloamericano⁴⁰.

De esta forma, retomando el análisis de conceptos del profesor Antonio De Cabo, una tercera definición **iii)** se la puede entender a partir de la impugnación de una norma constitucional, en cuyo caso se activa un grupo bien delimitado de normas, observando que no se trata de un conjunto de normas contenidas en un bloque de manera general sino que el hecho de la impugnación genera automáticamente la revisión de diferentes supuestos o contextos constitucionales agrupados en un bloque –*su bloque*–, para enjuiciar la constitucionalidad de una norma y determinar su validez.⁴¹

⁴⁰ Fuentes, “Materialidad de la Constitución”, 30-3.

⁴¹ De Cabo de la Vega, “Nota sobre el bloque”, 59.

Finalmente, **iv)** de la complejidad de la Constitución española, resulta de imperiosa necesidad la presencia de un bloque de constitucionalidad para fijar normas de referencia relativas a delimitar la distribución de competencias entre Estado y Comunidades Autónomas⁴².

Por otro lado, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español en un afán de identificar bloque y parámetro, ha ingresado con la misma incertidumbre en el plano *conceptual*, haciendo hincapié de la vertiente procesal del bloque heredada de la doctrina francesa, definiendo en las SSTC 10/82, FJ 2°; 72/83, FJ 1°; 29/86, FJ 2°; 183/88, FJ 3° y 227/88, FJ 13°: “como las normas que, sin necesidad de declarar su pertenencia a este grupo normativo, son empleadas por el Tribunal Constitucional para resolver los conflictos de los que conoce...”⁴³, ergo aclara la función del bloque como parámetro de control de la constitucionalidad de las normas vinculadas con la delimitación competencial entre Estado y las Comunidades Autónomas dentro de los procesos que se generen por conflictos de competencia –SSTC 49/84, FJ 2°; 88/89, FJ 2°; 37/92, FJ 2° y 146/92, FJ 2°-; no obstante, esa característica se pierde al momento de resolver otros procesos, tales como: el de inconstitucionalidad de normas y el amparo⁴⁴.

Ahora bien, según observamos el bloque de la constitucionalidad es una suerte de combinación *bloque-competencia*, en otras palabras, el Órgano Constitucional español usa las normas infraconstitucionales –interpuestas- que delimitan competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, que a pesar de ser ajenas o no contar en el texto constitucional, tienen la consideración jurisprudencial de estar fundadas en aquél e integran un bloque; por lo tanto, al existir un conflicto de competencias activado tanto vía recurso cuanto incidente procesal, son usadas como parámetro de constitucionalidad, concluyendo que su sola configuración conlleva, también, una *función* procesal; en consecuencia, la norma positiva donde descansa tal supuesto, es el artículo 28.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional que extiende a otras normas el ejercicio de delimitación y armonización de competencias entre el Estado y las Comunidades⁴⁵.

⁴² *Ibíd.*, 60.

⁴³ Requejo, “Bloque constitucional”, 30.

⁴⁴ *Ibíd.*

⁴⁵ *Ibíd.*, 31.

Lo dicho en el párrafo anterior, ha generado cierta resistencia, pues, según Requejo el artículo 28 de la LOTC es insuficiente para justificar tales propósitos del bloque de la constitucionalidad, ya que es “una norma inútil y distorsionadora que no hace sino introducir confusión sobre la identidad, contenido y funciones que las normas del bloque desempeñan, al no especificar cuales (sic) son las disposiciones a las que alude y prescindir de su actuación en los conflictos de competencias”⁴⁶.

En esa línea de pensamiento, el Tribunal Constitucional español en el desarrollo de su jurisprudencia, al mantener la idea del bloque como *función procesal*, da cuenta de que tiene que ir sucesivamente ampliando el conjunto de las normas que lo integran e indica que no son exclusivas del bloque las normas que únicamente “delimitan competencias” y están establecidas dentro del artículo 28.1 de la LOTC sino otras que no teniendo vinculación con la cuestión, esto es, la *delimitación competencial* y, sin aparecer prescritas en la misma norma *ibídem*, pueden servir como canon de enjuiciamiento constitucional, ya que su inobservancia puede acarrear “vicios de inconstitucionalidad”, v.gr., las leyes orgánicas y los Reglamentos parlamentarios, a pesar de ni siquiera ser mencionadas en los dos numerales del artículo 28 de la LOTC; así lo han señalado los jueces constitucionales en las sentencias: STC 88/89, FJ 2°, SSTC 67/85, FJ 1°, STC 99/87, FJ 1°, respectivamente⁴⁷.

Por lo expuesto en los párrafos anteriores, se puede advertir lo siguiente: **i)** el aumentar normas al bloque que no guarden relación con el propósito del mismo ni con el objeto de la remisión, específicamente, por la interpretación que ha realizado el Tribunal Constitucional del artículo 28.2 de la LOTC, tal como lo hemos visto, hace que su significado original pierda sentido, ya que la vía usada para “estandarizar”, por así decirlo, las normas integrantes del bloque, genera un efecto contrario al originalmente propuesto, porque simplemente no tienen el mismo propósito, identidad, origen y tipo de remisión. Dicho de otra manera, no se puede aglutinar bajo una misma denominación, normas que no tengan correlación o igual alineación conceptual. Asimismo, **ii)** se pierde la rigidez del texto constitucional, es decir, se vacía de contenido a la Norma Fundamental, toda vez que la misma es interpretada según las normas que se vayan incluyendo en el bloque de la constitucionalidad.

⁴⁶ *Ibíd.*

⁴⁷ *Ibíd.*, 32.

En definitiva, la doctrina española aupada por los juristas antes mencionados, al parecer proyecta su aporte a un razonamiento tautológico, relacionado a la *función* que realiza este instituto; sin embargo, como lo veremos en su momento, en otros países el bloque ha presentado formas distintas de recepción al caso español o francés, ya que acoplaron estos conceptos a sus realidades político- sociales, desarrollando una epistemología propia, enfocada en gran medida al sistema de protección de los derechos humanos, siendo ajena – adelantando criterio- al origen de este instituto, v.gr., Colombia, Perú, Argentina, Chile, Ecuador.

2.1. La imprecisión del término y la dualidad de criterios

Nos parece pertinente seguir el siguiente análisis de Paloma Requejo, no solo por lo didáctico de su propuesta sino por la rigurosidad académica con la que propone comprender el bloque de la constitucionalidad y el bloque constitucional.

Lo que la autora nos dice es que estos dos conjuntos normativos señalados en el párrafo anterior *in fine*, conceptual y normativamente son autónomos, a pesar de existir en un primer momento una idea de “falsa unidad”, ya que es fácil –sin profundizar en su estudio- encasillar al bloque de la constitucionalidad como una función de “parámetro” para el enjuiciamiento de constitucionalidad, prensando en un mismo conjunto a normas que tienen poca afinidad; empero, si se desea hacer del bloque de la constitucionalidad una *categoría operativa*, es indispensable analizar con detenimiento desde el elemento de la *función*, el verdadero alcance de sus roles tanto **i)** extrínseco cuanto **ii)** intrínseco, toda vez que aquellas disposiciones que integran el mencionado bloque no siempre cumplen el mismo cometido procesal, pueden actuar unas veces como *parámetro potestativo*, otras como *parámetro necesario*, pero en ningún caso realizar la misma función. Es por esta razón, que la autora insiste en diferenciar desde el componente de la función, dos categorías normativas: **i)** el bloque constitucional y **ii)** el bloque de la constitucionalidad⁴⁸.

2.1.1. El bloque constitucional

Partimos de la idea de que las Constituciones en general son textos normativos con una *apertura política* sustancial –indeterminación de las normas-, lo que podría significar la imposibilidad de definir los principios estructurales que describen un sistema jurídico. Aquella *omisión constitucional* obtiene como respuesta una acción de perfeccionamiento o

⁴⁸ *Ibíd.*, 36.

consumación a través de otras disposiciones a las cuales el propio texto constitucional “remite” para que realicen una función de cierre político.

Ahora bien, aquellos aspectos fundamentales no siempre son descritos dentro del contenido de la Norma Fundamental o al menos no tiene por qué ser así, esta puede “remitir” a otras disposiciones normativas –infraconstitucionales- la facultad de determinar cuáles son esos principios estructurales.

De igual forma, si la Constitución elige un principio y no le dota de contenido por una simple omisión, existe la posibilidad de que las normas del bloque constitucional sirvan de cierre –complete- ante una norma constitucional incompleta; caso contrario, nos privaríamos de conocer el alcance de la estructura del ordenamiento⁴⁹.

En otras palabras, aquellas normas que componen el *bloque constitucional* parten de un supuesto incomodo: “la apertura política de la Norma Suprema” y el remedio para cerrar dicha apertura es la “remisión constitucional”, a través de las normas que componen el bloque constitucional, cuyo objetivo, principalmente, es definir la **i**) estructura del sistema o **ii**) el contenido de una estructura ya fijada con anterioridad por la Constitución.

En esa línea de pensamiento, la remisión viene a cumplir un papel “funcional” de cierre a la apertura constitucional y, puede darse por dos vías: **a**) remisiones explícitas o **b**) remisiones implícitas. Las primeras divididas en **a.1) imperativas**, cuando la remisión se proyecta a normas creadas con anterioridad a la que le habilita y su contenido ya se encuentra aceptado y preestablecido; y, **a.2) contingentes**, se da en el caso de un reenvío pro futuro – ulterior-, entonces, surge la contingencia de dotar de contenido a esas normas beneficiarias del reenvío, inclusive, estas tendrían una mayor libertad de interpretación en lo que corresponda a su contenido.

En cuanto a las segundas, para determinar la estructura del ordenamiento, se deja en manos de los órganos intérpretes de la Constitución –Tribunal Constitucional- , quienes no solo desarrollan una función creadora al seleccionar una norma constitucional que delimita la estructura del sistema jurídico sino que elaboran, de igual forma, criterios para comprender el sentido y eficacia de la norma elegida, llegando a ser fuente normativa del bloque constitucional.

⁴⁹ *Ibíd.*, 37

En síntesis, el *leitmotiv* del asunto es la *función constitucional* que realizan estas remisiones, a saber: “conferir validez al sistema en su conjunto estructural”⁵⁰, lo que en definitiva determinaría la naturaleza de las normas del bloque constitucional; más allá de que exista una categoría doctrinal que lo defina o la jerarquía de las normas o la naturaleza de la remisión. Por ejemplo, en España aplicaría a su compleja estructura descentralizada del ordenamiento jurídico -organización territorial, competencias, subsistemas de producción jurídica, etc.-, siendo necesaria la presencia del *bloque constitucional* para materializar la Constitución y las decisiones políticas que de ella derivan.

2.1.2. El bloque de la constitucionalidad

En cuanto al bloque de la constitucionalidad, es un conjunto normativo que tiene relación con las remisiones que sirven para concretar materialmente lo que la Norma Fundamental ya estableció con anterioridad. Si miramos detenidamente, el bloque de la constitucionalidad no se erige como una norma que busca reconocer la estructura del ordenamiento jurídico, al contrario, lo que hace es describir o identificar al sistema, es decir, sus fuentes, el ámbito de aplicación y el tiempo de validez, así como, los criterios de interpretación que deben conducir su interpretación. En otras palabras, la Norma Fundamental permite la existencia de otras normas que fluyen de manera transversal por el sistema que la misma previó y rellenan la estructura creada por el bloque constitucional⁵¹.

Siguiendo esa línea, se puede observar que el bloque de la constitucionalidad, ya tiene **i)** definido el ámbito de aplicación, el contenido, posición en el ordenamiento y el régimen normativo; **ii)** no innova en la estructura del sistema; **iii)** realiza función de cierre debido a la abstracción de la norma constitucional; **iv)** establece condiciones de validez de otras normas del ordenamiento jurídico, una vez que se conoce la estructura del ordenamiento; y, **v)** se trata de un concepto procesal usado por el Tribunal Constitucional como canon de enjuiciamiento para determinar la constitucionalidad de una norma.

Lo dicho, no escapa al siguiente problema: ¿La Constitución termina siendo interpretada por las normas del bloque de la constitucionalidad? ¿Se pone en sospecha la apertura de la Constitución que manda a complementar sus normas o ahora aquellas normas del bloque de la constitucionalidad sirven para completar? Inevitablemente puede

⁵⁰ *Ibíd.*, 39.

⁵¹ *Ibíd.*, 42.

configurarse una pluralidad de fuentes y son muchos los beneficiarios de estos reenvíos; la respuesta sería el orden, desarrollando e implementando los principios de jerarquía, competencia o reserva para evitar conflictos -vista así la norma- futuros⁵².

TABLA 1
Diferenciación de “bloques” en España

Bloque constitucional	Bloque de la Constitucionalidad
<ul style="list-style-type: none"> • Normas objeto de “remisiones constitucionales” que tienen por finalidad determinar y conocer la estructura del sistema jurídico. • Realizan una función existencial que otorga validez al sistema jurídico global. • Parten de una omisión constitucional que no desarrolló los elementos fundamentales de su sistema, lo cual limita conocer de forma clara su organización y funcionamiento –la forma del Estado-. • Opera en los problemas que surjan de la descentralización del Estado español –organización territorial del poder- para fijar los sujetos, mecanismos y contenidos de la creación normativa de los subsistemas jurídicos al interior del ordenamiento jurídico. • Para afirmar si se encuentran en un sistema descentralizado se acude al bloque constitucional, el cual materializa la Constitución y, por tanto, la decisión política implícita en su texto. • Puede actuar como parámetro de control de constitucionalidad en conflictos de competencia. 	<ul style="list-style-type: none"> • Normas que tienen determinada su posición, jerarquía y contenido en el ordenamiento jurídico. • No realizan innovaciones en la estructura del ordenamiento, pues, esto ya fue realizado por el bloque constitucional. • Función de cierre debido a la abstracción constitucional, complementando la norma indeterminada. • Concepto procesal usado por el Tribunal Constitucional como parámetro de control de constitucionalidad –resolver conflictos internormativos-, dentro de procesos de constitucionalidad.

3. La presencia del bloque de la constitucionalidad en América Latina

El constitucionalismo se ha renovado, toda vez que afrontamos una evolución del constitucionalismo clásico al constitucionalismo post- bélico. Si aquel se forjó en mayor medida en la Revolución Francesa con el objetivo de garantizar las libertades frente al

⁵²Ibíd., 42-3.

ejercicio del poder, el actual busca instaurar una nueva teoría del derecho y, además, construir una nueva cultura jurídica en los modernos Estados Constitucionales de Derecho.

De hecho, Latinoamérica inmersa –con creces- en el positivismo jurídico europeo reconstruido por Kelsen que caló hondo en la forma de hacer derecho en la región; así como, en la formación propia de estudiantes, abogados y juristas, se vio eclipsada por la llegada de instrumentos propios del constitucionalismo moderno que, arribaron precisamente de la mano de agentes extraños al gobierno –académicos, juristas, multinacionales, etc.-. Un ejemplo claro, es el caso de Colombia⁵³ y su evolución en materia constitucional que como veremos más adelante tuvo un proceso sistemático de cambio a partir de la promulgación de la Constitución de 1991, dando importancia a los métodos de interpretación y argumentación, corrientes de pensamiento jurídico de vanguardia, un mayor activismo judicial, manejo de principios e instituciones innovadoras de protección de los derechos fundamentales, etc. De ahí que, inclusive, el Ecuador sucumbió ante esta llamativa evolución, toda vez que nuestra legislación acogió ciertas instituciones del derecho constitucional colombiano y del sistema interamericano de derechos humanos, v.gr., la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional es un claro ejemplo de los fenómenos de recepción de otros sistemas constitucionales⁵⁴.

⁵³ *“El nuevo énfasis en la teoría de la interpretación y de la argumentación jurídica parecía servir como mecanismo general de inoculación contra los excesos de ese formalismo dominante (...) el enfoque hermenéutico estaba ligado a una nueva concepción de las instituciones político- constitucionales en las que se prestaba fuerte atención a la determinación judicial de reglas o hechos – una “teoría judicialista del derecho”, si se quiere- que resultó ser muy interesante para personas que, como yo, queríamos emprender un asalto a las bases teóricas de una conciencia legal formalista y legocéntrica (que bautizaré “clasicismo jurídico”) que desvaloriza el papel del intérprete en la creación del derecho mediante el mito de la sabiduría del legislador (...) la nueva teoría del derecho era fundamental como “manual de uso” para el trasplante de una nueva generación de constituciones propias de la segunda post-guerra que afirmaban su poder normativo directo por encima del principio clásico francés de soberanía legislativa y su corolario de respeto estricto a la ley (...) En el nuevo lenguaje constitucional, los conceptos jurídicos indeterminados pasaron pronto a ser considerados como “principios jurídicos”, para terminar finalmente, siendo positivizados en la nueva forma de “derechos fundamentales”. El derecho latinoamericano recibió así, quizá por primera vez, una estructura “en dos pisos” en la que resultaba posible hablar genuinamente de la existencia de una “lex superior” y, por tanto, de una amplia ontología jurídica en la que se distinguía claramente entre “principios” y “reglas”. En tal sentido, véase a Eduardo López Medina, “¿Por qué hablar de una “Teoría Impura del Derecho” para América Latina?, en Daniel Bonilla Maldonado, edit., *Teoría del derecho y trasplantes jurídicos*, (Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad de los Andes- Instituto Pensar, 2009), 42-50.*

⁵⁴ *“En primer lugar, el sistema interamericano de derechos humanos ejerció una influencia decisiva en el contenido de la mencionada ley (...) este sistema fue determinante en la estructuración de sus artículos 18, 26, 27, 28, 11 y 123, que se refieren al contenido de la reparación integral y a las medidas cautelares autónomas (...) Pero no solo fue determinante el sistema interamericano de derechos humanos en la estructuración de la ley. La experiencia constitucional de otros países de la región lo fue aún más. El caso*

Siguiendo esa línea de pensamiento, Latinoamérica ha sido el caldo de cultivo para una transformación de sus sistemas judiciales a través de procesos de recepción de instituciones del derecho foráneo⁵⁵; así como, en lo que en la doctrina se conoce como “trasplantes jurídicos”, tanto porque fenómenos como la globalización o integración regional lo exigen cuanto porque encontrar cada vez más sistemas jurídicos aislados se convierte en una excepción. Al respecto, Daniel Bonilla, manifiesta lo siguiente:

...desde la segunda mitad del siglo XX, Latinoamérica ha trasplantado, por un lado, un conjunto de normas e instituciones económicas y jurídicas que buscan promover principios liberales clásicos con el objetivo de fortalecer el Estado de derecho y la economía de mercado en la región; y por el otro, un paquete de normas e instituciones que buscan transformar los sistemas judiciales de los Estados de esta zona del continente, siguiendo el modelo estadounidense, así como un conjunto importante de categorías conceptuales articuladas por la filosofía del derecho y la teoría política anglosajonas con el fin de reconstruir o reinterpretar su derecho constitucional⁵⁶.

La doctrina del bloque de constitucionalidad no ha sido ajena a aquella circunstancia, al ser incorporada expresa o tácitamente en los distintos ordenamientos jurídicos de Latinoamérica, acompañada sobre todo de ejercicios hermenéuticos jurisprudenciales de las altas cortes y su recepción se apega a las distintas realidades socio-políticas de los países que se sirven de esta herramienta. Para entender este *fenómeno* de los “trasplantes jurídicos” en nuestro continente, sobre todo en Sudamérica, en lo relacionado con la institución del bloque de constitucionalidad, es menester referirnos brevemente a lo que en la doctrina se ha estudiado de aquella, con el fin de describir su impacto en nuestros sistemas jurídicos.

3.1. Trasplantes jurídicos y su reflejo en el bloque de constitucionalidad latinoamericano.-

Siguiendo esta línea de análisis, el profesor Daniel Bonilla Maldonado, parte de una premisa esencial: casi ningún ordenamiento jurídico que se jacte de tal, se encuentra

emblemático es Colombia, que ejerció una influencia decisiva (...) Así por ejemplo (...) en materias como la distribución de competencias en primera y segunda instancia (art.7, LOGJCC), el sistema de selección de sentencias por la Corte Constitucional (art. 25, LOGJCC), la no subsidiaridad de la acción de protección (art. 40), y la procedencia de la acción de protección frente a particulares en las hipótesis de relación de subordinación o indefensión (art.61)...”: Al respecto, véase a Claudia Escobar García, *Transconstitucionalismo y diálogo jurídico*, (Quito: Corte Constitucional del Ecuador para el período de transición y CEDEC, 2011), 59-67.

⁵⁵ Véase, en tal sentido, a Daniel Bonilla Maldonado, “Teoría del derecho y trasplantes jurídicos: la estructura del debate”, en Daniel Bonilla., edit., *Teoría del derecho y trasplantes jurídicos*”, (Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana- Instituto Pensar, 2009).

⁵⁶ *Ibíd.*, 13-4.

totalmente aislado; al contrario, todos o casi todos, han sido producto del diálogo, cambio, imposición, choque, resistencia, de las normas, instituciones o conceptos que estructuran sus sistemas jurídicos⁵⁷. Es de esta manera que el derecho se ha construido o transformado a través de los tiempos. Ejemplos, existen muchos, el Cristianismo con su doctrina evangelizadora, los procesos de colonización, la globalización, la integración regional, la guerra –invasiones-, etc.

Otro ejemplo que vale la pena mencionar, por su parentesco ideológico, cercanía territorial y habida cuenta que partimos del mismo tronco común, esto es, el sistema romano-germánico, próxima a nuestra realidad –Ecuador-, es la importación de la “doctrina legal probable” desde el derecho español al sistema jurídico colombiano dentro de un periodo de la historia que López Medina lo ha denominado como “La Regeneración”⁵⁸.

Lo dicho en el párrafo anterior, se circunscribe al papel que a través de los años desempeñó la “jurisprudencia” en Colombia, confinada a completar vacíos normativos o discernir evidentes ambigüedades. *El valor normativo que el legislador le dio a la jurisprudencia dentro del sistema de fuentes en un inicio fue el de “indicativo” siempre que esta se transformara en “doctrina probable”,* y esto sucedía cuando existía tres fallos uniformes de la Corte Suprema de Justicia sobre un mismo punto de derecho, sin embargo, esto no significó la inmediata conversión a precedente obligatorio. Este concepto de *doctrina legal*. fue una recepción del derecho español y no del francés⁵⁹.

En síntesis, ya en la práctica se dieron cuenta tanto franceses cuanto españoles y colombianos que no todos los supuestos de hecho para resolver la mayoría de casos se encontraban prescritos en la ley, los códigos tenían vacíos, siendo necesario aceptar el *valor normativo de la jurisprudencia* para suplir ciertos criterios que la ley no regulaba. Su aplicación podía ser persuasiva u obligatoria, como es el caso de las dos últimas nacionalidades y países citados.

⁵⁷Ibíd., 11.

⁵⁸ López, “Teoría Impura del Derecho”, 7. La idea del movimiento de la Regeneración, se erige como contrapunto a la Constitución de 1863 y se materializa en la Constitución de 1886, ya que se requería reformar el sistema político del país para hacerle frente a la violencia y el desorden que predominaba el escenario social de aquél momento; querían consolidar un Estado fuerte.

⁵⁹ Ibíd., 13-15. Véase para un mejor entendimiento y criterio, el Capítulo I: “*La jurisprudencia en el siglo XIX: El nacimiento de la “doctrina probable” en la Regeneración*”. Diego López Medina, *El Derecho de los jueces*, (Bogotá: Universidad de los Andes y LEGIS, 2013).

La idea de la mención de la recepción de la “doctrina legal” en Colombia tiene como afán observar con ejemplos reales y concisos, cómo funcionan los *procesos de recepción* de ciertas instituciones del derecho español a través de la importación y cuál ha sido su impacto en la cultura jurídica colombiana hasta nuestros días, en este caso, el derecho viajó a través de la Ley de Enjuiciamiento Civil español de 1881 hasta Colombia, cuyos legisladores implementaron dicha idea y la instauraron en la Ley 61 de 1886.

Ahora bien, debemos analizar la estructura de los *trasplantes jurídicos*, para tener una mejor comprensión del cómo y porqué de la recepción de la expresión del bloque de la constitucionalidad en Latinoamérica, que tal como lo veremos más adelante, fue diferente a la concepción original europea .

El profesor Daniel Bonilla Maldonado, por ejemplo, señala que existen dos grandes modelos de trasplantes jurídicos. Por un lado, se encuentra el **i) modelo simple**, con tres características: **a)** la relación de sus agentes, esto es, tanto importador cuanto exportador de derecho son identificables; **b)** el objeto trasplante no sufre cambios en el Estado receptor; y, **c)** en la dinámica del trasplante, el intercambio entre los países se da en una sola vía. Un ejemplo, fue el caso de Colombia y las reformas penales, pues, se incorporó el sistema acusatorio a su ordenamiento jurídico a propósito de la entrada en vigencia de la Constitución de 1991. El gobierno colombiano acordó con Estados Unidos la importación del sistema acusatorio para cambiarlo por el inquisitivo que predominaba en Colombia⁶⁰.

En la otra orilla se encuentra el **ii) modelo complejo**, cuyas características principales se las puede describir de la siguiente manera: **a)** los agentes que generan este tipo de intercambios de instituciones jurídicas no siempre son identificables; **b)** los sistemas jurídicos que importan, por lo general, no son “subdesarrollados” y marcadamente dependientes de otros sistemas, esto por la sencilla razón de que el derecho tiene muchas formas de viajar, v.gr., inmigrantes, refugiados, comerciantes, estudiantes, académicos, misioneros, etc. Es un ir y venir de intercambio jurídico, aquéllos llevan ciertas instituciones a sus países o traen los suyos al país donde van a residir o se encuentran. Bonilla cita un claro ejemplo en su país de origen, todos aquellos ciudadanos colombianos que viajaron a países del norte global a realizar maestrías y doctorados, cuya influencia fue vital para consolidar

⁶⁰ Daniel Bonilla, “Teoría del derecho”, 14-15.

la Constitución de 1991. Asimismo, lo dicho tampoco significa que **c)** los sistemas jurídicos desarrollados no sean importadores de derecho, de hecho lo son, v.gr., la Unión Europea.⁶¹

Siguiendo esa línea de pensamiento, **d)** en la dinámica de los trasplantes jurídicos, estos pueden consolidarse no únicamente bajo la lógica de una sola vía, esto es, entre un Estado emisor y otro receptor, sino a través de varios niveles ajenos al estatal, por ejemplo, entre una multinacional y un Estado. Por ejemplo, la opinión pública mundial se hizo eco de un escándalo en Brasil cuando la Federación Internacional de Fútbol Asociación (FIFA) logró que el Congreso Nacional brasileño cambiara de forma parcial la ley para que se pueda vender la cerveza de uno de sus principales patrocinadores: *Budweiser*, en el Mundial de Fútbol del año 2014. Esto significó subrepticamente una imposición para que el campeonato mundial pudiera celebrarse en ese país, ya que desde el año 2003 regía una ley –conocida como el Estatuto del Hincha- que prohibía vender cerveza en todos los estadios, producto de acalorados debates por los altos índices de violencia que generaba el consumo excesivo de alcohol en los recintos deportivos. Finalmente, el cabildeo de la FIFA logró que se levante la prohibición y se venda el producto del patrocinador principal de la multinacional, muy a pesar del malestar de la población⁶².

Asimismo, lo que viaja **e)** no siempre son reglas jurídicas ora a través de la importación ora de la exportación, puesto que pueden ser modelos, diseños, ideologías, modelos normativos, métodos de enseñanza, etc.; incluso, **f)** el objeto de trasplante puede ser transformado en el lugar de recepción; aquí por ejemplo, la concepción de la “teoría del derecho” estructurada por Ronald Dworkin, si bien en el espacio anglosajón puede ser encasillada como una teoría liberal estándar, políticamente situada en el centro a la derecha, no obstante, en Colombia, los argumentos del profesor, pueden ser articulados bajo una etiqueta progresista y de izquierda, capaz de subvertir la influencia del formalismo jurídico por los tres instrumentos de la cual esta proveída: **1)** diferencia entre principios y reglas; **2)** la ponderación de los principios; y, **3)** la separación de los conceptos del derecho y la moral⁶³.

⁶¹ *Ibíd.*, 15-16.

⁶² “El poder FIFA: Brasil cambió ley para permitir venta de alcohol en estadio y no afectar a auspicios”, *biobiochile.cl*, 14 de junio de 2014, <<http://www.biobiochile.cl/noticias/2014/06/14/el-poder-fifa-brasil-cambio-ley-para-permitir-venta-de-alcohol-en-estadio-y-no-afectar-a-auspicios.shtml>>. Consulta: 15 de marzo de 2017.

⁶³ Daniel Bonilla, “Teoría del derecho”, 18.

De igual forma, podemos encontrar **g)** “resistencia” cuando se pretende transferir derecho a los sitios de recepción, debido a que pueden existir regulaciones fuertes en el ordenamiento jurídico receptor que terminan marginando o transformando el objeto del trasplante, como señala Bonilla “el ordenamiento receptor muchas veces contiene regulaciones fuertes en torno a las materias que el modelo transferido pretende reglamentar”.⁶⁴

Por último, **h)** el derecho puede ingresar a un ordenamiento de forma silenciosa, sin registrar ninguna fecha. De aquello, son testigos los mismos Tribunales constitucionales de Latinoamérica, ya que la teoría constitucional estadounidense fue trasplantada, preguntémonos de dónde provienen, por ejemplo, las teorías del activismo judicial, el originalismo, la restricción judicial, el uso de los famosos *tests* para resolución de complejos problemas constitucionales, etc.

Siguiendo esa línea de pensamiento, el profesor Daniel Bonilla manifiesta que los modelos de trasplantes descritos en los párrafos anteriores se nutren de contenido a través de instrumentos conceptuales aupados por tres modelos concretos de estudio de los trasplantes jurídicos, a saber: a) el pragmático; b) contextual; y, c) valorativo, entonces, no preguntamos: ¿Cuál es su aporte para el tema central de esta tesina?

a) El modelo pragmático propugna la idea de que los trasplantes jurídicos son instrumentos para solucionar con éxito un problema concreto, toda vez que sí aquellos objetos de trasplantes funcionaron en otros escenarios análogos con inusitada notoriedad, pueden echar raíces donde se los requiera. En otras palabras, son guías que permiten alcanzar un fin, sea este la eficiencia de la administración pública, la justicia, el fortalecimiento estatal, mejorar la economía, etc.⁶⁵

b) El modelo valorativo se concentra en el análisis de los principios, valores e intereses políticos que motivaron a realizar el trasplante, empero, esos elementos de importación resultan secundarios frente a las categorías conceptuales que les dieron origen. Pongamos un ejemplo: el ánimo expansionista del “derecho occidental” por varias vías, una de ellas después de la caída del muro de Berlín y la invasión jurídica occidental a los países detrás de la *cortina de hierro*, que económicamente, ideológicamente y militarmente no se

⁶⁴ *Ibíd.*, 19.

⁶⁵ *Ibíd.*, 20.

encontraban alineados con los Estados Unidos, país que representaba al *imperialismo* del norte global; sino con la extinta URSS. Asimismo, el proceso evangelizador del Cristianismo llevando la “verdad” a los pueblos que no la conocen o el proceso de colonización en Sudamérica⁶⁶.

c) El modelo contextual, estructura su contenido tomando como base la cercana relación entre derecho y sociedad; en otras palabras, se entiende que el derecho es el reflejo de lo que regula en la sociedad, por varios motivos, sean estos culturales, políticos, económicos, sociales, etc. El problema, según los entendidos en la materia, es que casi siempre es difícil que en tales condiciones el derecho pueda adaptarse o expandirse. Allí la “tesis del espejo” según la doctrina especializada, mira a las instituciones que se trasplantan como una de las partes de un sistema que guarda coherencia y funciona, no obstante, al ser importados se entrelazan en otro sistema que ya se encuentra determinado, es decir, no es tan sencillo como importar o exportar para solucionar un problema⁶⁷.

Sobre los modelos concretos arriba señalados ha existido un extenuante debate académico que lo analizan desde varios frentes que van desde la antropología, la sociología, la historia del derecho, el pluralismo jurídico, etc. Y, todo a partir, de los escritos realizados por Alan Watson, en su texto *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*, de 1974, que generó un cruce de argumentos entre Watson y los profesores Otto Kahn-Freund y Pierre Legrand, que mantenían posiciones opuestas, entre los modelos de trasplantes **a)** pragmático y **b)** contextual, respectivamente.

De lo dicho hasta aquí, podemos sostener que los trasplantes jurídicos se colocan como el puente para que los subsistemas jurídicos⁶⁸ o los sitios de recepción⁶⁹ –sistemas iusteóricos particulares en países periféricos- como lo estructura López Medina, hayan implementado en sus ordenamientos jurídicos la noción del *bloque de la constitucionalidad*,

⁶⁶ *Ibíd.*, 21.

⁶⁷ *Ibíd.*, 22.

⁶⁸ En la división que utiliza Fernández de Córdova para englobar las diversas manifestaciones jurídicas; es decir, familia, sistema y subsistema, respecto a éste último señala: “*El sistema, puede dar lugar a la presencia de “subsistemas” exactamente como ocurre en las ramificaciones que se presentan en las familias, donde la fecundidad y el medio han permitido su eficaz reproducción*”. Al respecto, véase a Pedro Fernández de Córdova, *Estudios de Derecho Comparado*, (Cuenca: PUDELECO Editores, 1997), 81.

⁶⁹ “*En teoría del derecho, como en muchas otras áreas del derecho, estos países transplantan [sic] o usan ideas originadas en jurisdicciones prestigiosas. Estas jurisdicciones prestigiosas, según los comparativistas, son las figuras parentales de familias jurídicas. Las jurisdicciones periféricas son los hijos de las familias (...)*”. López, “Teoría Impura del Derecho”, 67-8.

pues, uno de sus elementos, como lo describimos antes, señalaba que el derecho no solo viaja a través de una sola vía –modelo simple-, por medio de agentes inequívocamente gubernamentales que realizan el intercambio de bienes jurídicos, sino que además contribuyen en ese traslado los estudiantes, académicos, juristas, refugiados e inmigrantes y, a la postre, el objeto trasplantado sufre cambios y se adapta al entorno donde es útil⁷⁰.

Lo mencionado en el párrafo anterior *in fine*, si lo observamos desde el **modelo contextual** antes explicado –modelo concreto de estudio de los trasplantes jurídicos- el derecho y la sociedad permanecen en una especie de simbiosis, donde las instituciones jurídicas que se importan y se trasplantan son instrumentos que no funcionan de manera aislada; es decir, resolviendo únicamente problemas concretos, al contrario, su utilidad se permea y expande dentro de un sistema que debe dar respuestas a un contexto social determinado –tesis del espejo-.

Lo cierto es que, al existir una pluralidad de conceptos e instituciones en cada país, sumado al contexto social, político, económico, se debe realizar un análisis previo para comprender el origen de la institución jurídica que se pretenda adoptar, no se la debe separar de su origen, pues se requiere conocer los objetivos por los cuales se la creó, luego interpretarla y, finalmente proyectar su uso al auditorio social para edificar una sólida eficacia jurídica comprometida con nuestra realidad. Sostenemos las ideas propuestas por los profesores Legrand y Kahn-Freund en el sentido de que el derecho es el reflejo de la sociedad “*el contexto en el que nace es fundamental para comprender los objetivos que persigue, interpretar sus mandatos y ser eficaz*”⁷¹.

De cierta manera, tiene razón Alan Watson respecto a que uno de los principales aportes de los trasplantes jurídicos ha sido la *difusión* del derecho, ya que ha permitido la construcción de nuevas teorías o corrientes de pensamiento jurídico, a partir de hechos históricos o experiencias sociales en distintos momentos de la historia de la humanidad, inclusive, algunas, en franca construcción, derivando en un proceso- no exento de dificultades- para homogenizar los ordenamientos jurídicos, sobre todo en lo que tiene que ver con los derechos humanos, que bajo principios universales que no admiten criterio en contra –*ius cogens*- y, por medio, de mecanismos contemporáneos de interpretación y

⁷⁰ Daniel Bonilla, “Teoría del derecho”, 16-7.

⁷¹ *Ibíd.*, 25.

argumentación, construyen de forma lenta una cultura jurídica propia, con elementos endógenos: culturales, sociales, políticos y económicos y, en aquella se inserta el *bloque de constitucionalidad*.

3.2. Origen y desarrollo del bloque de constitucionalidad en el contexto latinoamericano

Siguiendo esa línea de pensamiento, el constitucionalismo latinoamericano ha desarrollado su propia teoría del bloque de constitucionalidad –ajena a la pergeñada por el Consejo Constitucional francés- vinculada, principalmente, al tema de la garantía y promoción de los derechos humanos, por eso podemos afirmar que su origen en esta parte de la región se configura en un inicio como un *bloque de derechos fundamentales*, que incluso, como lo veremos más adelante, adquiere espacio en el control de constitucionalidad que realizan las altas cortes.

Es así que bajo esta denominación entendemos que no solo se tutelan los derechos que **i)** expresamente prescribe la Norma Fundamental sino también aquellos **ii)** que constan implícitamente y, **iii)** los contenidos en el *corpus iuris* del sistema internacional de protección de los derechos humanos, ratificados o no por un Estado, incluso se sostiene la primacía por sobre su derecho interno e igual jerarquía con el texto constitucional. En síntesis, lo que se desarrolla *prima facie* es un bloque de derechos fundamentales⁷². Para justificar esta última afirmación, seguiremos los estudios de los profesores Humberto Nogueira Alcalá, Edgar Hernán Fuentes Contreras, Mónica Pinto, Arturo Hoyos y Rodolfo Ariza Clerici.

En ese sentido, es necesario clarificar la categoría mencionada en el párrafo anterior *in fine*. De suerte que, la mayoría de constituciones latinoamericanas mantienen la siguiente particularidad: **a)** cláusulas abiertas de derechos innominados debido a la apertura constitucional y **b)** las cláusulas de remisión a normas supranacionales, generalmente por obligaciones convencionales. Todo esto ha despejado el sendero para configurar el bloque de la constitucionalidad.

⁷² Humberto Nogueira Alcalá, “El bloque constitucional de derechos: La confluencia del derecho internacional y del derecho constitucional en el aseguramiento y garantía de los derechos fundamentales en América Latina” (ponencia, Trigésimo Séptimas Jornadas Chilenas de Derecho Público. Fuentes del Derecho Público, Valparaíso, 8 y 9 de noviembre de 2007), <<http://www.jornadasderechopublico.ucv.cl/ponencias/El%20bloque%20constitucional%20de%20derechos.pdf>>.

En primer lugar, existe toda una base teórica relativa a la interpretación de los derechos humanos, con total certeza diríamos que un grueso de doctrinarios coincide en que los derechos derivados de la dignidad de la persona no admiten criterio en contra y su reconocimiento hacia la universalización y positivización en cuerpos normativos no significa la única fuente formal de derecho. El hecho de describir un catálogo de derechos, no implica el desconocimiento de otros derechos que a pesar de no estar reconocidos merecen la misma atención y tienen la plena vigencia, validez y eficacia para su ejercicio⁷³. Bidart Campos, señala que: “La norma positiva solo significa vigencia normológica”⁷⁴.

Podríamos afirmar que la cultura internacional de los derechos humanos ha sido el gran referente a estructurar en los ordenamientos jurídicos de varios estados latinoamericanos; por supuesto, no libre de obstáculos por el cambio radical que esto significa, sobre todo, para aquellos operadores de justicia que deben aplicar en sus decisiones este tipo de “(...) régimen jurídico monista que permita la utilización paralela y armónica de derecho nacional y de derecho internacional.”⁷⁵.

Este esfuerzo de armonización del derecho local con el derecho internacional, ha sido un gran salto en la configuración de una nueva teoría del derecho con fundamento en la doctrina de los derechos humanos.

No en vano, si miramos el caso de Panamá que luego de una sangrienta dictadura de 21 años, con gobiernos militares de facto, fue el primer país latinoamericano en incluir a través de su jurisprudencia constitucional la doctrina del bloque de constitucionalidad, ya que mediante sentencia de fecha 24 de julio de 1990 la Corte Suprema de Justicia de Panamá reconoció la jerarquía constitucional del artículo 8º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos señalando que esa norma internacional conjuntamente con el artículo 32 (debido proceso) de la Constitución de Panamá integraban lo que ellos llamaron un “bloque

⁷³ *Ibíd.*, 6.

⁷⁴ Germán Bidart Campos, *La interpretación de los derechos humanos en la jurisdicción internacional e interna. En V Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional* (México, 1998), 98, citado por Humberto Nogueira, *ibíd.*

⁷⁵ Diego López Medina, *La reinención del ‘bloc de constitutionnalité’*, <<http://diegolopezmedina.net/wp-content/uploads/2014/07/%C3%81mbito-235.pdf>>. Consulta: 15 de marzo de 2017.

de constitucionalidad”⁷⁶. Todo aquello basándose en el artículo 4 de la Constitución que declara que “La República de Panamá acata las normas del Derecho Internacional”⁷⁷.

El tipo de interpretación que realizó la Corte Suprema de Panamá fue para reconocer a las normas internacionales de derechos humanos: jerarquía constitucional, siempre y cuando no afecten otros principios como la autodeterminación de los pueblos o la soberanía nacional. La idea siempre fue reconciliar el derecho local con el derecho internacional, lo cual fortaleció los principios básicos de la democracia como es la independencia judicial, venida a menos en la dictadura militar de facto que vivió ese país entre 1968 y 1989.

En Colombia, por ejemplo, no pasó desapercibido el hecho de *reinventar* la locución del “bloc de constitutionnalité”, pues, el sistema de fuentes anterior a la Constitución del año de 1991, era aquél en el cual los tratados de derechos humanos eran ubicados debajo de la Constitución, eran simples manifestaciones ordinarias del legislador, ni siquiera ese gran remezón que provocó el constitucionalismo de post-guerra con la avalancha de un gran movimiento internacional de derechos humanos logró persuadir esa idea ortodoxa “(...) altamente “nacionalistas” en su tratamiento de los derechos individuales”⁷⁸. No fue sino a partir de la Constitución del año de 1991 que se acentúa una relación más profunda con el derecho internacional, proceso de armonización cuyo objetivo fue engarzar de una vez por todas la Constitución con los instrumentos internacionales de derechos humanos. Allí tenemos el resultado: los artículos 53, 93 y 215 de la Constitución colombiana; empero, lo que fue más llamativo es la institucionalización del bloque de constitucionalidad a través de la sentencia de la Corte Constitucional colombiana, C-225 del año de 1995, en ponencia del magistrado Alejandro Martínez Caballero que por primera vez incorporó esta expresión **i)** como un concepto general basado en la doctrina francesa del *bloc de constitutionnalité* y **ii)** que marcó la base de la teoría que de allí en adelante manejaría la Corte Constitucional. Lo importante es que este aporte fue producto de ese proceso estructural de acoplar los dos ordenamientos jurídicos, tanto el interno como el internacional de los derechos humanos.

En resumen, tal como lo señala López Medina:

⁷⁶ Manuel Eduardo Góngora Mera, *La difusión del bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia latinoamericana y su potencial en la construcción del ius constitutionale commune latinoamericano*, <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r31277.pdf>> 8-9. Consulta: 16 de marzo de 2017.

⁷⁷ Constitución Política de la República de Panamá. *Gaceta Oficial*, No. 25176, 15 de noviembre de 2004.

⁷⁸ López, “La reinención del bloc”, 1.

La Corte Constitucional colombiana, pues, reinventó la noción de bloque de constitucionalidad, para incorporar, ya no la antigua tradición de los derechos francesa, sino la nueva y vibrante cultura internacional de los derechos humanos. Esta doctrina de reenvío le ha permitido, entre otras cosas, fortalecer su discurso jurídico y técnico en temas tan importantes como el desplazamiento interno de las personas, los derechos de las víctimas en la Ley de Justicia y Paz y el fortalecimiento interno del respeto al derecho internacional humanitario⁷⁹.

Asimismo, ese esfuerzo exitoso que se dio en Colombia de coordinación entre el derecho nacional e internacional, se ve reflejado también, en el impulso que ha tomado la cultura de respeto a los derechos humanos en estos últimos 30 años, sobre todo en los ordenamientos jurídicos de América Latina que han ampliado su sistema de fuentes. Aquellas normas consuetudinarias internacionales materializadas en tratados, convenios, declaraciones, etc., con elementos propios que difícilmente son rechazadas por los Estados, se cuegan dentro de sus ordenamientos jurídicos mediante cláusulas de interpretación de los derechos humanos, v.gr., el principio *pro homine o pro persona* que en palabras de Mónica Pinto es:

(...) un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o 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 o su suspensión extraordinaria. Este principio coincide con el rasgo fundamental del derecho de los derechos humanos, esto es, estar siempre a favor del hombre⁸⁰.

Siguiendo esa misma línea, el caso de Argentina y la reforma a la Constitución en 1994⁸¹ abrió la puerta para definir su bloque de la constitucionalidad a partir de la apertura constitucional que fijó el rango que algunas normas internacionales ostentaban en el ordenamiento jurídico, inclusive, las definió de manera taxativa en el artículo 75 numeral 22, siendo la única Constitución de Sudamérica que tiene un listado expreso de normas internacionales con jerarquía constitucional. Además, posee una cláusula de derechos innominados en su artículo 33.

⁷⁹ *Ibíd.*, 2.

⁸⁰ Mónica Pinto, "El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos". <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/20185.pdf>> Consulta: 16 de septiembre de 2017.

⁸¹ *Constitución de la Nación Argentina. Suplemento Boletín Oficial de la República Argentina*, No. 27.959, 23 de agosto de 1994.

Rodolfo Ariza señala acerca de la introducción del artículo 75 numeral 22 en la Constitución argentina que:

La introducción de esta nueva disposición normativa hace eje principalmente sobre la rigidez propia de la Constitución al conferir prelación jerárquica al Derecho Internacional de los Derechos Humanos por sobre las leyes, de modo tal que se ve sustancialmente modificado el criterio jerárquico de fuentes normativo constitucionales, a la luz de la determinación de fuente aplicable a un caso concreto⁸².

En definitiva, en Argentina se ha diseñado una categoría de bloque de constitucionalidad a partir del texto constitucional y una lista manifiesta de declaraciones y tratados internacionales de derechos humanos.

Sin embargo, el *quid* del asunto es que si observamos con detenimiento, la categoría de bloque de constitucionalidad va tomando forma en los distintos ordenamientos jurídicos regionales por **i**) una renovación del sistema de fuentes, si antes las normas internacionales de derechos humanos ocupaban un lugar secundario ahora tienen nivel constitucional; **ii**) el impulso de ese gran movimiento y cultura de respeto a los derechos humanos ha hecho que los Estados lo adopten con prevalencia sobre su derecho interno; y, **iii**) reconocen cláusulas de derechos innominados, que no niegan la existencia de otros derechos más favorables a los mismos derechos que constan en el cuerpo constitucional, pero que pueden encontrarse en otras normas supranacionales. Esto último, es posible porque acogen el principio *pro homine* como una pauta hermenéutica de aplicación directa para la protección de los derechos fundamentales de los derechos humanos. La redacción de este principio internacional como baremo de interpretación es visible en algunos artículos de los diferentes instrumentos internacionales de derechos humanos (artículos 5 del PIDCP; 29 de la CADH; 5 del PIDESC) y que han sido acogidos por las legislaciones de distintos países latinoamericanos.

Una consideración adicional al principio *pro hominis* establece que su “objeto y fin hace referencia a una pauta hermenéutica de interpretación de los derechos fundamentales consagrados en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos”⁸³. Es que su normativización inaugura una nueva forma de interpretación constitucional, véase por

⁸² Rodolfo Ariza Clerici, “Principio Pro Hominis”, <http://www.circulodoxa.org/documentos/Circulo%20Doxa%20-%20Hominis.pdf> Consulta: 17 de septiembre de 2017.

⁸³Ibíd., 2.

ejemplo, el caso del Ecuador, cuya Constitución en su artículo 417⁸⁴ obliga a todos los funcionarios públicos –administrativos o judiciales- a aplicar el principio *pro ser humano* en el caso de los tratados y otros instrumentos de derechos humanos.

De esta manera, este criterio hermenéutico tiene su campo de acción en **i)** la interpretación de los derechos fundamentales, por supuesto **ii)** en favor del más débil, **iii)** dando certeza a su contenido y eso implica los límites de los derechos fundamentales; y, **iv)** que en caso de un conflicto jurisdiccional propuesto, el intérprete y quién deba resolver tiene que buscar siempre la solución más beneficiosa a los derechos individuales, excluyendo aquella que garantice en menor grado un derecho fundamental⁸⁵.

Asimismo, una de las condiciones que supone su aplicación es atendiendo a la naturaleza de los derechos, eso significa en palabras de Ariza, “La primera condición atiende a que la naturaleza jurídica de los derechos en juego tenga pertenencia jurídica formal al denominado bloque de constitucionalidad integrado por el conjunto de instrumentos internacionales, cuyo objeto y fin atiende a la protección internacional de los derechos humanos.”⁸⁶.

Ahora bien, si analizamos detenidamente algunas constituciones de la región, se corrobora lo siguiente:

Tabla 2
Análisis de Constituciones

Argentina	Colombia	Chile	Bolivia
Artículo 33: “Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados, pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno”.	Artículo 94: “La enunciación de los derechos y garantías contenidas en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos”.	Artículo 5 inciso 2: “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”.	Artículo 13: “ II. Los derechos que proclama esta Constitución no serán entendidos como negación de otros no enunciados. III. La clasificación de los derechos establecida en esta Constitución no determina jerarquía alguna ni superioridad de unos derechos sobre otros.”

⁸⁴ *Constitución de la República del Ecuador* [2008]. *Registro Oficial* (en adelante citado como RO), No. 449, 20 de octubre de 2008.

⁸⁵ Ariza, “Principio Pro hominis”, 2.

⁸⁶ *Ibíd.*

Del análisis, advertimos que las constituciones latinoamericanas tienden a reconocer una especie de “cláusulas de derechos innominados”, debido en gran medida a que el constituyente consciente del desarrollo progresivo de los derechos y las limitaciones que implicaría constreñir en un solo catálogo los derechos humanos, elabora esta categoría constitucional abstracta, entonces, nos encontramos con las *cláusulas abiertas de derechos implícitos o innominados*.

Ahora bien, lo mencionado en el párrafo anterior tiene su conexión lógica con el instrumento jurídico internacional que por antonomasia es la base del sistema interamericano de promoción y protección de los derechos humanos, es decir, la Convención Americana sobre Derechos Humanos o también llamado Pacto de San José de Costa Rica (CADH), cuya adopción y ratificación –especialmente- ha sido realizada por la mayoría de países de América Latina.

El artículo 29 literal c) *ibídem* indica que: “Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: (...) c) Excluir otros derechos y garantías que son inherente al ser humano, o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno (...)”⁸⁷. De suerte que, aquella norma también alude a los llamados *derechos implícitos*⁸⁸, lo que significa que a pesar de no estar contemplados en la norma positiva se los debe reconocer; en otras palabras, no es necesario que se encuentren reconocidos formalmente por la Carta Magna o los instrumentos internacionales de derechos humanos, su carácter esencial no deriva de formas procedimentales.

En ese sentido, el efecto vinculante de la CADH obliga a que cualquier interpretación realizada por los Estados partes relativa al Convenio, no se la desarrolle excluyendo otros derechos inherentes a la persona humana –parten de la dignidad humana- o que deriven de la forma democrática de un gobierno –v.gr., derechos de participación-, que a pesar de no haber

⁸⁷ Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969).

⁸⁸ Nogueira, “El bloque constitucional de derechos”, 6. Para este autor los derechos implícitos se lo debe entender desde la siguiente perspectiva: “En nuestros sistemas constitucionales los derechos ‘no se constituyen’ en la norma positiva sino que aquella sólo los asegura, los respeta, los garantiza y los promueve, los derechos emanan de la dignidad humana. Las Constituciones explicitan por regla general en América Latina y en diversos países de Europa un aseguramiento de los derechos fundamentales en un **catálogo de derechos abiertos**, ya que el constituyente reconoce sus eventuales limitaciones y está consciente del desarrollo progresivo de los derechos y garantías acorde a la naturaleza y necesidades esenciales del ser humano, lo que en los ordenamientos constitucionales latinoamericanos en general está explícitamente reconocido en el texto constitucional a través de la cláusula de **derechos implícitos**” (El texto subrayado es nuestro).

sido recogidos tanto por los instrumentos internacionales de derechos humanos cuanto por las constituciones, queden garantizados por mandato del artículo supranacional antes citado.

En segundo lugar, la importancia que adquieren los tratados internacionales de derechos humanos suscritos por los Estados, marca una línea fundamental en el desarrollo del constitucionalismo latinoamericano porque no solo se garantizan los derechos reconocidos en los textos constitucionales o derechos implícitos sino que son fuente formal de derecho aquellos derechos categorizados como fundamentales y que provienen de los instrumentos internacionales siendo normas supranacionales con la misma jerarquía de la Constitución y complementaria de esta última.

Veamos que dicen las siguientes constituciones:

Tabla 3
Análisis de Constituciones

Chile	Colombia	Argentina	Bolivia
Artículo 5 inciso 2: “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 la Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes”.	Artículo 93: “Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno”.	Artículo 75 numeral 22: “(...) Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención Sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer; la Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (...) en las condiciones de su vigencia tienen jerarquía constitucional , no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos.” (El subrayado es nuestro).	Artículo 410: “(...) II. La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico boliviano y goza de primacía frente a cualquier otra disposición normativa. <i>El bloque de constitucionalidad</i> está integrado por los Tratados y Convenios internacionales en materia de Derechos Humanos y las normas de Derecho Comunitario, ratificados por el país.” (El subrayado es nuestro)

Siguiendo esa idea, el desarrollo jurisprudencial ha sido fundamental a la hora de configurar la estructura de los derechos implícitos derivados principalmente de la dignidad humana, que tal como lo mencionamos antes tiene su base en el artículo 29 literal c) de la CADH.

Es así que, Humberto Nogueira Alcalá nos trae a colación una serie de sentencias expedidas por diferentes órganos de cierre de la justicia constitucional en América Latina, dentro de los cuales podemos observar líneas jurisprudenciales con clara alusión a la incorporación de las norma previstas en los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos al ordenamiento jurídico interno, con la validez, vigencia y eficacia necesarias para su correcto funcionamiento,

Por ejemplo, la **Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica**, en sentencia V-282- 90, del 13 de marzo de 1990, partiendo de la premisa de que la protección de los menores no puede ser ajena al tratamiento de los derechos humanos y debido a la poca atención que la legislación interna les ha prestado, la Sala Constitucional refiriéndose al Código de la Niñez y la Adolescencia (CNACR) señaló que:

... la previsión del artículo 8 de la CNACR no es innecesaria ni reiterativa, sino que constituye una garantía más para la protección de los derechos fundamentales de las personas menores de edad. En efecto, por medio de este precepto normativo **se incorporan expresamente al ordenamiento interno las declaraciones de derechos de carácter supranacional; lo que vincula directamente al ordenamiento costarricense con tales declaraciones.** De esta manera, los Tratados internacionales relativos a esta materia no son sólo parte del ordenamiento interno; son, además, un **patrón de interpretación** de cualquier precepto, constitucional o legal, relativo al Código de la Niñez y Adolescencia⁸⁹ (El texto subrayado es nuestro).

Asimismo, Costa Rica con su naciente Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia de clarificación No. 05759 de 10 de noviembre de 1993, adoptó la doctrina del bloque de constitucionalidad como un ejercicio de acoplamiento de su derecho constitucional con el derecho internacional de los derechos humanos, puesto que en aquella ocasión indicó que “Los instrumentos internacionales de Derechos Humanos vigentes en la República, conforme a la reforma del artículo 48 Constitucional (...) al integrarse al

⁸⁹ *Ibíd.*, 12.

ordenamiento jurídico al más alto nivel, valga decir, al nivel constitucional, *lo complementan en lo que favorezca a la persona*” (La cursiva nos pertenece)⁹⁰.

La **Corte Constitucional de Guatemala**, en sentencia de 19 de octubre de 1990, expediente No. 280/90, considerando VIII, indicó que “los tratados de derechos humanos ingresan al orden jurídico interno con carácter de norma constitucional pero sin potestad reformativa o derogatoria”⁹¹.

Por otra parte, el **Tribunal Constitucional de Chile** en sentencia Rol No. 786-2007, expedida el 13 de junio de 2007, determinó como parámetro del control de la constitucionalidad del ordenamiento jurídico interno, los derechos fundamentales contenidos en la Convención sobre los Derechos del Niño –principio superior del niño–, toda vez que se examinaba el proyecto de ley sobre responsabilidad penal juvenil⁹².

De igual forma, **la Corte Suprema de Chile**, en un dato muy interesante a determinado en diversas sentencias la importancia de los tratados internacionales y su incorporación al ordenamiento jurídico interno. Así tenemos que:

TRIGÉSIMO PRIMERO: (...) existía a la época del hecho criminoso de autos, un sistema de protección de derechos obligatorio para el Estado de Chile, independientemente del consentimiento expreso de las naciones vinculadas y que se conoce como reglas imperativas de derecho internacional o “ius cogens” (...)

TRIGÉSIMO SEGUNDO: (...) Las reglas del ius cogens (...) son auténticas normas jurídicas en sentido sustancial, pues suministran pautas o modelos de conducta. Existen con independencia de su formulación y cuando las leyes las recogen.

TRIGÉSIMO SEXTO: (...) esta Corte ha reconocido en varias oportunidades que los principios del derecho internacional y las normas del derecho consuetudinario forman parte del ordenamiento jurídico chileno con primacía sobre las leyes internas (...) Igualmente, se ha declarado que el derecho internacional, aun consuetudinario, tiene prevalencia sobre la legislación nacional, a pesar que el primero no se encuentra traducido en tratados o convenciones obligatorias para Chile, sino solamente en los principios de derecho internacional generalmente aceptados, lo que se entienden automáticamente incorporados en el derecho chileno, sin necesidad de un acto de recepción por parte de los órganos del Estado.

TRIGÉSIMONONO: (...)...el inciso segundo del artículo 5° de la Constitución Política de la República, preceptúa que el ejercicio de la soberanía se encuentra limitado por “los derechos esenciales de la persona humana (...) Otorgándole rango constitucional a los tratados que garantizan el respeto de los derechos humanos, concediéndoles una jerarquía mayor que a los demás tratados internacionales (...) En definitiva **los derechos humanos asegurados en un tratado se incorporan al ordenamiento jurídico interno, formando parte de la Constitución material adquiriendo plena vigencia, validez y eficacia jurídica**, no pudiendo ningún órgano del Estado desconocerlos y debiendo todos ellos respetarlos y

⁹⁰ Góngora, “La difusión del bloque de constitucionalidad”, 9.

⁹¹ Nogueira, “El bloque constitucional de derechos”, 12.

⁹² *Ibíd.*

promoverlos, como asimismo, protegerlos a través del conjunto de garantías constitucionales destinadas a asegurar el pleno respeto de los derechos⁹³. (El texto subrayado es nuestro).

Del análisis tanto de la normativa constitucional regional cuanto de la jurisprudencia expedida por algunos de los Tribunales Constitucionales antes mencionados, podemos obtener varias conclusiones: **i)** Se establece la obligación de los Estados partes de la CADH de acogerse a los estándares mínimos previstos para esta materia, teniendo como base el carácter *fundamental* –derivado de la dignidad humana- y *supranacional* de los derechos humanos; **ii)** No se puede considerar al derecho internacional de los derechos humanos y al derecho constitucional de forma aislada o paralela, componen y son fuente de un mismo sistema, se articulan de forma integral, armonizando el sistema jurídico interno de los países; **iii)** el derecho constitucional queda delimitado por los dos ámbitos normativos, expandiendo y aplicando sus contenidos cuando sean más favorables a la dignidad del ser humano –*pro homine*-; **iv)** el articulado de la CADH se convierte en una verdadera norma de interpretación y control constitucional para los ordenamientos jurídicos regionales que acogen el sistema de protección de los derechos humanos, estructurando mínimos a ser protegidos por los Estados pactantes, es decir, garantías mínimas de protección, derechos que no pueden ser violados y que son definidos por el propio instrumento supranacional, razón por la cual, un Estado no puede descender ese nivel de resguardo, al contrario, el derecho interno de un país debe propender a la ampliación progresiva del contenido de aquellos derechos⁹⁴; **v)** La interpretación de la norma internacional antes señalada, no puede ser desarrollada limitando el goce y ejercicio de derechos y libertades allí consagrados, peor aún, limitar más allá de lo que la propia norma permite, ni mucho menos alegar restricciones de otros convenios en los cuales el Estado sea parte para restringir esos derechos humanos; **vi)** Esta teoría construida a partir de una visión holística de los derechos humanos, positivizados en tratados internacionales de derechos humanos y cuya idea central no es la búsqueda de la “mutua equidad” de intereses entre los Estados sino el establecimiento de un orden público cuyos beneficiarios directos son los seres humanos –centralidad de los derechos-, dejan más certezas que dudas a la hora de compactar en un bloque los derechos que a pesar de no constar

⁹³Chile. Corte Suprema de Justicia, Sentencia, Rol No. 3125-04, de 13 de marzo de 2007. Disponible en: <<http://132.248.9.34/hevila/Estudiosconstitucionales/2007/vol5/no1/19.pdf>>

⁹⁴ Christian Steiner y Patricia Uribe, *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario* (Berlín: Konrad-Adenauer-Stiftung e. V y Plural editores, 2014). Edición electrónica, 711.

de forma literal o expresa en un texto normativo, su interpretación –al menos en materia de derechos humanos- es y debe ser integral, lo que significa la **vi.i)** no supresión de libertades o derechos reconocidos en el derecho interno; **vi.ii)** la prevalencia del derecho internacional en materia de derechos humanos por sobre la norma constitucional cuando el derecho sea más favorable a la persona; **vi.iii)** la no exclusión de otros derechos que provengan de la dignidad humana; y, **vi.iv)** la prohibición de limitar los efectos que deriven de *otros instrumentos internacionales de derechos humanos* partícipes de la misma naturaleza.

Lo dicho construye la idea de un bloque constitucional de los derechos fundamentales, ya que de lo analizado se concluye esta particularidad, semejante propósito no es una perogrullada, la sensibilidad y respeto que genera la teoría de los derechos humanos en los diversos ordenamientos de la región permiten edificar tal acierto, con alta repercusión en el quehacer jurídico interno de los países, toda vez que los operadores de justicia tienen una responsabilidad insoslayable en pos del respeto a los derechos del ser humano; entonces, este bloque se convierte en unos casos en **i)** norma de interpretación y en otros en **ii)** parámetro de control de la constitucionalidad de las normas.

El profesor Nogueira Alcalá, ensaya una definición del bloque constitucional de los derechos fundamentales:

...el conjunto de derechos de la persona (atributos y garantías) asegurados por fuente constitucional o por fuente del derecho internacional de los derechos humanos (tanto el derecho convencional como del derecho consuetudinario y los principios de *ius cogens*), sin perjuicio de los derechos implícitos, expresamente incorporados ya sea por el propio texto constitucional por vía del artículo 29 literal c) de la CADH⁹⁵.

Para finalizar, insistimos en hacer hincapié en la importancia *de la interpretación* en materia de derechos humanos, pues, la Constitución se complementa con la norma supranacional, ya que aquellos se incorporan como fuente formal de derecho dentro de un ordenamiento jurídico, limitando la labor legislativa y la actuación de los órganos del Estado, propendiendo a su maximización y realización progresiva –no regresiva- de los derechos fundamentales que contiene aquel bloque constitucional, siendo el juez constitucional por antonomasia el encargado de ejercitar la hermenéutica jurídica y aplicar la norma que mejor proteja el goce y ejercicio de los derechos de la persona humana.

⁹⁵ Nogueira, “El bloque constitucional de derechos”, 14.

Hablamos, entonces, de la *incorporación* de normativa relacionada con el ámbito de protección de los derechos humanos, estén o no formulados positivamente, inclusive sin que sea necesario un *acto de recepción* sino que automáticamente ingresan a formar parte de la Constitución, ya sea por expreso mandato constitucional o por el ejercicio jurisprudencial; de suerte que, el bloque –ficción jurídica- tiene funcionalidad para reunir todas esas normas técnicamente dispersas para convertirse en instrumento de interpretación y en un baremo de constitucionalidad de las leyes.

3.3. Evolución jurisprudencial latinoamericana del bloque de constitucionalidad.

Para cerrar este primer capítulo, nos permitimos señalar que se ha decidido tomar como muestra representativa a tres países de Sudamérica como son Colombia, Argentina y Perú, por **i)** el grado de influencia que significan para la región y, sobre todo, para el Ecuador, ya que el ejercicio hermenéutico que las altas cortes de esos países han dado al tratamiento del corpus iuris de los derechos humanos han sido dignos de recalcar y analizar; **ii)** por la dinámica en los procesos de recepción del bloque de constitucionalidad y su adaptación a sus ordenamientos jurídicos, procesos de gran importancia porque han desarrollado a profundidad su objeto y uso a través de la jurisprudencia; **iii)** porque históricamente han vivido procesos violentos que han volcado su mirada a la incorporación de instrumentos internacionales de derechos humanos a sus ordenamientos como forma de fortalecer la democracia y el sistema de justicia; y, **iv)** por un proceso de influencia y experiencia constitucional, al menos, de la hermana república de Colombia, que fue decisiva en el contenido, por ejemplo, de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, así como el tratamiento técnico a la jurisprudencia expedida por la Corte-IDH, todo aquello situado dentro de la dinámica de los procesos de recepción y trasplantes jurídicos, analizados con detenimiento líneas arriba del presente capítulo.

3.3.1. Bloque de constitucionalidad en Colombia.

El caso colombiano es muy particular, toda vez que ha sido un proceso lento y evolutivo de recepción de la doctrina del bloque de constitucionalidad en su ordenamiento jurídico. Para una mejor esquematización tomaremos los estudios que al respecto han desarrollado Edgar Fuentes, Rodrigo Uprimny, César Londoño y Andrés Gutiérrez.

La pregunta central sería: *¿Cómo nace y se incorpora la doctrina del bloque de constitucionalidad en Colombia?*

Para responder a esta pregunta debemos revisar la Constitución de Colombia de 1991 que declara un catálogo amplio de derechos pero con un elemento adicional que desbordaba la concepción única del sistema de fuentes francés con preeminencia en la ley, pues, el catálogo no solo hacía referencia a los que constaban en el texto constitucional sino que cobijaba aquellos que integraban el sistema internacional de los derechos humanos⁹⁶. En ese sentido, el artículo 93 *ibídem* declara: “(...) *Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia*”⁹⁷.

La doctrina del “bloque de constitucionalidad” en Colombia fue acogida y desarrollada mediante la jurisprudencia para dar una explicación al fenómeno de la Constitución Material, empero, lejos del cuño dado por el derecho francés, toda vez que fue producto de un proceso de incorporación con recepción y trasplante que significó a entender de Diego López Medina que, el bloque de constitucionalidad para Colombia fuera reinventado⁹⁸.

No es sino con la praxis jurisprudencial que empieza a erigirse tal categoría, a partir del año de 1993, en la sentencia C-488/93 de la Corte Constitucional colombiana, dentro del salvamento de voto del magistrado Fabio Morón Díaz que señaló:

Este concepto del **Bloque de Constitucionalidad** aborda la realidad, que aparece al intérprete, al momento de aplicar una norma, en lugar de otra u otras normas de igual rango dentro del ordenamiento jurídico, para evitar el desplazamiento de éste en su conjunto (...) El principio hermenéutico en comento, permite zanjar las dificultades entre la eficacia de una norma frente a las exigencias de otras del mismo rango, sea que se ocupen de la misma materia o de materias distintas. En todo el principio, **se parte de la necesidad de lograr la vigencia de toda la Constitución, más que de un solo precepto de la misma**; lo que lleva al intérprete a realizar un esfuerzo de integración, de establecer la compatibilidad entre los distintos preceptos superiores⁹⁹. (El resaltado nos pertenece).

Era la primera vez que de forma explícita se nombraba el “bloque de constitucionalidad”. De lo que se observa, se utilizaba el concepto para unificar la Constitución por posibles contradicciones entre normas constitucionales, además de abonar

⁹⁶ Edgar Fuentes Contreras, *Materialidad de la Constitución. La doctrina del Bloque de Constitucionalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional*, (Bogotá: Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano y Grupo Editorial IBÁÑEZ, 2010), 91.

⁹⁷ *Constitución de la República de Colombia [1991]. Gaceta Constitucional*, No. 127, (10 de octubre de 1991).

⁹⁸ López, “La reinención del bloc”.

⁹⁹ Colombia. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia No. C-488/93, de 28 de octubre de 1993.

en la labor hermenéutica que realiza el intérprete, toda vez que se permite una cohesión entre las normas legales con los principios y valores previstos en la Constitución; sin embargo, no es sino hasta el año de 1995 que tal categoría se institucionalizó en la **sentencia No. C-225/95**, según la ponencia del magistrado Alejandro Martínez y se incorpora de forma expresa el concepto de “bloque de constitucionalidad” en una sentencia –no voto salvado–.

Lo mencionado en el párrafo anterior tiene dimensiones notorias, debido a que en esta sentencia, específicamente, se plasma el tipo de proceso propio de la Teoría Transnacional del Derecho, en palabras de Diego López Medina, la **recepción de una institución en un “sitio de recepción” como lo es Colombia**, proveniente del Derecho francés: el “*Bloc de Constitutionnalité*”, que tal como lo señalamos líneas arriba deriva de la práctica del Consejo Constitucional francés.

La Corte Constitucional colombiana realizaba un examen de constitucionalidad del “*Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II)*”, y de su ley aprobatoria; entonces, antes de iniciar el control de las disposiciones que contiene el Tratado y su ley aprobatoria, se detiene a analizar los alcances de aquella normatividad en el constitucionalismo colombiano y, es allí que tomando como base la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, menciona *prima facie* el alcance del bloque de constitucionalidad.

Aparentemente, en el análisis del tratado internacional -Protocolo II-, surgió una eventual contradicción entre los artículos 4 y 93 de la Constitución de Colombia y, la Magistratura constitucional tuvo que zanjar dicha circunstancia, pues, el primer artículo citado establece el principio de supremacía de la Constitución, en tanto que el segundo, hace referencia a la prevalencia de los tratados que reconocen derechos humanos por sobre el ordenamiento local. La Corte Constitucional señaló que el artículo 93 establece los tratados que hacen parte del bloque de constitucionalidad y su función es complementar y ampliar el articulado constitucional; no obstante, el problema se resuelve determinando que la prevalencia de los tratados de derechos humanos se materializa cuando estos forman junto a la Constitución un bloque de constitucionalidad.

La Corte Constitucional de Colombia subrayó lo siguiente:

Este concepto tiene su origen en la práctica del Consejo Constitucional Francés, el cual considera que, como el Preámbulo de la Constitución de ese país hace referencia al Preámbulo de la Constitución derogada de 1946 y a la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, esos textos son también normas y principios de valor constitucional que condicionan la validez de las leyes. Según la doctrina francesa, estos textos forman entonces un bloque con el articulado de la Constitución, **de suerte que la infracción por una ley de las normas incluidas en el bloque de constitucionalidad comporta la inexecutable de la disposición legal controlada**. Con tal criterio, en la decisión del 16 de julio de 1971, el Consejo Constitucional anuló una disposición legislativa por ser contraria a uno de los "principios fundamentales de la República" a que hace referencia el Preámbulo de 1946¹⁰⁰. (El subrayado nos pertenece).

El máximo Órgano Constitucional realizó un ejercicio interpretativo y comparativo con el sistema francés en cuanto a la aplicación del bloque de constitucionalidad e indicó que la violación por parte de una ley de las normas que integran el mismo, deriva en su inexecutable- la expulsión del ordenamiento jurídico de la norma acusada de inconstitucionalidad-. Este razonamiento de los jueces constitucionales parte de la idea de reflexionar sobre el tema de los tratados de los derechos humanos, cuya finalidad es la unificación de criterios respecto del funcionamiento de aquellos dentro del sistema jurídico colombiano, para lo cual recepta una figura ajena que estructuraría las relaciones entre el derecho internacional y el orden jurídico interno¹⁰¹.

Siguiendo el análisis de la sentencia C-225/95, sostenemos que el **modelo complejo de trasplante** se acoge en el ejercicio de interpretación realizado por la Corte, ya que el objeto transferido se acopla no solo como regla jurídica sino como un modelo teórico, cuyo engranaje responde a la tutela de los derechos fundamentales en Colombia.

Asimismo, líneas más debajo de la misma sentencia, se ensayó una primera definición de lo que integra el bloque de constitucionalidad:

Como vemos, **el bloque de constitucionalidad** está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados **como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes**, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional (...) ¹⁰². (El subrayado nos pertenece).

¹⁰⁰Colombia. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-225/95, de 18 de mayo de 1995.

¹⁰¹Andrés Gutiérrez Beltrán, *El bloque de constitucionalidad. Conceptos y fundamentos*, (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007), 28.

¹⁰² Colombia. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-225/95, de 18 de mayo de 1995.

Tal como se observa se extraen tres particularidades de la sentencia en estudio: **i)** que el catálogo de derechos es indeterminado; **ii)** el bloque como parámetro de control de constitucionalidad de las leyes y **iii)** el rango que se da a las normas y principios que la componen. Este concepto pergeñado por la Magistratura Constitucional, parte de lo que Rodrigo Uprimny ha descrito como “una constitución puede ser normativamente algo más que el propio texto constitucional, esto es, que las normas constitucionales, o al menos supralegales, pueden ser más numerosas que aquellas que pueden encontrarse en el articulado de la constitución escrita”¹⁰³.

En esa línea, la Corte Constitucional colombiana, además expresó una conclusión determinante: “(...) conviene tener en cuenta que estos convenios hacen parte, en sentido genérico, del corpus normativo de los derechos humanos, puesto que, tanto los tratados de derechos humanos en sentido estricto como los convenios de derecho humanitario son normas de *ius cogens* que buscan, ante todo, proteger la dignidad de la persona humana”¹⁰⁴. Este epílogo determina con claridad la posición que ostentan los tratados de derechos humanos en el sistema de fuentes piramidal en el ordenamiento jurídico colombiano.

Finalmente, esta sentencia reviste de gran importancia, toda vez que para algunos autores “sacudió los pilares sobre los que descansaba el concepto de Constitución en el ordenamiento colombiano”¹⁰⁵. Tres serían los efectos de esta sentencia: **i)** las normas del derecho internacional humanitario no requieren aprobación del Congreso para su ingreso al ordenamiento jurídico colombiano – forma automática-, cualquier norma infraconstitucional que la contraríe puede ser declarada inexecutable; **ii)** las normas internacionales de derecho humanitario son parte del *ius cogens*, cuyo efecto impregna la imposibilidad de que el legislador o el constituyente no las pueda limitar o restringir; y, **iii)** una actualización constante del ordenamiento jurídico constitucional a los progresos del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho humanitario¹⁰⁶.

¹⁰³ Rodrigo Uprimny, “Bloque de Constitucionalidad, Derechos Humanos y Nuevo Procedimiento Penal”, *Djusticia*, (2005): 2, <http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.47.pdf>

¹⁰⁴ Colombia. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-225/95, de 18 de mayo de 1995.

¹⁰⁵ Gutiérrez, “El bloque de constitucionalidad. Conceptos y fundamentos”, 29.

¹⁰⁶ *Ibíd.*

Otra sentencia que marca un hito en la aplicación del bloque de constitucionalidad es la **sentencia No. C-191/98**, que denota relevancia porque se exponen los sentidos en los que debe entenderse el bloque. Así, la Corte Constitucional expresó:

Efectivamente, resulta posible distinguir dos sentidos del concepto de bloque de constitucionalidad. En un primer sentido de la noción, que podría denominarse bloque de constitucionalidad *stricto sensu*, se ha considerado que se encuentra conformado por aquellos principios y normas *de valor constitucional*, los que se reducen al texto de la Constitución propiamente dicha y a los tratados internacionales que consagren derechos humanos cuya limitación se encuentre prohibida durante los estados de excepción (C.P., artículo 93). Más recientemente, la Corte ha adoptado una noción *lato sensu* del bloque de constitucionalidad, según la cual aquel estaría compuesto por todas aquellas normas, de diversa jerarquía, que sirven como parámetro para llevar a cabo el control de constitucionalidad de la legislación. Conforme a esta acepción, el bloque de constitucionalidad estaría conformado no sólo por el articulado de la Constitución sino, entre otros, por los tratados internacionales de que trata el artículo 93 de la Carta, por las leyes orgánicas y, en algunas ocasiones, por las leyes estatutarias (...).¹⁰⁷ (El resaltado nos pertenece).

Andrés Gutiérrez señala que: “Así, el bloque de constitucionalidad en sentido estricto está compuesto por el preámbulo de la Constitución, los tratados de límites que definen la extensión del territorio, las normas de derecho internacional humanitario y los tratados sobre derechos humanos ratificados por el Estado colombiano”¹⁰⁸. La parte medular de esta sentencia es la intención de la Corte de incluir en el bloque a las normas que carecen de rango constitucional, dividiendo el criterio inicial de la noción del bloque.

En el año de 1999, la Corte Constitucional colombiana mediante sentencia T-568, mantuvo una posición estricta respecto a los convenios suscritos con la Organización Internacional del Trabajo (OIT) a los cuales les otorgó una jerarquía al nivel de la legislación ordinaria, esto en aplicación del artículo 53 de la Constitución y manifestando que aquellos convenios, únicamente, formarán parte del bloque de constitucionalidad cuando desarrollen derechos humanos fundamentales. Lo dicho significa dos cosas: **i)** que no todo convenio de trabajo ratificado por Colombia pertenece al bloque de constitucionalidad pero sí a la legislación interna; y, **ii)** que la mayoría de veces los convenios de la OIT se encargan de regular temas relacionados con los derechos humanos fundamentales¹⁰⁹.

¹⁰⁷ Colombia. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia No. C-191/98, de 6 de mayo de 1998.

¹⁰⁸ Gutiérrez, “El bloque de constitucionalidad. Conceptos y fundamentos”, 35.

¹⁰⁹ Fuentes, “Materialidad de la Constitución”, 105-6.

3.3.2. Bloque de Constitucionalidad en Argentina

Tomaremos los estudios de Manuel Góngora Mera para comprender de mejor forma la situación de esta doctrina en Argentina.

Al igual que Colombia, Argentina tuvo un antes y un después en su vida jurídica constitucional, pues la reforma a la Constitución de 1994 trajo consigo “el achatamiento del triángulo superior de la pirámide Kelseniana”¹¹⁰; en otras palabras, la Carta Fundamental tenía que convivir junto a los tratados internacionales de derechos humanos. Lo dicho no significó que la Constitución haya perdido supremacía, sino que ahora ya no era el único referente que debían seguir las normas infraconstitucionales para tener validez dentro del ordenamiento jurídico.

Argentina vivió un cruento episodio en su historia nacional, por la dictadura militar que se instauró en el periodo comprendido entre los años de 1976 hasta 1983, año en que asumió el poder Raúl Alfonsín de forma democrática. En este espacio de tiempo se cometieron violaciones sistemáticas a los derechos humanos, crímenes de lesa humanidad, entre otros. Existieron intentos por dejar impunes los crímenes cometidos en el periodo antes señalado, promulgando las leyes de Obediencia Debida y Punto Final; no obstante, la *recepción* de la jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos y el otorgamiento de categoría constitucional a los mismos, configuró la forma de hacer derecho en ese país.

Trataremos de examinar de forma sucinta la jurisprudencia relevante que nos aproxime a una noción del bloque de constitucionalidad en la República Argentina. Así, por ejemplo, tenemos el fallo Ekmekdjian Miguel Ángel c/ Sofovich Gerardo (Fallos 315:1492)¹¹¹.

El caso antes citado trataba de una demanda de amparo propuesta por Ekmekdjian en contra de Sofovich, sustentado en su derecho a la réplica, pues, solicitaba se leyera en vivo una carta de contestación al señor Dalmiro Sáenz, quien expuso, según el demandante, frases ofensivas en contra de Jesús y la Virgen María. Para dicho acto invocó el artículo 14.1 del Pacto de San José de Costa Rica, empero, el juez de *a quo* rechazó las pretensiones del actor argumentando que dicho artículo consagra el derecho de respuesta siempre y cuando se

¹¹⁰ Manuel Góngora Mera, “El Bloque de Constitucionalidad en Argentina y su relevancia en la lucha contra la impunidad”, Centro de Derechos Humanos de Nuremberg, (2007): 1, <http://www.nmrz.de/wp-content/uploads/2009/11/Bloque_Constitucionalidad_Argentina_impunidad.pdf>.

¹¹¹ Argentina. Corte Suprema de Justicia de la Nación, Sentencia Ekmekdjian Miguel Ángel c/ Sofovich Gerardo, Fallos 315: 1492, de 7 de julio de 1992, <http://perio.unlp.edu.ar/sites/default/files/ekmekdjian_sofovich.pdf>.

establezca en la condiciones que manda la ley. No existía ley interna. El caso pasó a la Corte Suprema de Justicia y allí se entabló el debate en el sentido de si el Pacto de San José integraba o no el ordenamiento jurídico interno.

La Corte Suprema funda su jurisprudencia invocando la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados y en el numeral 18 de la sentencia señaló que:

La Convención de Viena sobre el derecho de los tratados (...) confiere primacía al derecho internacional sobre el derecho interno. Ahora esta prioridad de rango integra el ordenamiento jurídico argentino. La convención es un tratado internacional, constitucionalmente válido, que asigna prioridad a los tratados internacionales frente a la ley interna en el ámbito del derecho interno, esto es, un reconocimiento de la primacía del derecho internacional por el propio derecho interno¹¹².

La Corte en su análisis continuó diciendo que la Convención alteró la situación del ordenamiento jurídico argentino propuesto en otros fallos y razonó en el sentido de que ya no cabe la preposición jurídica de que “no existe fundamento normativo para acordar prioridad al tratado frente a la ley”¹¹³, pues, los magistrados concluyen que el fundamento se encuentra en el artículo 27 de la Convención de Viena y que es obligatorio para los órganos del Estado argentino observar su aplicación y otorgar primacía al tratado en caso de que existiese controversia con cualquier norma interna del ordenamiento jurídico, caso contrario equivale al incumplimiento del tratado internacional.

Así mismo, la Corte Suprema de Justicia argentina para fundamentar su decisión en el presente caso de estudio, adoptó la interpretación realizada por la Corte-IDH al artículo 14.1 de la Convención, recogida en la **Opinión Consultiva OC-7/86**¹¹⁴ solicitada por el gobierno de Costa Rica y que se relaciona con la “Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta”. En aquella ocasión y dentro del considerando No.21 señaló: “Que la interpretación del Pacto debe, además, guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, uno de cuyos objetivos es la interpretación del Pacto de San José (Estatuto, art. 1º)”. De esta forma, la antedicha Opinión rechazaba el argumento de que la frase “en las condiciones que establezca la ley” estipulada al final del inciso primero del artículo 14 de la Convención,

¹¹² *Ibíd.*

¹¹³ *Ibíd.*

¹¹⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Opinión Consultiva OC-7/86. Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta (Arts.14.1, 1.1, 2 de La Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, 29 de agosto de 1986. <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_07_esp.pdf>. Consulta: 8 de febrero de 2018.

signifique exclusivamente que el derecho contenido en esa disposición pueda ser exigible una vez que se emita una ley formal donde se indique las condiciones para ser ejercido, al contrario, indicó que el Pacto reconoce derechos y libertades, no “faculta” a los Estados para hacerlo; por lo tanto, si una persona no puede exigir su derecho a la réplica, se configura una clara violación al instrumento internacional de derechos humanos.

Por otro lado, no es sino a partir de las reformas a la Constitución del año de 1994 que en el inciso 22 del artículo 75 de la Constitución se establece de forma explícita: “Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes”. Además, el citado artículo detalla de forma expresa y reconoce con jerarquía constitucional a un listado de tratados internacionales sobre derechos humanos.

Lo dicho, significa que a partir de la reforma de 1994 la Constitución reconoce de forma explícita jerarquía a los tratados frente a las normas infraconstitucionales, equipara, además a ciertos tratados con la Constitución, lo que en la doctrina se conoce como “bloque de constitucionalidad”.

Para Manuel Góngora, en Argentina hacen parte del bloque una lista definida de declaraciones y tratados de derechos humanos siempre y cuando cumplan las siguientes funciones:

1. Que estén vigentes, esto es, se otorga rango constitucional a los tratados que la Constitución establece o los que el Congreso por reforma adicione, siempre y cuando hayan entrado en vigor según las normas del derecho internacional (...)
2. Que no deroguen artículo alguno de la primera parte de la Constitución (...)
3. Que se interpreten como complementarios de los derechos y garantías reconocidos en la Constitución, es decir, las Declaraciones y Tratados que hacen parte del Bloque deben interpretarse de manera extensiva frente a los derechos reconocidos en el texto constitucional, de forma que amplíen el marco de protección (...)¹¹⁵

La diferencia con Colombia es que Argentina adoptó una lista enumerada de declaraciones y tratados internacionales que conforman el bloque, ya que a diferencia de su par colombiano se desarrolla una referencia general de lo que compone el bloque.

El bloque como herramienta de interpretación e instrumento para limitar la validez de normas de rango legal fue fundamental para no dejar en la impunidad las graves violaciones a los derechos humanos cometidos durante la dictadura militar y que pretendían quedar en la impunidad a través de las *leyes de Obediencia Debida y Punto Final (leyes de autoamnistía)*,

¹¹⁵ Góngora, “El Bloque de Constitucionalidad en Argentina”, 8-9.

pues la lucha era llevar a los responsables a la justicia para que respondan por delitos de lesa humanidad.

En esa línea, la recepción de la jurisprudencia interamericana de derechos humanos; así como, la incorporación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad fue el soporte para frenar tal pretensión. Este proceso de declarar inconstitucional *las leyes de autoamnistía* fue largo y tortuoso debido a la renuencia de los jueces del máximo Tribunal de Justicia a **reconocer los efectos de los instrumentos internacionales de derechos humanos**.

La Corte Interamericana tuvo que pronunciarse en el fallo “Barrios Altos”¹¹⁶ de Perú que analizaba una ley de autoamnistía, llegando a concluir que tales leyes son contrarias a la Convención y, por tal, carecen de efectos jurídicos pues vulneraban varios derechos previstos en ese cuerpo normativo supranacional –disposiciones de prescripción, ser oído por un juez, protección judicial, investigación, etc.- para que la Corte Suprema de Justicia de Argentina reconsidere el valor de la jurisprudencia interamericana, que en el caso mencionado consideró que los efectos de la sentencia “Barrios Altos” tenían efectos generales y que se aplicaban a casos análogos¹¹⁷. Así que, fue esta sentencia unida a la ya mencionada *Ekmekdjian c/ Sofovich* las que se consolidaron en Argentina como respuesta a las violaciones de derechos humanos durante la dictadura, abriendo las puertas para derogar leyes de autoamnistía y juzgar a los responsables.

En Argentina se cometieron delitos de lesa humanidad; sin embargo, no existían normas penales para tipificar como tales aquellos crímenes contra la humanidad, lo que imposibilitaba una persecución para aclarar tales hechos graves. Se abordaba bajo figuras del derecho penal clásico, pese a que el contenido de los crímenes internacionales es distinto¹¹⁸. El reconocimiento de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas por *Ley 24.820 del año de 1997* fue un aliciente de actualización en la normativa de los

¹¹⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Barrios Altos vs. Perú*, Sentencia de 14 de marzo de 2001.

¹¹⁷ Consulta de la Comisión IDH a la Corte IDH, solicitando se aclare los efectos de la sentencia del caso Barrios Altos vs. Perú, expedida el 14 de marzo de 2001. La Corte IDH manifestó que: “...lo resuelto en la sentencia de fondo en el caso Barrios Altos tiene efectos generales, y en esos términos debe ser resuelto el interrogante formulado en la demanda de interpretación presentada por la Comisión”. Sentencia interpretativa de 03 de septiembre de 2001, párrafo 18.

¹¹⁸ Góngora, “El Bloque de Constitucionalidad en Argentina”, 25.

derechos humanos, no obstante, sus efectos eran lentos y de poco impacto. No es sino hasta el año 2003 que se otorga rango constitucional a la Convención de Naciones Unidas sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, cuyo efecto fue extraordinario en la labor de control constitucional de los jueces –**control difuso**– siendo posible ejercer dicho control en la leyes de Obediencia Debida y Punto Final, cuyo colofón fue la reapertura de los juicios sobre responsabilidad penal y civil por crímenes de lesa humanidad durante la dictadura.¹¹⁹

Es necesario mencionar que la *labor hermenéutica de los jueces de instancia* en el control de las leyes de autoamnistía fue determinante, pues, si bien el Congreso derogó en el año de 1998 aquellas normas, tuvieron un efecto simbólico, ya que alegaron irretroactividad sin que se afecte la situación de los beneficiarios de tales leyes –participes de la dictadura–, empero, el ejercicio de control difuso de constitucionalidad por parte de los jueces de instancia, permitió que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, se apersona a través de los recursos extraordinarios de inconstitucionalidad y resuelva en última instancia la situación de las leyes de autoamnistía. Así fue que, el máximo Tribunal de Justicia, reconoció el principio de imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad, declaró inconstitucional las leyes de amnistía y, también, los indultos en casos de crímenes de lesa humanidad¹²⁰.

Es el *caso Simón*¹²¹ que cierra el punto más álgido de la justicia argentina en el tema de la eficacia de las resoluciones respecto a la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad, pues allí se resuelve el tema de la imposibilidad de reabrir la persecución penal respecto de las personas que fueron beneficiados por las leyes de autoamnistía, el debate se enfrasca en que no se puede sacrificar los principios de garantía del debido proceso como el *non bis in idem* y la cosa juzgada; sin embargo, la Corte concluye que:

Quienes resultaron beneficiarios de tales leyes no pueden invocar ni la prohibición de retroactividad de la ley penal más grave ni la cosa juzgada. Pues de acuerdo con lo establecido por la Corte Interamericana, tales principios no pueden convertirse en el impedimento para la anulación de las leyes mencionadas¹²².

¹¹⁹ *Ibíd.*, 26.

¹²⁰ *Ibíd.*, 26-7.

¹²¹ Argentina. Corte Suprema de Justicia de la Nación, S.1767. XXXVIII, Causa No. 17.768, Fallo Simón, Julio Héctor y otros, de 14 de julio de 2005, <<http://www.dipublico.org/3799/simon-julio-hector-y-otros/>>.

¹²² *Ibíd.*, considerando No. 31.

Por otra parte, en el año 2009, la Corte Suprema de Justicia expidió el fallo “**Arriola, Sebastián y otros No. 9080**” en la que volvió a declarar la inconstitucionalidad de la punición de la tenencia de estupefacientes para uso personal, esto es, el artículo 14 de la Ley 23.737. Cabe resaltar que en el año 1986 también emitió una sentencia que marcó un hito en la jurisprudencia argentina relacionada con la tenencia de estupefacientes, este fue el fallo “**Bazterrica, Gustavo Mario s/tenencia de estupefacientes**”¹²³ que declaró la invalidez constitucional del artículo 6 de la Ley 20.771 que incriminaba la tenencia de estupefacientes para uso personal, sin embargo, aquél fue revocado por el fallo “**Montalvo (Fallos: 313:1333)**”¹²⁴ de 1990.

Lo interesante del fallo Arriola es que la Corte aparte de abandonar el punitivo fallo “Montalvo”, funda su decisión enfocándose en la incorporación de los tratados internacionales de derechos humanos al ordenamiento jurídico argentino –artículo 75 numeral 22 de la Constitución-, que es lo que se conoce como su bloque de la constitucionalidad, pues realiza una interpretación extensiva de los principios que consagran dichos instrumentos internacionales, tales como, la privacidad, dignidad y acceso a la justicia, transgredidos y en palabras de Marcelo Alegre “por la penalización (la dignidad por penar al consumidor como medio para atrapar a los traficantes, y el acceso a la justicia por la revictimización del consumidor)”¹²⁵. La Corte, inclusive, señaló que el principio *pro homine* es más favorable a la solución dada en el caso Bazterrica.

Es de resaltar nuevamente el antes y el después de la reforma a la Constitución de 1994, ya que tal como lo señala la Corte Suprema en el considerando No. 16 de la sentencia Arriola:

Cabe tener presente que una de las pautas básicas sobre la que se construyó todo el andamiaje institucional que impulsó a la **Convención Constituyente de 1994 fue el de incorporar a**

¹²³ Argentina. Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallo Bazterrica, Gustavo Mario s/tenencia de estupefacientes, de 29 de agosto de 1986, <<http://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-gustavo-mario-bazterrica-tenencia-estupefacientes-fa86000507-1986-08-29/123456789-705-0006-8ots-eupmocsollaf>>.

¹²⁴ Argentina. Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallo Montalvo, Ernesto Alfredo. s/ INF. LEY 20.771, de 11 de diciembre de 1990, <<http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoSumario.html?idDocumentoSumario=2540>>.

¹²⁵ Marcelo Alegre, “Arriola, Bazterrica y la Igualdad Democrática”, Universidad de Buenos Aires, Lecciones y Ensayos No. 89 (2011), <<http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/89/alegre-marcelo-arriola-bazterrica-y-la-igualdad-democratica.pdf>>.

los tratados internacionales sobre derechos humanos como un orden equiparado a la Constitución Nacional misma (artículo 75, inc.22)¹²⁶. (El subrayado nos pertenece).

Esto significó la relevancia que el constituyente le otorgó al sistema internacional de los derechos humanos, tanto así que estructuró un artículo reconociendo qué instrumentos internacionales el Estado argentino reconoce. Además, fue evidente que este proceso histórico constitucional alteró el sistema de fuentes tradicional, ya que modificó profundamente el panorama constitucional y la forma de hacer derecho, toda vez que los jueces contaban con mejores mecanismos de interpretación y argumentación, la jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos fue tomada en cuenta para motivar esta decisión: estándares, parámetros, de sentencias y opiniones consultivas de la Corte-IDH, da muestra del cambio jurisprudencial argentino después de la reforma constitucional de 1994, muestra de aquello lo podemos observar en los considerandos 16 al 23 del fallo Arriola.

En síntesis, fue la gran reforma a la Constitución del año de 1994 la que marcó un antes y un después en la forma de hacer derecho en ese país, ya que redefinió su sistema de fuentes reconociendo jerarquía constitucional a los tratados internacionales de derechos humanos, muestra de aquello es que es el único país de América del Sur -conformado por doce países-, que ostenta un listado taxativo de normas internacionales en su Constitución, contenido específicamente en el artículo 75 numeral 22 y que integran su bloque de constitucionalidad.

En resumen, se consolidó una cultura de respeto a los derechos humanos que fue expandiéndose con el tiempo y el resultado de la reforma constitucional del año de 1994 dio un vuelco a su sistema de fuentes. El cambio estructural del sistema judicial argentino con operadores de justicia que entendieron que a pesar del pasado escabroso y violento en contra de la integridad de las personas que vivió su país en el pasado, era de imperiosa necesidad incorporar al ordenamiento jurídico los instrumentos internacionales de derechos humanos y aplicarlos por medio del ejercicio jurisprudencial, para fortalecer la democracia y el sistema de justicia, tan venido a menos por las causas antes expuestas.

¹²⁶ Argentina. Corte Suprema de Justicia de la Nación, Causa No. 9080, Fallo Arriola, Sebastián y otros s/ RECURSO DE HECHO, de 25 de agosto de 2009, <<http://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-arriola-sebastian-otros-recurso-hecho-causa-9080-fa09000059-2009-08-25/123456789-950-0009-0ots-eupmocsollaf>>.

3.3.3. Bloque de constitucionalidad en el Perú

En el caso de este país, la idea del bloque de constitucionalidad se la asimila con el control de constitucionalidad de las leyes, significa que siendo el Tribunal Constitucional del Perú el máximo órgano de control¹²⁷ e interpretación de la Norma Fundamental,¹²⁸ para resolver una presunta inconstitucionalidad de leyes dentro de un caso sometido a su conocimiento –a través de la acción de inconstitucionalidad-, acude en palabras de Artemio Meza Hurtado “a otras normas y criterios, que se conocen como el parámetro de constitucionalidad o bloque de constitucionalidad”;¹²⁹ es decir, tanto la Constitución –*Lex Legum*- cuanto las normas con rango de ley, actúan como parámetro de otras normas que son sometidas al control de constitucionalidad, estas últimas, también, son fuente normativa para realizar dicho propósito

El Tribunal Constitucional del Perú en una serie de sentencias ha prescrito que “se debe comprender como integrante del bloque de constitucionalidad a toda norma de naturaleza jurídica, que si bien ni está desarrollada por la Constitución, tiene algún tipo de jerarquía constitucional y sirva como parámetro constitucional para la toma de decisión tanto del Tribunal Constitucional como de los demás órganos jurisdiccionales”¹³⁰, por ejemplo, véase la STC, procesos acumulados 0020-2005-PI/TC y 0021-2005-PI/TC, dentro de la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Presidente de la República contra las Ordenanzas Regionales No. 031-2005-GRC/CRC, No.015-2004-CR-GRH y No. 027-2005-E-CR-GRH¹³¹.

El sustento jurídico de la afirmación mencionada *ut supra* descansa en el artículo 79 del Código Procesal Constitucional peruano que manda como principio de interpretación

¹²⁷ *Constitución Política del Perú*, *Diario Oficial El Peruano s/n* (29 de diciembre de 1993), “Artículo 201°.- Tribunal Constitucional El Tribunal Constitucional es el órgano de control de la Constitución. Es autónomo e independiente. Se compone de siete miembros elegidos por cinco años...” < <http://portal.jne.gob.pe/informacionlegal/Constitucion%20y%20Leyes1/CONSTITUCION%20POLITICA%20DEL%20PERU.pdf> >

¹²⁸ Perú, *Ley Orgánica del Tribunal Constitucional –Ley No. 28301-*, *Diario Oficial El Peruano s/n* (2004), “Artículo 1°.- Definición El Tribunal Constitucional es el órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad...”, < [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/84DBACCBA7BE1AF005257A870054A135/\\$FILE/LEY_N%C2%BA_28301.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/84DBACCBA7BE1AF005257A870054A135/$FILE/LEY_N%C2%BA_28301.pdf) >

¹²⁹ Artemio Meza Hurtado, “El denominado bloque de constitucionalidad como parámetro de interpretación constitucional, ¿Es necesario en el Perú?”, *Revista Oficial del Poder Judicial*, No. 8 y 9, (Año 6-7, 2012-2013): 143.

¹³⁰ *Ibíd.*, 147.

¹³¹ *Ibíd.*

para los procesos de inconstitucionalidad, la «consideración» por parte del Tribunal Constitucional de adoptar para el examen de constitucionalidad no solo las **i)** normas constitucionales, también, **ii)** las leyes dictadas para delimitar competencias o atribuciones de los órganos del Estado o el ejercicio de los derechos fundamentales de las personas¹³².

El Tribunal Constitucional del Perú ha pergeñado en su extensa jurisprudencia el contenido del bloque, para lo cual, ha sostenido su postura según lo prescrito en el artículo 79 *ibídem*, de suerte que nos acercamos a una primera definición del contenido del bloque de constitucionalidad; sin embargo, se deriva un *problema de interpretación* en el significado de la norma infraconstitucional ya mencionada: ¿Cuáles son las *leyes* dictadas dentro del marco constitucional para delimitar competencias de los órganos estatales y el ejercicio de los derechos fundamentales de las personas?.

En ese sentido, la STC, Exp. No. 007-2002-AI/TC, expedida por la Corporación Constitucional, dentro del caso Municipalidad Metropolitana de Lima, si bien determina a través del fundamento tercero, que la Constitución *prima facie* es el parámetro de referencia para el control de la constitucionalidad dentro de una acción de inconstitucionalidad, de igual forma, en el fundamento quinto señala que:

No obstante, cabe ahora señalar que, en determinadas ocasiones, ese parámetro puede comprender a otras fuentes distintas de la Constitución y, en concreto, a determinadas fuentes con rango de ley, siempre que esa condición sea reclamada directamente por una disposición constitucional (v.g. la ley autoritativa en relación con el decreto legislativo).¹³³

En esta sentencia el Tribunal Constitucional, realiza una excepción, pues, deja abierta la posibilidad de que la Constitución no sea la única fuente de referencia para el control de la constitucionalidad de las leyes, sino que eventualmente otras fuentes distintas a la Norma Suprema cumplan esa función.

En otra sentencia, la STC, Exp. No. 0046-2004-PI/TC, dentro del caso de acción de inconstitucionalidad propuesta por el alcalde de la Municipalidad de Lima contra la

¹³² Perú, *Código Procesal Constitucional -Ley No. 28237-*, Diario Oficial El Peruano s/n (2004), “Artículo 79.- Principios de interpretación. Para apreciar la validez constitucional de las normas el Tribunal Constitucional considerará, además de las normas constitucionales, las leyes que, dentro del marco constitucional, se hayan dictado para determinar la competencia o las atribuciones de los órganos del Estado o el ejercicio de los derechos fundamentales de la persona”, < http://www.tc.gob.pe/tc/private/adjuntos/transparencia/pdf/marco_legal/Codigo_Procesal.pdf >.

¹³³ Perú, Tribunal Constitucional del Perú, STC, Exp. No. 007-2002-AI/TC, de 27 de agosto de 2003, < <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00007-2002-AI.html> >

Ordenanza No. 181-MSS de la Municipalidad de Surco, el Tribunal Constitucional reconoció como norma que hace parte del bloque de la constitucionalidad a la *Ley Orgánica de Municipalidades*, señalando que:

...Las normas del bloque de constitucionalidad son aquellas que se caracterizan por desarrollar y complementar los preceptos constitucionales relativos a los fines, estructura, organización y funcionamiento de los órganos y organismos constitucionales, amén de precisar detalladamente las competencias y deberes funcionales de los titulares de éstos, así como los derechos, deberes, cargas públicas y garantías básicas de los ciudadanos...¹³⁴

El Constitucional a través de la STC, Exp. No. 1049-2003-AA/TC, reconoció la existencia de un bloque de constitucionalidad y señaló que la interpretación que realiza dicho órgano no se remite exclusivamente a la Constitución sino que se extiende a otras normas infraconstitucionales, dando a entender que la Norma Suprema por su estructura es un texto inacabado que requiere de otras normas para ser completado, v.gr., y, para el caso, la Ley No. 23506 que regula el Habeas Corpus y el Amparo en el Perú y sus leyes conexas. El Tribunal Constitucional expresó lo siguiente:

La interpretación que efectúa el Tribunal Constitucional no sólo abarca las normas constitucionales propiamente dichas, sino que se extiende a todas las demás comprendidas en el denominado bloque de constitucionalidad.

Dicho concepto permite completar el marco normativo de un texto fundamental de por sí sutil o inacabado. Por ende, comprende el conjunto de normas constitucionales y las respectivas normas infraconstitucionales que contienen su regulación complementaria (tal el caso de la Ley N.º 23506 y demás normas conexas)¹³⁵.

Otro caso de importancia, respecto al tema en comento, se dio dentro de la sentencia STC, Exp. No. 0041-2004-AI/TC¹³⁶, en la acción de inconstitucionalidad interpuesta por la Defensoría del Pueblo en contra de una serie de Ordenanzas expedidas por las municipalidades relacionadas con el régimen legal tributario. El Tribunal se refirió al bloque de constitucionalidad como sinónimo de parámetro.

De igual forma, en el ejercicio interpretativo del artículo 74 de la Constitución peruana que establece la potestad tributaria de los municipios, menciona que los límites de

¹³⁴ Perú, Tribunal Constitucional del Perú, STC, Exp. No. 0046-2004-PI/TC, de 15 de febrero de 2005, < <http://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00046-2004-AI.html> >

¹³⁵ Perú, Tribunal Constitucional del Perú, STC, Exp. No. 1049-2003-AA/TC, de 30 de enero de 2004, < <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/01049-2003-AA.html> >.

¹³⁶ Tribunal Constitucional del Perú, STC, Exp. No. 0041-2004-AI/TC, de 11 de noviembre de 2004, < <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00041-2004-AI.html> >

dichas prerrogativas lo impone la ley, de suerte que, el ámbito de control constitucional se extiende no solo a la Constitución sino aquellas disposiciones normativas que por mandato constitucional son direccionadas. En este caso, el Tribunal indicó que tanto la Ley de Tributación Municipal cuanto la Ley Orgánica de Municipalidades pertenecen al bloque de la constitucionalidad.

Lo expuesto, no está exento de polémica, si bien la institución del bloque de la constitucionalidad se la entiende como un instrumento de apoyo a la interpretación constitucional ora por la rigidez de las Constituciones ora por la textura abierta de sus normas, se construye esta ficción para ampliar las fuentes normativas e incluir a la jurisprudencia, tratados internacionales de derechos humanos, costumbre, etc.; no obstante, ahí mismo se genera otro problema y está relacionado con su composición, pues, si se acuerda que aquellas normas tendrán la misma validez y jerarquía que una norma constitucional, entonces: ¿Qué normas forman el bloque de la constitucionalidad?.

En el Perú algunos autores no comulgan con la idea de la existencia del bloque de constitucionalidad¹³⁷. Lo cierto es que, de lo provisto por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional podemos concluir que el bloque de la constitucionalidad en el Perú **i)** sirve como parámetro del juicio de constitucionalidad y, **ii)** debido a la diversidad de órganos y competencias, surge la necesidad de delegar a otras fuentes formales –infraconstitucionales– los límites a la producción jurídica.

¹³⁷ Meza, “El denominado bloque de constitucionalidad”, 161.

Capítulo segundo

El bloque de la constitucionalidad en Ecuador

En el caso del Ecuador existe un problema relacionado con la escasa producción jurisprudencial en la construcción y determinación de la noción del bloque de constitucionalidad¹³⁸, amén del flaco interés de la academia sobre este instituto que merece profundidad de análisis por la incidencia directa que sus componentes pueden ocasionar en el ordenamiento jurídico interno; así como, el desconocimiento de su naturaleza, contenido y funcionalidad.

Trataremos de aportar y construir una noción del bloque de la constitucionalidad a partir del análisis de la doctrina comparada, principalmente, de los sitios de producción jurídica¹³⁹, que arrojan un razonamiento tautológico con el objetivo de dotarle de una identidad y categoría dogmática a este instituto, desvirtuando posibles contradicciones o ¿acaso encontrando similitudes?, empero, yuxtaponiendo a nuestras propias realidades tanto en el espacio cuanto el tiempo.

Para el propósito antes descrito, consideramos pertinente describir, en primer lugar, el modelo de Estado que tiene el Ecuador y aquello consecuentemente nos lleva a revisar y repensar las nuevas corrientes de pensamiento constitucional para dotar de fundamento teórico a nuestro trabajo –tomar una posición–, ya que en el contexto actual se está cimentando una cultura jurídica respetuosa de los derechos humanos y esto debido a los

¹³⁸ El material jurisprudencial de referencia, se lo obtiene de escasas sentencias tanto del Tribunal Constitucional cuanto de la Corte Constitucional para el periodo de transición y la Corte Constitucional, que han hecho una somera referencia al “Bloque de Constitucionalidad”, tales como: Resolución 001-2004-DI del Tribunal Constitucional, R.O. 374, 9-08-2004; Resolución 002-2005-DI del Tribunal Constitucional, Suplemento R.O. 382, 23-10- 2006; Resolución 0035-2006-DI del Tribunal Constitucional, Suplemento R.O. 114, 27-06-2007; Sentencia 0001-009-SIS, Sentencia 001-10-SIN-CC, de la Corte Constitucional para el periodo de transición; Sentencia 003-14-SIN-CC, Sentencia 146-14-SEP-CC de la Corte Constitucional, entre otras.

¹³⁹ “Un sitio de producción parece ser un medio especial en el que se producen discusiones iusteóricas sobre la naturaleza del derecho con altos niveles de influencia transnacional. Los sitios de producción están usualmente afincados en los círculos intelectuales e instituciones académicas de naciones-estados centrales y prestigiosos. Por consiguiente, los países centrales generan los productos más difundidos de TTD, productos que con el tiempo circulan por la periferia, para finalmente constituir el canon normalizado del campo a escala global”. En tal sentido, véase a Eduardo López Medina, “¿Por qué hablar de una “Teoría Impura del Derecho” para América Latina?, en Daniel Bonilla Maldonado, edit., *Teoría del derecho y trasplantes jurídicos*, (Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad de los Andes- Instituto Pensar, 2009), 66.

instrumentos que el constitucionalismo moderno ofrece y que han sido adoptados por el Estado ecuatoriano en su Constitución y que son propicias para describir la naturaleza del bloque de la constitucionalidad. En segundo lugar, analizaremos sus instituciones jurídicas, especialmente, las que tienen relación con el bloque de constitucionalidad y, finalmente realizaremos una aproximación al concepto de la institución en estudio.

1. El constitucionalismo contemporáneo

Vivir en esta época nos permite evidenciar con mayor detenimiento la evolución del Estado Liberal (Estado Legislativo de Derecho) al constitucionalismo post- bélico. Estos episodios marcan un antes y un después en la historia del constitucionalismo en la medida en que:

(...) ha dado lugar al surgimiento de una nueva cultura jurídica, el neoconstitucionalismo (...) no cabe la menor duda de 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 (...)¹⁴⁰.

Si aquél modelo *paleo-iuspositivista*¹⁴¹ se forjó en mayor medida en la Revolución Francesa con el objetivo de garantizar las libertades frente al ejercicio del poder (*Ancien Régime*), es decir, frenar su arbitrariedad, racionalizarlo y someterlo a lo prescrito en la ley (*nomocracia* o gobierno de las leyes)¹⁴²; el actual constitucionalismo busca instaurar una nueva teoría del Derecho y del Estado, además, construir una innovadora cultura jurídica en los modernos Estados Constitucionales de Derecho.

Latinoamérica desde hace algunos años viene adoptando modelos de Estado que empujan hacia una nueva era constitucional, a decir de la propuesta de algunos autores un “neoconstitucionalismo”, “constitucionalismo contemporáneo”, “constitucionalismo a secas”¹⁴³, incluso un “neoconstitucionalismo transformador”¹⁴⁴; no obstante, el neoconstitucionalismo es una corriente de pensamiento jurídico, que si bien mantiene raíces

¹⁴⁰ Luis Prieto Sanchís, “El Constitucionalismo de los Derechos”, en Miguel Carbonell, edit., *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, (Madrid: Editorial Trotta y UNAM, 2007), 213.

¹⁴¹ Luigi Ferrajoli, “Pasado y futuro del Estado de Derecho”, en Miguel Carbonell, edit., *Neoconstitucionalismo(s)*, (Madrid: Editorial Trotta y UNAM, 2009), 14.

¹⁴² Álvaro Cárdenas Zambonino, *Interpretación Constitucional. Mecanismos de sensibilización en la protección de derechos*, (Quito: Cevallos editora jurídica, 2011), 26.

¹⁴³ Luis Prieto Sanchís, “Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial”, en Miguel Carbonell, edit., *Neoconstitucionalismo(s)*, (Madrid: Editorial Trotta y UNAM, 2009), 123.

¹⁴⁴ Ramiro Ávila Santamaría, *El neoconstitucionalismo transformador. El estado de derecho en la Constitución de 2008*, (Quito: ABYA YALA y UASB, 2011).

del constitucionalismo europeo occidental, no es menos cierto que ha acoplado aquellas bases teóricas a su realidad, cobrando fuerza en la región, sobre todo, respecto a su propuesta de alterar la concepción formal y tradicional del derecho.

Asimismo, vale mencionar que el ideario del neoconstitucionalismo se encuentra en constante evolución, pues, trata de construir teorías y metodologías jurídicas precisas que, además, creció en respuesta a los regímenes fascistas acentuados en el periodo de entre guerras-mundiales que promovieron sucesivas violaciones a los derechos humanos; por tal razón, no es coincidencia que sus principales promotores provengan de países que vivieron ese tipo de sistema represivo, tales como: España, Italia o Alemania¹⁴⁵; no obstante, en sentido estricto, más que referirnos al término “neoconstitucionalismo”, lo correcto sería hablar de “neoconstitucionalismo(s)”¹⁴⁶.

Siguiendo esta línea, merece un espacio en esta investigación por el valor y la alternativa en la producción de pensamiento jurídico local, lo que al parecer va tomando forma en nuestra región; me refiero a la construcción de una epistemología jurídica propia a partir de nuestra historia constitucional. De hecho, a decir de uno de sus precursores es un paradigma emergente que surge en Latinoamérica y lo describe como “(neo) constitucionalismo andino”¹⁴⁷.

Llegar a lo descrito en el párrafo anterior *in fine*, necesariamente requiere voltear la mirada a la historia de la evolución constitucional latinoamericana, que el profesor Ávila la describe de forma pedagógica en cuatro episodios, a saber: **i)** el constitucionalismo liberal conservador; **ii)** el constitucionalismo social; **iii)** el neoconstitucionalismo; y, **iv)** el neoconstitucionalismo andino¹⁴⁸.

El *constitucionalismo liberal conservador* del siglo XIX tuvo que afrontar dos situaciones particulares, por un lado la liberalización del dominio español –colonización- y, por otro lado, la formación de las nacionalidades en los países de la región. La mayoría de las constituciones en este periodo son de corte elitista, restrictivas, con influencia religiosa y predominancia legal –el parlamento como último interprete de la Constitución-. Basta mirar

¹⁴⁵ *Ibíd.*, 53.

¹⁴⁶ Cárdenas, “Interpretación Constitucional”, 48.

¹⁴⁷ Ramiro Ávila Santamaría, *El Neoconstitucionalismo Andino*, (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2016), 19.

¹⁴⁸ *Ibíd.*, 20-32.

el artículo 68 de la Constitución del Ecuador de 1830 y el racismo latente en los constituyentes. Queda en la retina del lector: “Este Congreso constituyente nombra a los venerables curas párrocos por tutores y padres naturales de los indígenas, excitando su ministerio de caridad en favor de esta clase inocente, abyecta y miserable.”¹⁴⁹ Así también, está plagado de guerras limítrofes, conflictos entre las élites económicas y una búsqueda en la necesidad de instaurar una nacionalidad tomando como base los símbolos patrios.¹⁵⁰

Luego, viene el *constitucionalismo social* que aparece en los inicios del siglo XX y se mantiene a lo largo del mismo. El tema de fondo fue la inequidad en la distribución de la riqueza y posteriormente la conquista de los derechos sociales, laborales y de seguridad social. En otras palabras, la búsqueda de la anhelada “justicia social”. Por ejemplo, las Constituciones de México de 1917 (pionera en reconocer los derechos sociales en Latinoamérica); de Ecuador de 1929 (introdujo la protección del trabajo y su libertad, así como el sufragio universal y reconocimiento de la ciudadanía a la mujer) que dio hincapié para la expedición del primer Código de Trabajo en 1938; de Brasil de 1937, de Bolivia de 1938, que en general recogen esta tendencia.¹⁵¹

A mediados de este siglo se produce la Revolución cubana del año 59, hecho que profundiza un periodo de luchas radicales ante la inconformidad política y la búsqueda de un cambio social, tal como lo indica el profesor Ávila el *quid* de la revolución fue la radicalización del pensamiento crítico latinoamericano, aupado por la teología de la liberación, la pedagogía del oprimido y la guerra de guerrillas, inclusive esta postura ideológica justificaba la violencia y las armas, de ser necesario. Su antítesis y reacción fue la aparición de las dictaduras.¹⁵²

La situación se ahondó con la instauración de regímenes militares que sobrepasaron los límites constitucionales e implementaron el terror, la violación sucesiva de derechos humanos y la impunidad de sus promotores.

Podemos resumirla de esta forma:

La reacción constitucional a la dictadura y a la violencia estatal es lo que ha venido conociéndose como Neoconstitucionalismo, constitucionalismo cultural o nuevo

¹⁴⁹ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, 23 de septiembre de 1830, artículo 68.

¹⁵⁰ Ávila, “El Neoconstitucionalismo Andino”, 20-1.

¹⁵¹ *Ibíd.*, 22-3.

¹⁵² *Ibíd.*

constitucionalismo que, paradójicamente, va de la mano con el segundo momento vergonzoso del siglo XX: el neoliberalismo.¹⁵³

Por otra parte, en las postrimerías de la década de los 80 aparece lo que el autor en comento ha llamado “neoconstitucionalismo”, específicamente, a partir de la Constitución brasileña del año 88, erigiéndose una tendencia que se va a propagar en Latinoamérica, pues, tenemos a la Constitución colombiana de 1991, la reforma constitucional argentina de 1994, la Constitución peruana de 1996 y la ecuatoriana de 1998, por citar ejemplos. No obstante, lo que impulsa la renovación de aquellos textos constitucionales es la superación de la secuela de las dictaduras, la reconstitución de la institucionalidad y la exclusión social¹⁵⁴. Allí observamos nuevos elementos que llaman la atención, v.gr., el reconocimiento de los derechos colectivos de los pueblos indígenas, la naciente cultura del derecho internacional de los derechos humanos, la integración latinoamericana, entre otros.

Aun así no dejó de ser un problema la constitucionalización del “ideario neoliberal”; ajustes impuestos en materia económica que constituyeron un retroceso en el desarrollo del constitucionalismo latinoamericano, lo que trajo consigo desinstitucionalización y crisis política en varios países de la región. En resumen, este neoconstitucionalismo materializado ha tenido que afrontar tres deficiencias: **i)** la institucionalización del neoliberalismo; **ii)** la insuflación del presidencialismo, que si bien es parte de nuestra cultura política, por desgracia ha ensombrecido la participación social y ha ido en desmedro del fortalecimiento de las bases democráticas, con persistencia notable del populismo y el caudillismo¹⁵⁵; **iii)** un ejercicio del poder perverso que sigue dando privilegios a grupos o personas con agenda propia e intereses

¹⁵³ *Ibíd.*, 23.

¹⁵⁴ *Ibíd.*, 24.

¹⁵⁵ Véase, por ejemplo, un estudio serio sobre el impacto del populismo, caudillismo, mesianismo, el tecnopopulismo y la tecnocracia en el Ecuador y especialmente durante el gobierno del ex presidente Rafael Correa Delgado. Una Asamblea Constituyente puede ser un arma de doble filo, por un lado puede incluir un proceso participativo sin precedentes encarnando la voluntad popular y las aspiraciones de toda una sociedad en la lucha por la tan anhelada justicia social; no obstante, también, puede ser el inicio de un proyecto autoritario, contaminado y apropiado por la influencia de un líder populista que “*en su gesta por la liberación del pueblo, no está necesariamente atado a las leyes y leguleyadas que constriñen la voluntad popular encarnada en su persona (...)*”. Así mismo, un proyecto constituyente como el liderado por la Revolución Ciudadana y su líder mesiánico Rafael Correa contribuyó a concentrar “*el poder político en la presidencia y se ha desmantelado los mecanismos que garantizan la independencia entre los diferentes poderes del Estado que ahora son controlados por el ejecutivo (...)* el presidente-catedrático de la nación está por encima de un público que lo aclama pero que no tiene la posibilidad de entablar un diálogo crítico con el primer mandatario”. Carlos de la Torre Espinosa, *De Velasco a Correa. Insurrecciones, populismos y elecciones en Ecuador, 1944-2013*, (Quito: UASB, 2015).

particulares desmesurados¹⁵⁶: “el ejercicio del poder no tiene control democrático ni contrapesos institucionales”¹⁵⁷. En definitiva, existe un descuido en encontrar los mecanismos idóneos para desarrollar un sistema ideal de protección de los derechos o frenar los abusos del poder.

Nos centramos, entonces, en un *cuarto periodo* dentro de la historia del constitucionalismo latinoamericano y es el nacimiento de un nuevo paradigma que ha sido acogido de manera frágil por las distintas Constituciones –con excepción de Ecuador y Bolivia- y, que el autor lo denomina “neoconstitucionalismo andino”.

Parte del supuesto de que la Constitución del Ecuador vigente, recoge al menos *seis instituciones* que no tienen asidero desde la tradición constitucional latinoamericana ni explicación desde la base teórica del constitucionalismo liberal, toda vez que su origen se remonta al mundo andino. Ahora bien, eso no significa que su enunciado no guarde cierta influencia del constitucionalismo liberal, al menos, desde la composición lingüística y semántica.

Respecto a la primera institución, esto es, la **i) plurinacionalidad**, parte alejándose del significado original de nacionalidad, pues, tiene un origen excluyente, violento y opresor, que necesita ser *reconceptualizado* en dirección hacia la inclusión de las distintas culturas de los países andinos, no como un concepto unívoco sino diverso, lo que en nuestro país y Bolivia se conoce como “nacionalidades” y, de allí plantar la convivencia con las distintas culturas que merecen el mismo respeto, reconocimiento y representación que las demás¹⁵⁸.

Señala el autor que: “La plurinacionalidad tiene un potencial emancipador enorme y es un proyecto a construir. La plurinacionalidad permite la emergencia de saberes y de voces que no han sido conocidas ni tampoco escuchadas”¹⁵⁹.

En segundo lugar, indica a la **ii) pachamama**, palabra que aparece en el texto de la Constitución y tiene diferentes sentidos. Vamos a explicar, por un lado es un ente necesario para la existencia del ser humano y, por otro se pretende la convivencia en total armonía con la naturaleza. Además, aparece como titular de derechos y acto seguido se desarrolla su contenido. Así también, uno de los objetivos del régimen de desarrollo es preservar la

¹⁵⁶ Ávila, “El Neoconstitucionalismo Andino”, 25-6.

¹⁵⁷ *Ibíd.*, 26.

¹⁵⁸ *Ibíd.*, 27.

¹⁵⁹ *Ibíd.*, 28.

naturaleza. Concluye Ávila: “la pachamama es el fundamento de la Constitución, es sujeto de derechos y es un objetivo para el desarrollo”¹⁶⁰. En el fondo lo que concibe el autor es la necesidad de buscar salidas al desarrollo violento, extractivista, consumista, base del sistema capitalista, donde el ser humano cambie esa atroz posición de explotador por una de mutuo equilibrio y respeto.

En tercer lugar tenemos la concepción del **iii)** *sumak kawsay* o buen vivir, que lo describe como la noción que condensa la armonía con la naturaleza, los otros seres vivos y nosotros mismos. Quizá una idea contrapuesta a lo que nos ofrece *la modernidad*, siendo un concepto amplio como un principio que orienta a los derechos y el régimen de desarrollo¹⁶¹.

En cuarto lugar, aparece la **iv)** *democracia comunitaria*, que se encuentra establecida en el artículo 95 de la Constitución y no tiene propiamente un desarrollo mayor. Lo que figura este tipo de democracia distinta de la representativa y directa, es su característica de “permanencia”, no se limita a un cierto tiempo, a un solo acto u intervención específica. No hay espacio para una iniciativa individual sino el involucramiento y la decisión colectiva¹⁶².

Luego, tenemos un quinto elemento que es **v)** *La justicia indígena*, que aparece en la Constitución con igual rango que la justicia estatal y, esto guarda concordancia con la noción de la *plurinacionalidad*. Es conocido que en el Ecuador existe el pluralismo jurídico, entendido como la convivencia de varios sistemas jurídicos con normas de reconocimiento y validez diferentes. Es que la justicia indígena guarda ciertas características que ponen en tela de duda la efectiva funcionalidad de la justicia estatal. Allí podemos observar “la oralidad, la cercanía y comprensión del conflicto con la autoridad que lo resuelve, la inmediatez, la solución reparadora y creativa.”¹⁶³, en contraposición del otro tipo de justicia que es lenta, incomprensible, costosa, inaccesible y, si volteamos a ver la “justicia penal”, el panorama es desolador¹⁶⁴.

La vi) *interculturalidad* es el último elemento que hace presencia de forma transversal en toda la Constitución; un elemento omnipresente que materializa la convivencia y valoriza la diversidad. Lo que busca es el respeto por “el otro” sabiendo que no estamos solos, pues,

¹⁶⁰ *Ibíd.*

¹⁶¹ *Ibíd.*, 29-30.

¹⁶² *Ibíd.*, 30.

¹⁶³ *Ibíd.*, 31.

¹⁶⁴ *Ibíd.*, 31-2.

convivimos con varias culturas y además aprendemos de ellas. Un estado intercultural “hace un llamado a rescatar, a valorar, a aprender de esas culturas que han sido históricamente marginadas y silenciadas.”¹⁶⁵.

Muy a pesar de lo controvertido que puede ser el uso del término “neoconstitucionalismo” para dotar de condumio una realidad que halla su justificación en textos constitucionales que abarcan la cosmovisión de lo “andino”, que visibilizan la existencia de otras culturas, pueblos, lenguas, que conviven con la hegemonía de lo “mestizo” o la influencia del pensamiento occidental; lo cierto es que es muy ingenioso usar una palabra que ha invitado al debate y el disenso en el auditorio nacional a partir de lo sugerente de su enunciado que, además, no es único ya que pueden existir varias corrientes, pues, lo que pretende el autor es la búsqueda incesante de un derecho que transforme realidades de exclusión y, los postulados de esa “teoría de neoconstitucionalismo(s)” calan perfectamente en lo que Ávila entiende como:

El neoconstitucionalismo transformador pretende alterar la realidad, que es de exclusión, marginalidad y discriminación, y la transformación de un sistema y una forma de vida colonizada a una emancipación de las grandes mayorías de la población, que no pueden ejercer sus derechos y que el estado les ofrece políticas paternalistas o simplemente represión penal.

Dejo para la discusión el planteamiento y la posición política del profesor Ávila, no sin más advertir que la academia poco espacio le ha dedicado a este tema y no merece pasar desapercibido, más aún si nuestros estudiosos solo apuntan a los “autores canónicos del norte”, en consecuencia requerimos en nuestro entorno académico y doctrinario gente que piense desde las minorías, la marginalidad, haciendo un esfuerzo casi atlético por comentar y hacer comprender esta postura, y estamos de acuerdo en deconstruir y construir el derecho ecuatoriano, no únicamente desde la ley, la empresa, el mercado, la autonomía de la voluntad, del derecho privado –exclusivamente civil-, lo público, sino, también, desde la visión de los derechos de las personas y las colectividades.

El profesor Alejandro Médici profundiza el planteamiento antes señalado desde la comprensión de las experiencias constituyentes de Ecuador y Bolivia y pone sobre el tapete el giro decolonial y la filosofía de la liberación producidas en la región, desde el análisis

¹⁶⁵ *Ibíd.*, 32.

conceptual del contenido de aquellas constituciones y, el espacio para el desarrollo del pensamiento crítico latinoamericano en lo que él llama el “tratamiento del ciclo naturaleza-sociedad-persona”¹⁶⁶.

Para concluir, la discusión sobre el neoconstitucionalismo como corriente de pensamiento jurídico se erige desde la teoría de los *derechos fundamentales* que son colocados en el análisis y el estudio de la teoría del derecho y del estado. Allí el (neo) constitucionalismo andino como propuesta teórica y práctica busca una alternativa al modelo “capitalista”, proponiendo el respeto a la naturaleza y la armonía con los seres humanos. Tenemos una Constitución que así lo declara.

Luego de explicar este pequeño apartado sobre el neoconstitucionalismo andino, pasamos a explicar brevemente este nuevo paradigma –neoconstitucionalismo (s)- en los términos clásicos y originarios. Tomaremos la tricotomía que desde la doctrina se ha elaborado, esto es, desde el análisis teórico, ideológico y metodológico, si se quiere, la fórmula adoptada por Bobbio para distinguir al *positivismo jurídico* y que en parte es recogida por Comanducci es su clasificación análoga del neoconstitucionalismo¹⁶⁷, tomando en consideración que el término en estudio no es unívoco y tiene varias lecturas, empero, algo que si es conclusivo de la revisión teórica de los autores que se refieren a este novel

¹⁶⁶ Véase, por ejemplo, para una mayor comprensión y profundidad en el pensamiento constitucional crítico latinoamericano a Alejandro Mé dici, “Teoría constitucional y giro decolonial: narrativas y simbolismos de las constituciones. Reflexiones a propósito de la experiencia de Bolivia y Ecuador”, en *Revista de Estudios Críticos otros logos*, Año I, Nro.1 (2010): 112-3, <http://www.ceapedi.com.ar/otroslogos/Revistas/0001/Medici.pdf> “*El principio fundamental del sumak kawsay o suma qamaña, -buen vivir-, tomado de la cultura ancestral de las comunidades andinas implica esta visión holista y relacional de la interacción entre sociedad y medio natural como marco necesario de la relación del ser humano (...) una solidaridad vinculante de las dimensiones persona-sociedad-naturaleza (...) Sumak Kawsay incorpora a la naturaleza en la historia. Junto a otros principios consagrados en sus preámbulos (...) forma un ethos que da sentido a los fines del estado en los nuevos programas constitucionales de Bolivia y Ecuador y tiene, en consecuencia, una serie de proyecciones en los textos constitucionales en los que hace a las respectivas formas de estado, las formas de gobierno y las conformaciones de los órganos o poderes del estado y sistemas de derechos humanos (...) resultan novedosas para el constitucionalismo occidental moderno, pero comprensibles desde la cosmovisión cultural que las formula (...) Desde el punto de vista de la teoría constitucional, estas innovaciones suponen incorporar las ideas de complejidad, reflexividad y pluralismo. Por eso, la reflexión acerca del sentido de las mismas, requiere volver a poner en ciclo el conocimiento de las personas, la sociedad y la naturaleza como lo vienen haciendo las comunidades originarias y campesinas de nuestra región. Es decir, restituir aquél sociometabolismo que había sido bloqueado por la concepción individualista y atomista receptada por el constitucionalismo noratlántico en su despliegue inicial y adoptado en la realidad poscolonial de Nuestra América.*”

¹⁶⁷ Paolo Comanducci, “Formas de (Neo) Constitucionalismo: Un análisis metateórico”, en Miguel Carbonell, edit., *Neoconstitucionalismo(s)*, (Madrid: Editorial Trotta y UNAM, 2009), 82.

arquetipo es la denuncia que realizan de la falta de respuesta e insuficiencia del positivismo jurídico frente al moderno Estado Constitucional.

Prieto Sanchís señala que el (neo) constitucionalismo¹⁶⁸ encarna, en un primer momento, cierto tipo de Estado de Derecho como forma de organización política, es decir, un *modelo* institucional. En segundo lugar, se levanta como una *teoría* del Derecho para explicar dicho modelo. Finalmente, es también una *ideología*, necesaria para justificar aquella fórmula política que se adopta; sin embargo, esta última merece una distinción adicional ya que puede presentar diversos niveles¹⁶⁹, por las razones que vamos a exponer a continuación.

Por un lado y siendo menos problemático se puede afirmar que el Estado Constitucional de Derecho es la forma más justa de organización política; no obstante, **i)** se objeta la supremacía del legislador –reducción de las esferas de decisión de mayoría parlamentaria-. Por otro lado, **ii)** si el (neo) constitucionalismo ofrece consecuencias conceptuales y siendo el modelo completo de Estado de Derecho, cabe allí una vinculación insoslayable entre derecho y moral, por tanto, es necesario un mecanismo de obediencia al derecho. Por último, una tercera dimensión dentro del constitucionalismo ideológico, es su parte dogmática, que deriva en una **iii)** nueva configuración de la *interpretación jurídica*, las tareas de la ciencia y teoría del derecho¹⁷⁰.

El neoconstitucionalismo converge de dos tradiciones constitucionales que han caminado por rumbos diferentes. La primera tradición conocida como **i) norteamericana originaria**, propone la supremacía de la Constitución y su respectiva garantía que recae en manos del poder judicial. Significa que se concibe a la Constitución tanto como una regla de juego cuanto un pacto de mínimos, que propende que los individuos puedan alcanzar su propia realización personal, en un contexto democrático e igualitario, incluyendo la adopción de decisiones colectivas claves para su beneficio en las circunstancias históricas que corresponda; en consecuencia, si la Constitución se posiciona como la norma superior al juego donde participan los individuos de una sociedad, su garantía se le atribuye a un poder

¹⁶⁸ La expresión (neo) se la incluye en la cita para no causar confusión en el lector, tomando en consideración que Constitucionalismo y Neoconstitucionalismo son términos diferentes. El primero como fenómeno histórico, político y jurídico erigido en la Revolución Francesa como freno al poder y la instauración de libertades. El segundo, como construcción teórica.

¹⁶⁹ Sanchís, “Neoconstitucionalismo”, 123.

¹⁷⁰ *Ibíd.*, 124.

neutral, alejado de la política como es el *judicial* para que sea el guardián de las reglas de la organización política y restrinja la acción del legislador¹⁷¹. De allí que, el poder constituyente se expresó como limitador del poder político, específicamente, del legislador, configurando jurídicamente su forma de proceder y los frenos a los cuales debía sujetarse y no sobrepasar.

La segunda tradición constitucional es de origen *ii) francés*, interpreta a la Constitución como un proyecto político articulado cuyo propósito es una gran transformación política y social. La Norma Fundamental no solo fija las reglas del juego sino que procura participar directa y activamente en el mismo; esto tiene su fundamento, ya que al ser la Revolución Francesa un hecho histórico que enervó las bases del poder absoluto, configuraba en sí una propuesta transformadora a través de un texto jurídico planificado y superior. El poder constituyente en esta tradición no descansaba únicamente en el “documento jurídico físico”, como límite del ejercicio del poder político posterior, sino que la idea era que aquel límite se perpetúe a través de quién ostenta la voluntad general: el pueblo, plasmando la idea rousseauiana de una soberanía popular constantemente activa; sin embargo, debido a que aquel interés común se expresaba a través de la democracia representativa, este límite terminaba siendo ejercido por el legislativo, que es el poder que lo hace efectivo.

Es así que, “este constitucionalismo se resuelve más bien en legalismo: es el poder político de cada momento, la mayoría es un sistema democrático, quien se encarga de hacer realidad o, muchas veces, de frustrar cuanto aparece prometido en la Constitución”¹⁷².

El neoconstitucionalismo recoge dos elementos importantes de aquellas tradiciones constitucionales antes descritas: *i)* fuerte contenido normativo y *ii)* garantía jurisdiccional. El resultado es una simbiosis que Prieto Sanchís lo desarrolla así: “una Constitución transformadora que pretende condicionar de modo importante las decisiones de la mayoría, pero cuyo protagonismo fundamental no corresponde al legislador, sino a los jueces”¹⁷³.

El dilema que viene a superar el neoconstitucionalismo, es la existencia de *i)* Constituciones garantizadas sin contenido normativo y, *ii)* Constituciones con pocos contenidos normativos pero no garantizados. Conjuga ambos modelos y se traduce así: “Constituciones normativas garantizadas”¹⁷⁴.

¹⁷¹Ibíd., 125.

¹⁷²Ibíd., 126.

¹⁷³Ibíd., 127.

¹⁷⁴Ibíd., 128.

La Constitución *normativa* se la entiende como el documento que contiene derechos y obligaciones exigibles de forma inmediata y directa; aparte de regular la organización del poder y las fuentes del derecho. No precisa la intervención del legislador para su aplicación, pues, son normas supremas. Asimismo, una Constitución *garantizada* establece los procedimientos jurisdiccionales necesarios para hacer valer los derechos en ella reconocidos, por medio de un Tribunal Constitucional¹⁷⁵.

Por otro lado, el autor en estudio, indica que existen dos elementos que precisan ser distinguidos en el constitucionalismo contemporáneo, de cierta forma como superación del modelo liberal de Estado de Derecho. Primero, una fuerte *rematerialización constitucional*, lo que significa que la Constitución no solo limita al legislador en la manera que debe producir derecho sino, también, en la predeterminación de amplias esferas de regulación jurídica. Segundo, el “desbordamiento constitucional”, si se quiere, una invasión de la Constitución dentro del ordenamiento jurídico interno como norma suprema. Esto significa una nueva dimensión en el trabajo de los operadores judiciales, pues, acceden a la Norma Fundamental directamente y sin intermediación del legislador¹⁷⁶.

Hasta aquí hemos visto la influencia de estas dos tradiciones dentro de la evolución del neoconstitucionalismo, ya que su importancia radica en “la incorporación de principios, derechos y directivas a un texto que se requiere con plena fuerza normativa”¹⁷⁷.

Por su parte, el neoconstitucionalismo como *teoría del derecho*, parte de un hecho central: la crisis de la teoría del derecho positivista, cuyo *leitmotiv* se planteó dentro de la estatalidad y el legalismo. La ley era la única fuente del derecho. Hoy el neoconstitucionalismo busca una nueva teoría del Derecho, cuyas características se condensan en lo siguiente:

(...) más principios que reglas; más ponderación que subsunción; omnipresencia de la Constitución en todas las áreas jurídicas (...); omnipotencia judicial en lugar de autonomía del legislador ordinario; y, por último, coexistencia de una constelación plural de valores, a veces tendencialmente contradictorios, en lugar de una homogeneidad ideológica en torno a un puñado de principios coherentes entre sí y en torno, sobre todo, a las sucesivas opciones legislativas¹⁷⁸.

¹⁷⁵Ibíd.

¹⁷⁶Ibíd., 130.

¹⁷⁷Ibíd.

¹⁷⁸ Ibíd., 131-2.

Existe un efecto de irradiación de la Constitución, pues, ella se encuentra en todos los conflictos que se pueden suscitar y, además, es el parámetro de solución, destinando a la ley a un segundo plano. Lo que se debe entender es que si la Constitución únicamente regulara las fuentes del derecho o unos pocos derechos fundamentales, entraría en acción si se vulnerara la producción normativa; al contrario, una Constitución con harto contenido material –reglas, principios, valores- ofrece una orientación a las normas que componen el sistema jurídico y no se puede concebir una solución sin su directriz, lo cual, se presta para la configuración de una omnipotencia judicial, los jueces tienen una mayor participación en la interpretación del texto constitucional.

En esa línea: ¿Por qué es necesaria la confrontación del neoconstitucionalismo con el positivismo jurídico? Porque el primero persigue superar al segundo, toda vez que permite introducir nuevas formas de argumentación e interpretación de la Constitución, redimensionando el papel de la moral y su relación con el Derecho. Lo que subyace tras el nuevo paradigma es una posición de abandono al estatismo legalista, meramente contemplativo, propia del Estado Legislativo de Derecho, para abrirse campo a un Estado Constitucional moderno y garantista. Es a través de este último modelo en que los jueces pueden desarrollar un mayor razonamiento en defensa de los derechos humanos y la consecución de la justicia, para eso es necesario la construcción de una nueva teoría, una postura progresista que adapte el derecho a los cambios sociales. Al menos en el Ecuador, es perfectamente concebible y practicable el neoconstitucionalismo.

Por su parte, Paolo Comanducci realiza una clasificación tripartita de los tipos de neoconstitucionalismo(s), inspirándose en la división que ya hiciera Noberto Bobbio respecto del positivismo, esto es, desde una concepción teórica, ideológica y metodológica. El jurista lo hace como un ejercicio académico de confrontar los tipos homogéneos de positivismo y los tipos de neoconstitucionalismo para una mejor comprensión, tomando en consideración que este nuevo paradigma tal como lo hemos repetido ha superado y transformado el Estado de Derecho; de un Estado Legislativo de Derecho a un Estado Constitucional de Derecho. Luego, esta tripartición permite diferenciar el constitucionalismo del neoconstitucionalismo¹⁷⁹.

¹⁷⁹ Comanducci, “Formas de (Neo) Constitucionalismo”, 82.

Por consiguiente, siguiendo su línea de análisis y de manera concisa estudiaremos esta clasificación, con el objetivo de no descuidar el fundamento teórico del Estado Constitucional de Derechos y Justicia que prima en el Ecuador, puesto que bajo ese parámetro de referencia –neoconstitucionalismo- determinaremos el tipo que acoge nuestro país y el modelo de Constitución que corresponde, para luego fundamentar la existencia y función del bloque de la constitucionalidad.

El autor realiza una primera afirmación:

El *constitucionalismo* (...) es fundamentalmente una ideología, dirigida a la limitación del poder y a la defensa de una esfera de libertades naturales, o de derechos fundamentales. Tal ideología tiene como trasfondo (...) el iusnaturalismo, que sostiene la tesis de la conexión identificativa entre Derecho y moral, y por otro lado, tiene como adversario directo el positivismo ideológico (...). El *neoconstitucionalismo*, por su parte, no se presenta solamente como una ideología, y una correlativa metodología, sino también, y explícitamente, como **una teoría concurrente con la positivista**¹⁸⁰. (El resaltado es nuestro).

1.1. Neoconstitucionalismo teórico.-

El neoconstitucionalismo supone un fenómeno dentro de la teoría y práctica del moderno Estado Constitucional de Derecho que inquiriere un nuevo modelo de organización justificado por un tipo de Constitución, en palabras de Riccardo Guastini, “invasora” o “entrometida”¹⁸¹, lo que significa la *constitucionalización* de los sistemas jurídicos.

¿Cuál es la composición del modelo de sistema jurídico que sobresale del neoconstitucionalismo? Comanducci señala que:

El modelo de sistema jurídico que emerge de la reconstrucción del neoconstitucionalismo está caracterizado (...) por la positivización de un catálogo de derechos fundamentales, por la **omnipresencia de la Constitución de principios y reglas**, y por algunas peculiaridades de la interpretación y de la aplicación de las normas constitucionales respecto a la interpretación y a la aplicación de la ley¹⁸². (El subrayado nos pertenece).

Se puede observar a primera vista que es una alternativa a la teoría iuspositivista tradicional si se quiere y, como lo hemos venido sosteniendo, se cuestiona y arrostra el estatalismo, el formalismo, el legicentrismo, elementos que destacan en la teoría antes indicada, siendo insuficientes e insostenibles en los modernos Estados Constitucionales.

¹⁸⁰ *Ibid.*, 82-3.

¹⁸¹ *Ibid.*, Riccardo Guastini, “La constitucionalización del ordenamiento jurídico: El caso italiano”, 49.

¹⁸² *Ibid.*

En esa línea, dos de las características más importantes que se observan en el análisis estructural del neoconstitucionalismo teórico son: **i)** el papel de los textos constitucionales y **ii)** la interpretación constitucional.

La primera característica alude a dos modelos de Constitución que Comanducci los clasifica en: **a) descriptivo y b) axiológico**. El *modelo descriptivo* contiene un conjunto de reglas jurídicas positivas, previstas o no –consuetudinarias- en el documento constitucional y que respecto de otras reglas jurídicas son fundantes del ordenamiento jurídico y, por tanto, jerárquicamente superiores. El *modelo axiológico*, añade a la definición ensayada en el descriptivo, un elemento importante que es la carga valorativa en ciertas normas constitucionales, es decir, son reglas jurídicas fundamentales a condición de que tengan un contenido con un valor especial. En suma, la Constitución es un valor en sí mismo¹⁸³.

El segundo gran rasgo distintivo del neoconstitucionalismo teórico es la interpretación constitucional, ya que al ser el derecho constitucionalizado se enerva la interpretación tradicional que se desarrolla con la ley. Esto quiere decir que, la técnica de interpretación usada por antonomasia en el positivismo: *subsunción*, se torna insostenible e insuficiente en el neoconstitucionalismo debido principalmente a una carga material abundante de derechos, principios y valores, que requieren de técnicas interpretativas más acordes a su funcionalidad como la ponderación, proporcionalidad, motivación, etc.

García Figueroa resume este modelo de la siguiente forma:

CT (Constitucionalismo teórico) se ha mostrado como la vertiente más eficaz del constitucionalismo. En su aspecto estructural la constitucionalización del ordenamiento pone de manifiesto la insuficiencia del modelo de reglas para dar cuenta del Derecho que presenta estándares normativos como los principios y en su aspecto funcional la ponderación de los principios constitucionales destaca igualmente la insuficiencia de la subsunción para dar cuenta de la aplicación del Derecho. (El texto en paréntesis es añadido)¹⁸⁴.

Si se puede concluir diríamos que al existir en este modelo de neoconstitucionalismo teórico el fenómeno de la constitucionalización de los ordenamientos jurídicos es inviable el positivismo teórico, a propósito de la confrontación de modelos homogéneos de sistemas jurídicos.

¹⁸³Ibíd., 84.

¹⁸⁴ Alfonso García Figueroa, “La teoría del Derecho en tiempos del Constitucionalismo”, en Miguel Carbonell, edit., *Neoconstitucionalismo(s)*, (Madrid: Editorial Trotta y UNAM, 2009), 171.

1.2. Neoconstitucionalismo ideológico.-

Siguiendo la línea de pensamiento de Comanducci, cuando se presenta con esta particularidad, inmediatamente se realiza una diferenciación con la ideología que perseguía el constitucionalismo de los siglos XVIII y XIX, esto es, la limitación del poder estatal, empero, el neoconstitucionalismo ideológico tiene como objetivo principal el garantizar los derechos fundamentales. Se identifica en este modelo la importancia que se presta a los mecanismos institucionales de tutela de los derechos fundamentales, lo que el autor denomina: *i) neoconstitucionalismo de los contrapoderes*. De igual forma, se constata una exigencia mayor tanto a los legisladores cuanto a los jueces, en el sentido de que sus actuaciones deben guardar conformidad con la concretización y garantía de los derechos fundamentales previstos en la Norma Fundamental, lo que se podría definir como: *ii) neoconstitucionalismo de las reglas*¹⁸⁵.

Por otra parte, se rescata que si en los Estados modernos democráticos y constitucionalizados existe una conexión entre el *derecho y la moral*, el neoconstitucionalismo ideológico sostiene que debe subsistir una obligación moral de obedecer a la Constitución y a las leyes en armonía con el texto constitucional; por tanto, es una variante del positivismo ideológico del siglo XIX, que manifestaba la obligación moral de obedecer a la ley¹⁸⁶.

Finalmente, García Figueroa resume la idea central del constitucionalismo ideológico de la siguiente manera:

La tesis central de CI es de carácter normativo y podría expresarse así: la constitucionalización de los sistemas jurídicos excluye la existencia de un deber de obediencia al Derecho. En consecuencia, su traducción metateórica rezaría así: la constitucionalización de los sistemas jurídicos hace inviable el positivismo ideológico¹⁸⁷.

1.3. Neoconstitucionalismo metodológico.-

Esta denominación vendría a ser la consecuencia de los dos modelos antes analizados, puesto que si se acepta la conexión entre derecho y moral, la estructura de las normas, su aplicación e interpretación, deben sujetarse a esta particularidad.

¹⁸⁵ Comanducci, "Formas de (Neo) Constitucionalismo", 86.

¹⁸⁶ *Ibíd.*

¹⁸⁷ García, "Tiempos de constitucionalismo", 171.

Veníamos manifestando que uno de los objetivos centrales del neoconstitucionalismo es la superación del positivismo, “Tal denominación (...) se contrapone al, positivismo metodológico y conceptual, que afirma la tesis según la cual es siempre posible identificar y describir el Derecho como es, y distinguirlo por tanto del Derecho como debería ser”¹⁸⁸. Esta afirmación tiene sentido por cuanto el positivismo metodológico tiene dos consecuencias, por un lado la tesis de las fuentes sociales del Derecho y, por otro, la no conexión necesaria entre Derecho y moral; entonces, son estos fines lo que el neoconstitucionalismo pretende rebasar.

No obstante, es necesario diferenciar dos tipos de constitucionalismo metodológico a partir del elemento de la *constitucionalización*, el primero que destaca la **i)** conexión conceptual necesaria que los *sistemas jurídicos constitucionalizados* tienen con la moral y, un segundo tipo que **ii)** exige la vinculación conceptual necesaria de *todo sistema jurídico* a la moral¹⁸⁹. Esta diferenciación es esencial si pretendemos con nuestro estudio justificar la conexión derecho-moral, toda vez que es el ámbito donde los jueces constitucionales ecuatorianos desarrollarán una adecuada interpretación jurídica para una mayor protección de los derechos humanos.

2. El modelo de Estado en Ecuador

En América Latina era insoslayable dar respuestas inmediatas al cruento avance de acciones en política exterior provenientes del norte –doctrina de la seguridad nacional-, y planes que sistemáticamente violaron los derechos humanos en confabulación con regímenes dictatoriales-militares que fueron implacables con organizaciones sociales y políticas identificadas principalmente de izquierda. El cambio a la democracia en la región, permitió que se erigieran constituciones con marcada influencia del constitucionalismo europeo continental y se crearan condiciones necesarias para la tutela de los derechos de las personas¹⁹⁰.

Varios elementos se fraguaron en los nuevos textos constitucionales. En Ecuador, por ejemplo, se adoptó un modelo constitucional con preeminencia en la parte dogmática, que reforzó la idea de la expansión de los derechos e incorporó con fuerza vinculante *el derecho internacional de los derechos humanos*, tornando innecesario el debate de la jerarquía entre

¹⁸⁸ Comanducci, “Formas de (Neo) Constitucionalismo”, 87.

¹⁸⁹ García, “Tiempos de constitucionalismo”, 172.

¹⁹⁰ Ávila, “Neoconstitucionalismo Transformador”, 59.

instrumentos internacionales de derechos humanos y la Constitución. Basta observar que a lo largo de la Carta Magna de Ecuador se incluye el término “instrumentos” y no convenios o tratados para ampliar el campo de protección de los derechos humanos, pues, dentro de aquel vocablo, entonces, se engloban las resoluciones, sentencias, declaraciones de organismos o conferencias internacionales que desarrollen el contenido de los derechos¹⁹¹. En opinión de quién elabora el presente trabajo, no fue un error intencional y técnico del constituyente usar la palabra “instrumentos” y no por ejemplo “convenios” o “tratados”, al contrario, existió siempre la voluntad de ampliar el espectro de protección de los derechos.

Se dice con frecuencia que los primeros artículos de una Constitución definen el modelo de estado que adopta un país; en consecuencia, de la lectura del artículo 1 de la Constitución podemos constatar lo siguiente: “El Ecuador es un Estado constitucional de **derechos y justicia** (...)”¹⁹² (El resaltado es nuestro); calificativo que lleva implícito una serie de definiciones que no tienen parangón en la región andina y que trataremos de resumir para un mejor entendimiento.

Decir que es un *Estado constitucional de derechos y justicia* inevitablemente lo aleja de modelos de Estado como el absolutista o el legal de derecho.

En esa línea, lo excluye del **i) modelo absoluto** porque la estructura de poder se concentra en una persona o clase política, que es quien emite las normas, administra el Estado y la justicia, además que no tiene ningún límite, excepto consigo mismo. Los derechos no existen pero sí ciertos privilegios. La consecuencia más grave de vivir bajo este tipo de modelo es que la arbitrariedad y la discrecionalidad son armas que someten a la gran mayoría de la sociedad¹⁹³.

Por otro lado, lo separa del **ii) modelo legal de derecho**, ya que desecha la estructura política vertical y distribuye o divide si se quiere el poder de forma horizontal en tres estamentos: el ejecutivo, judicial y legislativo. Lo que importa aquí, es que la *ley* proveniente del parlamento es la que determina la forma de autoridad y sus competencias, es decir, hasta cierto punto se habla de un mayor nivel de democracia en todo caso superior al anterior

¹⁹¹ *Ibíd.*, 61-3.

¹⁹² Constitución del Ecuador de 2008, Art.1.

¹⁹³ Ramiro Ávila Santamaría, “Ecuador Estado Constitucional de Derechos y Justicia”, en Ramiro Ávila Santamaría, edit., *La Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis desde la doctrina y el derecho comparado*, (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del Ecuador, Serie Justicia y Derechos Humanos, 2008), 30.

modelo. La burguesía jugó un papel importante en el Estado Legal de Derecho bajo el rótulo de “representación popular” y el concepto de ciudadanía. De hecho, atiborró el lugar donde se elaboraba y creaba normas junto a otra clase política como es la aristocracia. El problema fue que si bien existió división de poderes esta fue superficial, el *principio de legalidad* como instrumento de poder del parlamento amordazó al judicial y al ejecutivo. De allí la trillada frase atribuida a Montesquieu: “el ejecutivo puede hacer solo lo prescrito por la ley y el judicial es boca de la ley”. Es que la ley de la mano del parlamento controlaba todo, las competencias, las autoridades, las garantías, la Constitución, que además era de fácil cambio, ya que su procedimiento de reforma era el que seguían las leyes, es decir, el ordinario. En suma, las constituciones eran flexibles y los derechos eran únicamente los reconocidos en las leyes (Código Civil, Penal, etc.).¹⁹⁴ Por tales razones, también difiere del modelo de Estado constitucional.

La transición del Estado de Derecho –o legal de derecho- al Estado Constitucional de Derecho, significó todo un cambio estructural en la comprensión del sistema jurídico, ya que la ley perdió espacio en la determinación de competencias, autoridades, derechos, garantías, inclusive, se enervó el trabajo del operador judicial en pos de un mayor activismo. Es la Constitución quien determina la estructura de poder, conjugándose tres posiciones: **a)** una *material*, toda vez que los derechos serán protegidos con peculiar importancia; **b)** una *orgánica*, porque las instituciones que conforman el Estado tienen la obligación de proteger los derechos de las personas; y, **c)** una *procedimental*, porque se exige la participación de la sociedad a través de los mecanismos de participación ciudadana para la toma de decisiones¹⁹⁵.

La *soberanía popular* arraigada en el seno de los representantes parlamentarios se traslada a la representación constituyente, esta última llega a ser instrumento de aquél. La Constitución deja de ser flexible para volverse rígida, pues su procedimiento ya no revestía la fórmula ordinaria de la ley sino procedimientos de reforma más dificultosos¹⁹⁶. La Constitución se convierte en norma jurídica con la fuerza necesaria para su aplicación directa.

Ahora bien, siguiendo esa misma idea, parecería en principio ser un error semántico o de codificación, el hecho de prescribir en la Carta Magna que nos encontramos en un

¹⁹⁴ *Ibíd.*, 21

¹⁹⁵ *Ibíd.*, 22.

¹⁹⁶ *Ibíd.*

“Estado constitucional de *derechos* y justicia”, al punto que en la región andina no existe otra Constitución que manifieste tal situación, incluso, en la doctrina no tiene cabida tal calificativo, pues, todos los Estados constitucionales son de *Derecho*; no obstante, siguiendo el análisis del profesor Ramiro Ávila, se intenta dar sentido a tal propuesta del constituyente -a la cual me adhiero- con la finalidad de dar sustento a la importancia del bloque de la constitucionalidad en el sistema jurídico ecuatoriano. Intentaremos explicar de manera sucinta y concreta.

La relación del Estado con el derecho y desde la perspectiva del poder se lo puede comprender desde tres aristas: **a)** El Estado sobre el derecho (absoluto); **b)** El Estado de Derecho; y, **c)** El Estado de Derecho(s). La primera de aquellas contiene la idea de que el poder absoluto se impone al derecho, cuya autoridad somete al sistema jurídico a su voluntad. La segunda, se la puede dividir en dos partes: **i)** por un lado el derecho entendido como la ley, lo que significa que el parlamento se erige como autoridad para someter a través de la ley al sistema jurídico, esto es el Estado Legislativo de Derecho y, por otro lado, **ii)** el Estado Constitucional de Derecho que somete a todos los poderes constituidos a la Constitución a través de una Asamblea Constituyente. Finalmente, en **iii)** el Estado de Derechos, son los derechos quienes someten a todos los poderes, incluida la Asamblea Constituyente, en otras palabras, el Estado se somete a los derechos, esto debe su lógica a que desde el poder, siendo los derechos anteriores al Estado, además de reivindicaciones de las personas, todos los poderes incluido el constituyente son sometidos y limitados por los derechos; en consecuencia, la parte dogmática de la Constitución prima sobre la orgánica, ya que como dijimos antes, el mismo texto constitucional prescribe la obligación que tienen los poderes del Estado de proteger, efectivizar y maximizar el ejercicio de los derechos constitucionales¹⁹⁷. Esto podría significar un modelo de Estado que supere al constitucional clásico.

Lo mencionado en el párrafo anterior es de crucial importancia para entender el modelo de Estado que ha adoptado el Ecuador, pues, supone una nueva comprensión a partir, principalmente, de dos elementos como es el **i) pluralismo jurídico** y **ii) la importancia de los derechos**.

¹⁹⁷ *Ibíd.*, 29.

Hablar de lo primero supone que el sistema formal no es el único derecho ni tampoco la ley es la única fuente. El sistema de fuentes del derecho se diversifica, lo que implica – para nuestro estudio- el desarrollo de nuevas funciones. De suerte que, **a)** las autoridades que ejercen competencia constitucional pueden crear derecho a través de los precedentes nacionales; **b)** los organismos internacionales de protección de derechos humanos pueden dictar sentencias que son de cumplimiento inmediato –precedentes internacionales- y aplicación directa por el Estado ecuatoriano; **c)** el ejecutivo emite actos administrativos con fuerza de ley; **d)** se reconoce a las comunidades indígenas el ejercicio de funciones jurisdiccionales –justicia indígena- de conformidad a sus normas y procedimientos propios; y, **e)** la moral cobra relevancia a la hora de interpretar y comprender los textos jurídicos¹⁹⁸.

En lo que concierne al presente estudio, debemos señalar el nuevo rol que asume el derecho internacional en el sistema de fuentes. Es así que, se plantea desde este modelo de Estado una transformación radical del sistema de fuentes y, precisamente, se inaugura la primacía e incorporación del derecho internacional de los derechos humanos como fuente de creación de normas. Juan Montaña Pinto afirma que:

(...) en casi todas las constituciones vigentes de América Latina las normas de derecho internacional de los derechos humanos se incorporan directamente al orden constitucional, es decir, sin necesidad de ser convertidas en leyes nacionales, con una jerarquía superior al resto del ordenamiento¹⁹⁹.

Asimismo, la Constitución ecuatoriana promulgada en el año 2008 y en vigencia, fuertemente materializada por la declaración de principios y derechos y despojada de atisbos legocentristas o paleo-positivistas, demanda un mayor activismo de los operadores de justicia; por lo tanto, la caracterización como un *Estado constitucional de derechos y justicia* evidencia la siguiente característica: “El reforzamiento del papel del juez frente al resto de funciones estatales y particularmente frente a la antigua autonomía del legislador, pues se asigna a la jurisdicción una función directa de garantía de los derechos de las personas y de creación del derecho”²⁰⁰.

¹⁹⁸ *Ibíd.*, 30.

¹⁹⁹ Juan Montaña Pinto, *Teoría utópica de las fuentes del derecho ecuatoriano*, (Quito: Corte Constitucional del Ecuador y Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2012), 131.

²⁰⁰ Juan Montaña Pinto y Patricio Pazmiño, “Algunas consideraciones acerca del nuevo modelo constitucional ecuatoriano”, en Juan Montaña Pinto, edit., *Apuntes de Derecho Procesal Constitucional. Cuadernos de Trabajo*, Tomo I (Quito: Corte Constitucional del Ecuador y CEDEC, 2012), 34.

Es así que, la interpretación constitucional y el rol del juez a partir de la diversificación de las fuentes del derecho en el nuevo modelo constitucional ecuatoriano, concitó la necesidad de realizar un *control de constitucionalidad* no solo a partir de las disposiciones constitucionales sino de la previsión y confrontación de las leyes con los instrumentos internacionales de derechos humanos, las sentencias, la jurisprudencia, las opiniones consultivas, las observaciones, expedidas por los órganos de protección del sistema universal de derechos humanos, aplicando lo que doctrinariamente se conoce como bloque de constitucionalidad a través de una cláusula de remisión²⁰¹, tácitamente prevista por el constituyente y en constante crecimiento en cuanto a su aplicación, convirtiéndose el sistema de protección de derechos humanos en fuente formal de derecho en nuestro país.

2.1. El rol del juez garantista en la nueva concepción constitucional ecuatoriana.-

Uno de los aportes del constitucionalismo contemporáneo es la compleja capacidad hermenéutica de los jueces, ya que sostenemos la posibilidad de que puedan crear derecho, toda vez que la estructura constitucional adoptada por el Ecuador, esto es, el neoconstitucionalismo y la constitucionalización de un catálogo amplio de derechos, principios y reglas constitucionales por medio de un tipo de Constitución ubicua y de determinados contenidos a los cuales se les atribuye un valor específico, genera obligatoriamente el uso de nuevas técnicas de interpretación más acordes al modelo que se acoge, v.gr., la ponderación. En suma, nos encontramos ante el reto de cambiar las concepciones tradicionales de la interpretación para pasar a otras formas modernas de interpretación y comprometidas con las exigencias de la realidad actual.

Lo dicho implica un “redimensionamiento de la función jurisdiccional dentro de la estructura del Estado”²⁰², significa la asunción de un papel protagónico de la función judicial en las tareas estatales, debido en parte al **i)** carácter normativo de todas las disposiciones del texto constitucional y **ii)** la centralidad de la parte dogmática de la Constitución; en consecuencia el asumir un modelo de Estado como el ecuatoriano:

²⁰¹ Véase, en ese sentido, el artículo 11 numeral 7 de la Constitución del Ecuador, que reconoce los **derechos implícitos**: “*El reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento*”.

²⁰² Montaña y Pazmiño, “Nuevo modelo constitucional”, 40.

(...) ha llevado a la aplicación directa (sin mediación del legislador) de los preceptos constitucionales, con lo cual la jurisdicción ya no puede entenderse como la simple sujeción del juez a la ley, sino que es fundamentalmente la interpretación de su significado, y en ese sentido la ciencia jurídica ha dejado de ser mera descripción normativa para convertirse en análisis crítico del derecho vigente, es decir, interpretación del sistema normativo a la luz de los principios y valores constitucionales²⁰³.

Atrás quedó la concepción de los operadores de justicia como aplicadores mudos de la ley; en otras palabras, un funcionario mecánico que se sujetaba a la ley sin razonamiento ni previsión axiológica, empero, hoy en día son verdaderos intérpretes del derecho.

Siguiendo esa línea, la estructura constitucional ecuatoriana genera un cambio de lugares, lo que antes correspondía a la ley ahora le pertenece o lo ocupa la Constitución, es decir, una supremacía constitucional –material- que irradia su fuerza normativa a todo el ordenamiento jurídico, cuyas disposiciones deben guardar conformidad con la Norma Fundamental y, justamente allí, se erige la figura del juez constitucional como el intérprete primigenio de la norma constitucional, rompiendo el monopolio legislativo en la creación e interpretación de las normas jurídicas, ya que los operadores judiciales estaban –en su mayoría- “(...) *sesgados frente a una tradición jurídica positivista, la cual ha contribuido a crear un habitus judicial carente de reflexiones profundas, y de una adecuada argumentación*”²⁰⁴ y, ahora, el juez realiza un ejercicio interpretativo complejo sobre el significado de la norma, tomando como base el marco constitucional, revestido de valores, principios y reglas.

La función del juez no es de obediencia ciega a la ley, sin el análisis de otros factores externos que se involucran en el contexto social –ductilidad del derecho-; en palabras de Zagrebelsky, el derecho es una ciencia práctica ancorada a la realidad, esto tiene sentido en un derecho practicable por principios y no tanto por reglas, según el modelo constitucional que hasta aquí sostenemos y que ha superado, indudablemente, el modelo de Estado de derecho legislativo²⁰⁵.

En otros términos, el derecho como *ciencia práctica*, tiene como **a)** objetivo, **b)** razón final y **c)** función, la acción humana, ese es su radio de influencia; lo que significa que el

²⁰³ *Ibíd.*

²⁰⁴ Christian Masapanta, “El juez garantista, un nuevo rol de los actores judiciales en el constitucionalismo ecuatoriano”, en Luis Fernando Torres, edit., *Debate Constitucional*, Quito, Editorial Jurídica Cevallos, 2010, 88.

²⁰⁵ Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil*, (Madrid: Editorial Trotta, 2009), 121.

actuar ergo la voluntad son orientadas por la razón, lo que se conoce como razón práctica. A *contrario sensu*, según los postulados positivistas no existe nexo entre la ciencia y la praxis; de hecho, el derecho no podría considerarse una ciencia práctica, empero, si hablamos de la constitucionalización de los principios en un modelo de Estado Constitucional moderno – Ecuador-, no tiene cabida tal pretensión, el derecho derivado de los principios *-ex principiis derivationes-*, fundamenta su razón de ser en dos dimensiones, tanto como **i)** condicionante de las demás reglas del ordenamiento jurídico cuanto como **ii)** criterios de valor de la realidad. Por lo tanto, el derecho por principios en su naturaleza práctica abarca “(...) *su idoneidad para disciplinar efectivamente la realidad, conforme al valor que los principios confieren a la misma*”²⁰⁶

Es la “razón” que cobra fuerza a través de la praxis jurídica para que los operadores judiciales mantengan un campo de acción para realizar interpretaciones garantistas mediante fórmulas de argumentación jurídicas que tutelen los derechos de las personas.

La reflexión racional sobre la realidad contribuye a que el papel del juez, tal como lo manifiesta el profesor Cristian Masapanta, “(...) *no se limita a ser un simple regulador de solemnidades, sino que investido de su poder jurisdiccional su tarea es emitir una resolución valorando el apego irrestricto a las normas contenidas en la Constitución (...)*”²⁰⁷.

Ahora bien, una vez analizado de forma breve el papel del juez en el nuevo modelo constitucional ecuatoriano, es necesario examinar el sistema de fuentes en el ordenamiento constitucional para acercarnos al tema central de nuestro estudio.

2.2. El derecho internacional de derechos humanos como fuente formal de derecho.-

En el nuevo modelo constitucional tanto los sistemas jurídicos cuanto las fuentes se diversifican. Para una mejor comprensión de este fenómeno, Ramiro Ávila, lo analiza desde dos perspectivas: **1)** la pluralidad jurídica y **2)** la importancia de los derechos²⁰⁸. La pluralidad jurídica, implica la coexistencia de varias fuentes de derechos, ya no solo se reputa a la ley como la única fuente formal de derecho, de hecho siempre fue así, la concepción de la ciencia jurídica tradicional para la comprensión de las normas y el sistema jurídico tomaba en consideración exclusivamente el elemento *descriptivo*, es decir, la regla, pero eso sería entrar en un debate infructuoso e innecesario para este estudio sobre vigencia y validez,

²⁰⁶ *Ibíd.*, 122.

²⁰⁷ Masapanta, “El juez garantista”, 91-2.

²⁰⁸ Ávila, “Ecuador Estado Constitucional de Derechos”, 30.

iusnaturalismo y positivismo. Retomando la idea, la pluralidad jurídica se sintetiza en lo siguiente:

1. la autoridad que ejerce competencia constitucional crea normas con carácter de ley (precedentes nacionales), **2. las instancias internacionales dictan sentencias que también son generales y obligatorias (precedentes internacionales)**, 3. el ejecutivo emite políticas públicas que tienen fuerza de ley por ser actos administrativos con carácter general y obligatorio, 4. las comunidades indígenas tienen normas, procedimientos y soluciones a conflictos con carácter de sentencia y, finalmente, 5. la moral tiene relevancia en la comprensión de textos jurídicos²⁰⁹ (El resaltado es nuestro).

En ese sentido, tanto los tratados internacionales de derechos humanos, opiniones consultivas, observaciones cuanto las sentencias que se expiden desde los organismos internacionales de derechos humanos, ratificados por el Ecuador, son de obligatorio cumplimiento y vinculan su contenido al ejercicio hermenéutico que desarrolla el juez constitucional para la resolución de un caso concreto, más aún si tienen una carga o contenido más favorable en la protección de derechos fundamentales y humanos.

Esta realidad es una constante en las constituciones latinoamericanas, ya que se puede examinar la supremacía del derecho internacional respecto del resto de las normas que componen el ordenamiento jurídico de un Estado, significando un cambio radical en el tradicional sistema de fuentes donde la Constitución y la ley guardaban primacía y, tal como lo hemos venimos sosteniendo, la nueva fuente de creación de normas es: *el derecho internacional de los derechos humanos*.

Ahora bien, la idea que se configura a partir de lo mencionado en el párrafo anterior, es que las normas provenientes del derecho internacional de los derechos humanos se incorporan de forma directa al ordenamiento constitucional, sin que sea prescindible la intermediación del legislador a través de la elaboración de una ley para su reconocimiento.

En la doctrina ha surgido un debate acerca de la naturaleza de las relaciones que existen entre el ordenamiento interno del Estado y el ordenamiento internacional, para lo cual se han formulado dos teorías.

Por un lado, la *teoría dualista*, sostiene que los ordenamientos estatales son distintos al ordenamiento jurídico internacional; razón por la cual, son independientes entre sí, pues, regulan distintas materias y tiene fuentes diversas. El derecho internacional tiene como fuente

²⁰⁹ *Ibíd.*

el consenso entre Estados –personas jurídicas de derecho internacional- cuyos destinatarios de las normas jurídicas que consensuan son los mismos Estados. El derecho estatal tiene como destinatario a los seres humanos que componen el territorio de un Estado²¹⁰.

Para Domingo Acevedo siguiendo a Heinrich Triepel, estos dos ordenamientos jurídicos se diferencian tanto por las relaciones que regulan cuanto por su origen, toda vez que según la primera característica el derecho internacional rige para las relaciones entre los Estados y, el derecho interno, las relaciones de aquél con sus súbditos²¹¹.

Por otra parte, se encuentra la *teoría monista*, que fundamenta su tesis en el sentido de que tanto el ordenamiento estatal cuanto el ordenamiento internacional comprenden un mismo sistema jurídico, cuyo fundamento de validez y fuerza obligatoria es una norma superior. En palabras de Acevedo, lo que existiría es una “unidad esencial de todos los ordenamientos jurídicos”²¹².

Kelsen hacía la siguiente clasificación: **i) monismo internacional**, que propugnaba que el derecho estatal es parte del derecho internacional, pues éste da validez a aquél, o que dos subsistemas jurídicos forman parte de un sistema armónico; y, **ii) monismo nacional**, por su parte, sostenía que el derecho internacional es parte del derecho estatal, ya que este último le otorga validez, siendo aquél la expresión de una parte del derecho del Estado, el cual regula las relaciones con los demás Estados²¹³.

El autor austriaco se inclinaba por la primera tesis, para esto se apoyaba en su concepto de “norma fundamental”, pues, la misma aparece dando validez al ordenamiento jurídico estatal a través de una norma positiva de carácter consuetudinaria, esto es, del derecho internacional. Sostiene que las costumbres internacionales adoptan una norma que se suele llamar “principio de efectividad”²¹⁴.

En un primer momento, diríamos que la solución constitucional que se ha adoptado en América Latina respecto a las relaciones entre derecho interno del Estado y ordenamiento

²¹⁰Juan Montaña Pinto, “El sistema de fuentes del derecho en el nuevo constitucionalismo latinoamericano”, en Juan Montaña Pinto, edit., *Apuntes de Derecho Procesal Constitucional. Cuadernos de Trabajo*, Tomo I (Quito: Corte Constitucional del Ecuador y CEDEC, 2012), 114-5.

²¹¹ Domingo E. Acevedo, “Relación entre el derecho internacional y el derecho interno”, *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, No. 16 (1992): 137, <http://iidh-websserver.iidh.ed.cr/multic/UserFiles/Biblioteca/IIDH/1_2014/ae2a03c1-584a-419b-acc5-2ad45a9757fd.pdf>

²¹² *Ibíd.*, 138.

²¹³ Carlos Santiago Nino, *Introducción al Análisis del Derecho*, (Barcelona: editorial Ariel, 2013), 143.

²¹⁴ *Ibíd.*

internacional, correspondería a la *tesis monista* propuesta por Kelsen; no obstante, nuestro sistema regional carece de una unívoca “norma fundamental” al estilo kelseniano, que sea el fundamento último de validez de todo un sistema jurídico interno, que no sea la propia Constitución, en razón de que el principio de jerarquía perdería valor para explicar la pluralidad de fuentes del derecho en nuestro ordenamiento y, por supuesto, el rol que cumple el derecho internacional dentro del mismo.

Juan Montaña Pinto manifiesta que:

(...) lo que es más importante, el reconocimiento del *pluralismo jurídico*, que hacen la mayoría de las constituciones latinoamericanas, da un *nuevo aire a la teoría dualista*, puesto que permite entender cómo un ordenamiento jurídico externo puede influir y modificar el orden interno, sin que se produzcan necesariamente contradicciones insalvables. En este caso, los dos sistemas jurídicos coexisten y colaboran para alcanzar el objetivo de la paz social, sin que necesariamente uno tenga que subsumir en los otros y viceversa²¹⁵ (El resaltado es nuestro).

Asimismo, tal como lo manifiesta Ramiro Ávila, el “monismo de las fuentes” obstruyó otras maneras de comprender el derecho y de hacer justicia; por lo tanto, “El estado constitucional reconoce varios derechos, además, del producido por el parlamento: el derecho internacional, la jurisprudencia internacional, la jurisprudencia constitucional nacional, las políticas públicas, el derecho indígena y hasta la moral crítica (...)”²¹⁶.

De todos modos, lo que sí es conclusivo e indiscutible es que en la praxis el derecho internacional de los derechos humanos se convierte en fundamento axiológico de la mayoría de los ordenamientos constitucionales de Latinoamérica, siendo las normas internacionales de derechos humanos prácticamente aplicables de forma directa por los tribunales y órganos estatales sin que medie la intervención del legislador a través de un acto de recepción y promulgación de una ley para su reconocimiento, su incorporación es automática.

Con todo, surge las siguientes interrogantes: i) ¿Qué norma se aplica en caso de contradicción entre el derecho nacional y una norma del derecho internacional siendo ambas vigentes y sin que exista una jerarquía clara? El constitucionalismo latinoamericano ha estructurado una salida y es la configuración de una cláusula por medio de la cual se otorga jerarquía constitucional a los instrumentos internacionales de derechos humanos, lo que significa que se encuentran por sobre el ordenamiento jurídico interno, amén del

²¹⁵ Montaña, “El sistema de fuentes del derecho”, 116.

²¹⁶ Ávila, “El neoconstitucionalismo transformador”, 144.

establecimiento de los principios *pro homine*, *favorabilidad*, *progresividad*, *aplicación directa*, etc. en materia de derechos humanos, véase por ejemplo los artículos 11.7, 424 inciso segundo, 428 de la Constitución del Ecuador. De igual forma, **ii**) ¿Qué norma se aplica en caso de contradicción entre una norma constitucional y otra del ordenamiento jurídico internacional? Tal como lo hemos dicho hasta la saciedad, el neoconstitucionalismo estructura una fuerte materialización de los principios y valores constitucionales que para convertirse en reglas jurídicas deben pasar por un ejercicio complejo de argumentación e interpretación; en virtud de lo cual, la *ponderación* es uno de los instrumentos que dota este modelo para la solución de la antinomia.

El derecho internacional de los derechos humanos como fuente formal de derecho en nuestro ordenamiento jurídico, no siempre tuvo la misma jerarquía que una norma constitucional. Si retrocedemos en el tiempo, la Constitución de la República del Ecuador de 1978, codificada en 1997²¹⁷, establecía en el artículo 94, que un tratado o convenio internacional que no se oponga a la Constitución o la ley, formaba parte del ordenamiento jurídico una vez que haya sido promulgado; dicho en otros términos, se advertía que aquellos instrumentos internacionales no solo debían estar sujetos a la Norma Fundamental sino a la ley, era una especie de control de legalidad para que tengan validez y eficacia.

Asimismo, la Constitución expedida en el año de 1998 prescribía en su artículo 163 que “Las normas contenidas en los tratados y convenios internacionales, una vez promulgados en el Registro Oficial, formarán parte del ordenamiento jurídico de la República y prevalecerán sobre leyes y otras normas de menor jerarquía”²¹⁸; esto significaba un paso más en el peldaño de la jerarquía puesto que si bien se les reconocía superioridad sobre las otras normas del ordenamiento jurídico interno, empero, seguían siendo normas infraconstitucionales. En síntesis, seguía teniendo preeminencia la ley. Hoy en día esta circunstancia es inviable, puesto que el artículo 424 de la Constitución²¹⁹ claramente sitúa a

²¹⁷ *Constitución de la República del Ecuador* [1978] codificada en 1997, artículo 94. RO, No. 2 (13 de febrero de 1997).

²¹⁸ *Constitución de la República del Ecuador* [1998], artículo 163. RO, No. 1 (11 de agosto de 1998).

²¹⁹ *Constitución de la República del Ecuador* [2008], artículo 424: “(...) La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público”.

los instrumentos internacionales de derechos humanos en el mismo rango que tienen las normas constitucionales²²⁰.

No solo el Estado ecuatoriano debe acatar de buena fe los tratados o convenios sobre derechos humanos que ratifica²²¹, v.gr., la Convención Americana de Derechos Humanos, sino también sus sentencias y sus *opiniones consultivas* en ejercicio de su competencia consultiva en cuanto a la aplicación e interpretación de la Convención-IDH, siendo vinculantes. En otras palabras, el sistema jurídico internacional forma parte del sistema jurídico local, siendo las normas creadas por organismos distintos a la Función Legislativa nacional y, además, aplicados por órganos distintos a la Función Judicial de nuestro país²²².

De igual manera, desde una visión doctrinaria se entiende que las fuentes del derecho internacional de los derechos humanos que a lo largo del texto constitucional se las designa comúnmente como “instrumentos internacionales”²²³ comprenden dos categorías, esto es: **a) Los convenios, tratados, protocolos o pactos** que en el derecho internacional se los conoce como “tratados”²²⁴ y forman parte de la categoría del *hard law* dentro de la concepción de la normatividad graduada en función de la obligatoriedad del Derecho Internacional, que corresponde al conjunto de normas dispositivas que reconocen derechos y obligaciones exigibles entre las partes que se involucran en la misma y cuya nota distintiva, evidentemente, es la *obligatoriedad* que no admite discusión en contra, ya que es un espacio seguro para las relaciones entre los sujetos de derecho internacional²²⁵.

²²⁰ Montaña, “El sistema de fuentes del derecho”, 117.

²²¹ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, publicado en el Registro Oficial No. 6 de 28 de abril de 2005. “**Art. 26.- Pacta sunt servanda.-** Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”.

²²² Ávila, “Ecuador Estado Constitucional de Derechos”, 32.

²²³ Véase los artículos 3, 10, 11 numerales 3,7, 41, 57, 58, 417, 426, de la Constitución del Ecuador, respectivamente. Ramiro Ávila señala que “*La palabra usada por la Constitución de Ecuador «instrumentos» merece un comentario. Intencionalmente no se utilizó la palabra «convenios» o «tratados» para ampliar el espectro de protección de los derechos. En los instrumentos tenemos «soft law», resoluciones y sentencias de organismos internacionales y hasta declaraciones de Conferencias internacionales que contengan derechos o desarrollen el contenido de ellos*”. Ávila, “El neoconstitucionalismo transformador”, 63.

²²⁴ Luis Pásara, *El Uso de los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos en la Administración de Justicia*, (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del Ecuador, Serie Justicia y Derechos Humanos, 2012), 34-7.

²²⁵ Alan Matías Feler, “Soft law como herramienta de adecuación del derecho internacional a las nuevas coyunturas”, en *Lecciones y Ensayos*, Nro. 95 (2015): 285-6, <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/95/soft-law-como-herramienta-de-adecuacion-del-derecho-internacional-a-las-nuevas-coyunturas.pdf>

Siguiendo esa línea, los “tratados” poseen un procedimiento específico para su integración al ordenamiento jurídico nacional, requiriendo al menos tres pasos previos, tales como la suscripción, la aprobación y la ratificación. Pertenecen a esta categoría, por citar algunos ejemplos: la Convención Americana sobre Derechos Humanos, El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la mujer (Convención Belén do Pará), etc.; y, **b)** *Los documentos o declaraciones* expedidos por organismos internacionales de índole mundial o regional como las Naciones Unidas o la Organización de Estados Americanos; no obstante, aquellos textos jurídicos no se encuentran sometidos a un procedimiento formal que exija a un Estado su cumplimiento, como sí los tienen los tratados, careciendo en definitiva del elemento de obligatoriedad.²²⁶ En otras palabras, es lo que se conoce en la doctrina internacional como el *soft law* e implica básicamente la firma de un Estado, toda vez que como lo hemos sostenido no tiene un proceso de ratificación, enumeran derechos empero no tienen un mecanismo de protección internacional –como sí lo tiene el tratado-. Este tipo de instrumentos *prima facie* “no son vinculantes”, allí se encuentran, por ejemplo, las declaraciones, las resoluciones, las normas mínimas, las directrices, etc.²²⁷

La Constitución no hace distinción entre las dos categorías arriba expuestas, lo que *a priori* podría generar una sospecha en el lector y eventualmente un problema, ya que por un lado podríamos pensar que **i)** al referirnos al término “instrumentos” de forma general tanto el *hard law* cuanto el *soft law* formarían parte del bloque de constitucionalidad y por tanto tendrían jerarquía constitucional y, así también, podríamos afirmar que **ii)** únicamente los *tratados internacionales* que cumplen con el procedimiento formal de *ratificación*, formarían parte del bloque de constitucionalidad.

Para absolver este eventual problema, analicemos el siguiente cuadro:

Tabla 4
Constitución del Ecuador

Art. 3.- Son deberes primordiales del Estado: 1. Garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales (...)	Art. 417.- Los tratados internacionales ratificados por el Ecuador se sujetarán a lo establecido en la Constitución. En el caso de los tratados y otros instrumentos internacionales de derechos humanos se aplicarán los principios pro ser humano, de no restricción de derechos,
--	--

²²⁶ Pásara, “El Uso de los Instrumentos”, 34-7.

²²⁷ Ramiro Ávila Santamaría, *Los derechos y sus garantías. Ensayos críticos*, (Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición, 2012), 86.

	de aplicabilidad directa y de cláusula abierta establecidos en la Constitución.
Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: 3. 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 a petición de parte.	Art. 424.- (...) La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público.
Art. 11.- (...) 7. El reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos , no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas (...)	Art. 426.- Todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución. 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 (...) Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación (...) (El subrayado nos pertenece).

Si bien es cierto que existe un procedimiento constitucional para ratificar un tratado internacional no es menos cierto que realizando una interpretación integral y más favorable al ser humano de la Constitución, tomando como base esa *cláusula abierta* prescrita en el artículo 11 numeral 7 *ibídem* que remite a la dignidad y es el artículo que más favorece a la efectiva vigencia de los derechos humanos, podemos inferir que se reconoce la misma categoría tanto para los tratados cuanto para las declaraciones o documentos, toda vez que se abre la posibilidad que aquellos derechos que no estén reconocidos en el texto constitucional puedan ser justiciables; hablar del beneficio de esta cláusula abierta para los seres humanos configura un mecanismo de protección en contra de amenazas que aún no han sido identificadas.

En opinión del autor del presente trabajo, ante la interrogante: ¿Las normas del *soft law* integran el sistema jurídico ecuatoriano y se las puede invocar con efecto vinculante? Podría contestar de la siguiente manera **i**) si partimos de que podemos invocar y aplicar los derechos que emanen de “la dignidad” del ser humano y las normas del *soft law* coadyuvan a reconocerlas y enunciarlas, sería un contrasentido desconocer tal postulado, además de que

el Estado ecuatoriano como bien lo describimos en la tabla *ut supra* reconoce los derechos que reposan en los instrumentos internacionales de derechos humanos sin distinción; y, **ii**) si el constituyente hubiese querido limitar las fuentes del derecho exclusivamente a los tratados, bien lo pudo hacer y expresarlo de esa manera.

En ese orden de ideas, sostenemos que si bien el artículo 424 de la Constitución reconoce como fuente formal de derecho a los tratados internacionales de derechos humanos también le asigna plena vigencia al derecho internacional humanitario, pues, inclusive así lo ha ratificado la jurisprudencia de la Corte Constitucional del Ecuador.²²⁸

De esta forma, tomando como base la línea jurisprudencial del Organismo constitucional en comento, no solo las normas del derecho internacional de los derechos humanos pertenecen a lo que se conoce como **“bloque de constitucionalidad”**, que podría desprenderse del análisis exegético de la norma constitucional sino también el conglomerado de normas que hacen parte del derecho internacional humanitario, toda vez que la dignidad humana es el eslabón y fundamento para que esos dos grandes grupos o cuerpos normativos puedan tener una identidad en los valores que tutelan, pasando a integrar el sistema internacional de protección de los derechos de la persona humana²²⁹.

Por otro lado, la constitucionalización de las nuevas tendencias del derecho internacional de los derechos humanos en la nueva estructura constitucional ecuatoriana, ha replanteado la posición de la parte dogmática de la Constitución, principalmente por dos factores: **i**) el reconocimiento de la primacía del derecho internacional de los derechos humanos frente a las demás normas del ordenamiento jurídico interno y, **ii**) la ampliación del catálogo de derechos, incluso, sin que se encuentren consagrados de manera formal en el texto constitucional²³⁰.

Lo dicho en el párrafo anterior *in fine*, es un fenómeno creciente en algunas Constituciones latinoamericanas, toda vez que declarar un derecho a través de una cláusula abierta carente de prescripción para garantizar y reforzar la protección de los derechos humanos en situaciones jurídicas presentes o futuras, guarda relación directa con el modelo

²²⁸ Corte Constitucional para el periodo de transición, dictamen No. 009-09-DTI-CC, caso No. 0007-09-TI, de 13 de agosto de 2009.

²²⁹ Montaña, “El sistema de fuentes del derecho”, 118-9.

²³⁰ Montaña y Pazmiño, “Nuevo modelo constitucional”, 39.

de Estado Constitucional contemporáneo, más aún si aquella norma constitucional es ausente en el catálogo de derechos, empero, por su vinculación con la dignidad humana:

(...) merecen ser garantizadas mediante su reconocimiento como derechos subjetivos, disposición que además de facilitar la adaptación de la Constitución a los nuevos tiempos, otorga a los jueces una inmensa capacidad de transformación de la sociedad por medio de la creación de nuevo derecho, función que aleja a los jueces de esa imagen de aplicadores mudos de la ley que la doctrina liberal clásica les había impuesto²³¹.

3. Recepción del bloque de la constitucionalidad en Ecuador

El proceso de constitucionalización de los ordenamientos jurídicos en América Latina y, principalmente, en el Ecuador, por la influencia del neoconstitucionalismo, ha permitido identificar al menos dos características que han estado presente a lo largo del presente estudio, a saber: **i)** la primacía del derecho internacional de los derechos humanos y **ii)** la ampliación del catálogo de derechos en las diferentes Constituciones.

El redimensionamiento de las fuentes del derecho que excluye la preeminencia de la ley propia de los Estados legislativos de derecho, abre el camino para deshacer el infructuoso debate en la dicotomía de la naturaleza de los derechos. La Constitución del Ecuador es determinante al prescribir en su artículo 11 numeral 6: “Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía”; lo que conlleva analizar necesariamente el pluralismo jurídico con el abanico de fuentes que este representa en el nuevo modelo constitucional, toda vez que persiste una sentida expansión de los derechos.

En ese sentido, tanto los instrumentos internacionales cuanto las sentencias expedidas por organismos de protección de derechos humanos son fuente formal del derecho en el Ecuador, aun cuando no estén reconocidas de forma tácita, pues, para aquello se ha configurado una cláusula abierta que se la conoce como el “bloque de constitucionalidad” y se encuentra prevista en el artículo 11 numeral 7 *ibídem*. Aquello significa su incorporación con fuerza vinculante al derecho constitucional sin importar su reconocimiento formal, pues, se cierne un principio que diluye la discusión de la jerarquía entre Constitución y normas de derechos humanos previstas en instrumentos internacionales como es el principio *pro homine*, es decir, se aplican las normas que más favorezca al reconocimiento y ejercicio de

²³¹Ibíd.

los derechos, sea que se encuentren en la Constitución o en los instrumentos internacionales, fundamentando tal práctica en la “dignidad humana”.

Juan Montaña Pinto lo describe así:

Hasta tal punto llega esta transformación en la jerarquía de las fuentes del derecho, que en muchas constituciones las normas internacionales sobre derechos humanos –establecidos convencionalmente y ratificados por cada uno de los Estados- poseen una jerarquía superior al resto del ordenamiento, mediante su inclusión en lo que en la doctrina local denomina *bloque de constitucionalidad*²³². (El subrayado nos pertenece).

Nos preguntamos: ¿Cómo fue posible llegar a la tesis de la supremacía del derecho internacional de los derechos humanos?

La relación entre el derecho internacional y el derecho constitucional ha sufrido una metamorfosis a lo largo de los años. En un primer momento, fue la *revisión judicial* de carácter estatal la que resolvía este tipo de relaciones, debido en parte a la influencia de la primacía del derecho constitucional frente al derecho internacional que provenía de los postulados de la Constitución americana de 1787 y aplicada por la mayoría de los países europeos; en consecuencia, las disposiciones internacionales adquirirían validez y eficacia, siendo incorporadas al ordenamiento interno con el rango de una ley ordinaria.²³³

En un segundo momento, mediante el ejercicio jurisprudencial se empezó a flexibilizar el principio de supremacía del derecho constitucional frente a determinadas normas del derecho internacional sobre derechos humanos, esto significaba que salvo algunos instrumentos internacionales que se aplicaban de forma directa y prevalecía frente al derecho interno, los demás seguían manteniendo la misma jerarquía que una ley *infraconstitucional*. Con todo, los tratados y convenios sobre derechos humanos configuraban una categoría intermedia entre la Constitución y las leyes ordinarias²³⁴. La excepción, por ejemplo la hacían los siguientes instrumentos: la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948; el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos de 1966; y, la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José).

²³² Montaña, “Teoría utópica de las fuentes”, 58.

²³³ *Ibíd.*

²³⁴ *Ibíd.*, 59.

Un tercer momento en la relación, consistió en dejar de lado la sospechosa y defensiva actitud frente a los instrumentos internacionales sobre derechos humanos; por tanto, se iban incorporando de forma sucesiva y con preeminencia frente al derecho nacional.

En la última etapa de esta evolución encontramos que la tesis de la supremacía del derecho internacional se superpone a los ordenamientos jurídicos internos, toda vez que el constitucionalismo contemporáneo latinoamericano buscó dar una respuesta contundente a los efectos de los regímenes militares que azotaron la región en el periodo comprendido entre los años 70 y 80 del siglo pasado, pues, pesó más la protección de los derechos humanos en detrimento de la impunidad que algunos Estados quisieron retomar, véase, por ejemplo, las *leyes de Obediencia Debida y Punto Final* en la Argentina –mencionamos este caso en el capítulo primero de este trabajo-.

Así que, en los últimos años se observa la voluntad de los estados por reconocer el carácter fundamental de los derechos humanos establecidos en tratados y convenios internacionales, v.gr., en las Constituciones de Guatemala, artículo 46; Colombia, artículo 93; Argentina, artículo 75; Perú, las Disposiciones Finales y Transitorias Cuarta; Ecuador, artículo 11 y 417.

Para seguir con el hilo conductor del presente capítulo, hemos dicho que la preeminencia del derecho internacional de los derechos humanos tuvo su impulso bajo la anuencia del constitucionalismo contemporáneo o neoconstitucionalismo; a la par que los derechos fueron expandiéndose y se consolidaron como el fin último del Estado, ya que la parte dogmática de las distintas Constituciones cobraron una fuerza inusitada.

Las condiciones de validez de las normas cambian. No solo se requería la vigencia o validez formal de una norma constitucional que dependía netamente del procedimiento formal de creación sino que ahora se debía guardar concordancia con el plexo de valores, principios y reglas previstas en el cuerpo constitucional o lo que se denomina validez material. Esto último, unido al *principio de estricta legalidad* es perfectamente posible en el Estado Constitucional de Derechos y Justicia como el modelo de Estado adoptado por el Ecuador. Las normas constitucionales, así tengan la estructura de un principio deben ser directamente aplicables por las autoridades judiciales, por ejemplo, la Norma Fundamental ecuatoriana en su artículo 84 manda “La Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas

jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano (...) (El resaltado es nuestro”; y, el artículo 426 *ibidem* prescribe 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 (...)”.

Lo dicho genera el siguiente razonamiento: **i)** la Constitución no es solamente un conjunto de reglas, pues, es un cuerpo interdisciplinario que cohabita con principios y valores que orientan el contenido de aquellas. En ese sentido, **ii)** al reconocer su supremacía, así como su función de dotar de validez y unidad al ordenamiento jurídico infraconstitucional, se entiende que está vetada de violentar su propia estructura, esto es los principios, valores y reglas que ella misma reconoce; **iii)** De allí que, los derechos constitucionales se erigen como límites y vínculos, cuyo contenido esencial se fundamenta en la *dignidad de las personas*. Es así que, **iv)** esta forma de concebir las reglas y los principios en el Estado Constitucional moderno deriva en otorgar un reconocimiento superior a las normas del derecho internacional de los derechos humanos, por encima, incluso, del Estado y su ordenamiento jurídico interno²³⁵.

Lo descrito arriba, permite comprender el porqué del principio *pro homine*²³⁶, toda vez que este atraviesa la Constitución del Ecuador como un eje transversal, exigiendo a los operadores de justicia que los derechos humanos y el derecho humanitario sea aplicado directamente a través del ejercicio interpretativo en favorabilidad al ser humano y elabora una cláusula abierta donde encierra a todas las normas que sostienen el sistema universal de protección de los derechos humanos.

Danilo Caicedo, uno de los pocos estudios de este instituto en el Ecuador, pergeña una definición del bloque de constitucionalidad:

²³⁵ Danilo Caicedo Tapia, “El bloque de constitucionalidad en el Ecuador. Derechos Humanos más allá de la Constitución”, *Foro: Revista de Derecho*, No. 12 (2009): 11.

²³⁶ Constitución del Ecuador de 2008: “**Art. 11. 5.** En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezca su efectiva vigencia”; y, “**Art. 417.-** Los tratados internacionales ratificados por el Ecuador se sujetarán a lo establecido en la Constitución. En el caso de los tratados y otros instrumentos internacionales de derechos humanos se aplicarán los principios *pro ser humano* (...) de aplicabilidad directa y de cláusula abierta (...)”.

...podemos definir con carácter general al bloque de constitucionalidad como el instituto jurídico que integra los valores, principios y reglas del sistema jurídico, que no se encuentran en el articulado de la Constitución, los cuales se desprenden por medio de **cláusulas de remisión** establecidas en el cuerpo constitucional; como resultado, nuevos valores y principios se entienden anexados al texto constitucional con igual fuerza normativa, en un sentido sustancial en aplicación inmediata y directa del principio pro ser humano²³⁷ (El resaltado es nuestro).

Por otro lado, Juan Carlos Riofrío, realiza un estudio minucioso sobre el origen del bloque de constitucionalidad en nuestro país, señalando que por primera vez se esboza el concepto de esta noción en la Resolución No. 001-2004-DI expedida por el ex Tribunal Constitucional del Ecuador respecto a la declaratoria de inconstitucionalidad parcial del artículo 255 del Código de Procedimiento Penal que prohibía a los jueces emitir declaraciones públicas o privadas a los medios de comunicación *una vez que hayan* expedido el fallo sobre el caso puesto a su resolución²³⁸, lo que evidentemente contravenía las normas internacionales ratificadas por el Estado ecuatoriano, a lo que llamó en su momento *Bloque de Constitucionalidad*.

Es así que, el autor en comento, observa que la noción de bloque de constitucionalidad ecuatoriano tiene los siguientes efectos prácticos: **i)** dar sentido coherente a la Constitución; **ii)** elevar a los tratados internacionales al orden constitucional; **iii)** la necesidad de delimitar el contenido esencial de los derechos fundamentales; y, **iv)** delimitación de competencias²³⁹.

Respecto a la *delimitación del contenido esencial* de los derechos fundamentales por parte del bloque de constitucionalidad; esta tesis guarda su fundamento en que los derechos no son absolutos y tienen una parte irregular y otra regulable. La primera se direcciona al núcleo esencial de los derechos, el mismo que no puede ser transgredido por los órganos del Estado y sus autoridades.

El ex Tribunal Constitucional del Ecuador adoptó la postura del Tribunal Constitucional español en la STC 11/81 de 8 de abril de 1981, que definió *el contenido esencial* de la siguiente manera:

(...) aquella parte del contenido de un derecho sin la cual éste pierde su peculiaridad, o dicho de otro modo lo que hace que sea reconocible como derecho perteneciente a un determinado

²³⁷ Caicedo, "El bloque de constitucionalidad en el Ecuador", 12.

²³⁸ Juan Carlos Riofrío Martínez- Villalba, "El bloque de constitucionalidad pergeñado por el Tribunal Constitucional", Foro: Revista de derecho, No. 16 (II Semestre, 2006): 227-8.

²³⁹ *Ibíd.*, 235-42.

tipo (...) Es también aquella parte del contenido que es ineludiblemente necesaria para que el derecho permita a su titular la satisfacción de aquellos intereses para cuya consecución el derecho se otorga²⁴⁰.

Asimismo, la parte regulable es necesaria a través de una ley siempre y cuando no contravenga su contenido esencial, v.gr., la libertad de expresión y sus límites; en consecuencia, el bloque de constitucionalidad podrá limitar y delimitar los derechos fundamentales²⁴¹.

Respecto a la *delimitación de competencia*, el autor en estudio lo describe de la siguiente manera:

Una cosa parece clara: las leyes del régimen seccional autónomo efectivamente pertenecen al bloque de constitucionalidad. Sea por el argumento del principio de competencia mencionado, sea por el argumento de la organicidad de la ley, resulta improbable que tales normas se encuentren fuera del bloque de constitucionalidad²⁴².

Este análisis lo realizó Juan Carlos Riofrío, por cuanto, la Constitución del Ecuador del año de 1998 hacía un reparto de competencias en las entidades del régimen seccional autónomo –hoy Gobiernos Autónomos Descentralizados- que remitía a la ley para determinar la estructura, integración, deberes y atribuciones.

En síntesis, la recepción del bloque de constitucionalidad se la realizó a través del ejercicio jurisprudencial del ex Tribunal Constitucional del Ecuador mediante la codificación constitucional del año de 1998 y, desarrollada de forma tenue y dispersa por la Corte Constitucional del Ecuador con la actual Constitución que data del año 2008.

4. Contenido del bloque de la constitucionalidad en el Ecuador

Siguiendo la investigación que sobre el bloque de constitucionalidad realiza Danilo Caicedo, es necesario abordar este tema desde el estudio de las *cláusulas de remisión o reenvío* existentes en la Constitución. Así el autor denomina a aquellas como el conjunto de normas que sin constar de manera expresa o constando de forma tácita en el texto constitucional orientan sus disposiciones a otros textos normativos nacionales o instrumentos jurídicos internacionales²⁴³. En esa línea, ya mencionamos la complejidad de la expresión

²⁴⁰ España. Tribunal Constitucional, [Sobre el derecho de huelga], en *Boletín Oficial del Estado*, 99, 25 de abril de 1981.

²⁴¹ Riofrío, “El bloque de constitucionalidad pergeñado por el TC”, 238-40.

²⁴² *Ibíd.*, 241.

²⁴³ Caicedo, “El bloque de constitucionalidad en el Ecuador”, 14.

“instrumentos internacionales” dentro de la Norma Fundamental del Ecuador, comprendiendo no solo los tratados sino también convenios, pactos, referentes al sistema universal de protección de los derechos humanos.

El *leitmotiv* es que aquellos deben ser cumplidos de forma obligatoria, gozando de fuerza vinculante, siendo garantizados y vigilados por organismos supranacionales, cuyos efectos jurídicos se posan sobre el ordenamiento jurídico interno del país, toda vez que el Estado los ratifica a través del procedimiento creado para tales efectos. Además, recordemos que según la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, cualquier tratado indistintamente de su naturaleza debe ser cumplido e interpretado por los Estados partes de *buena fe*²⁴⁴.

La doctrina se ha encargado de realizar diferentes clasificaciones respecto a las *técnicas de remisión*. Su uso más frecuente conserva el vínculo entre la legislación nacional y la legislación internacional cuyo objetivo es otorgar un tratamiento especial a las disposiciones sobre derechos humanos, esto significa delimitar las cláusulas de reenvío y su ampliación al espectro legislativo interno.

Es así que, haremos un recuento de los tipos de cláusulas de remisión que se pueden encontrar en la doctrina especializada.

i) Cláusulas interpretativas.- Son aquellas normas que establecen una directriz general de interpretación a otras normas constitucionales. En el caso del Ecuador, la Constitución establece un capítulo entero a partir del artículo 11 de la Constitución, de principios para la aplicación de los derechos.²⁴⁵

ii) Cláusulas reconocedoras de derechos implícitos o no enumerados.- Estas normas prescriben explícitamente que tanto los derechos cuanto las garantías que se encuentren reconocidas en el cuerpo constitucional no pueden excluir o negar otros derechos establecidos en normas internacionales o nacionales, así como las que deriven, a pesar de no contar expresamente, de la “dignidad” de las personas, pueblos o nacionalidades. Este tipo de cláusula la encontramos en el artículo 11 numeral 7 de la Constitución del Ecuador²⁴⁶.

²⁴⁴ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, publicado en el Registro Oficial No. 6 de 28 de abril de 2005. Artículos 26 y 31.

²⁴⁵ Caicedo, “El bloque de constitucionalidad en el Ecuador”, 16.

²⁴⁶ *Ibíd.*, 17.

iii) Cláusulas declarativas.- Este tipo de normas se inspiran en los principios que como mandatos de optimización formulan condiciones para que los instrumentos de derechos humanos se puedan concretar y efectivizar en cuanto a su contenido y alcance.²⁴⁷

Allí se pueden encontrar, por ejemplo, los preámbulos, las pautas relativas al manejo de la política exterior, de cómo deben actuar los órganos del Estado y el manejo de la política de integración. Estas cláusulas son frecuentes en nuestra Constitución, v. gr., artículos 416, 428, 423, entre otros.

iv) Cláusulas de remisión a textos cerrados.- Son normas constitucionales que no hacen sino un reenvío a normas que se encuentran expresamente determinadas. En ese sentido, algunas Constituciones Latinoamericanas completan el catálogo de los derechos que reconocen remitiéndose a otros instrumentos internacionales²⁴⁸, tal es el caso de la Constitución argentina en el artículo 75 numeral 22.

De igual forma, Rodrigo Uprimny²⁴⁹ señala las dudas que se ciernen en conocer el mecanismo mediante el cual se debe incorporar una norma al bloque de constitucionalidad, ya que se asume que es la propia Constitución la que ordena la inclusión de un derecho o principio de forma concisa al bloque; no obstante, en la práctica ha generado más de un problema a la Corte Constitucional colombiana descifrar cuáles son las *técnicas de remisión* que admite la Constitución. Tema que ha sido ignorado y jamás abordado por la Corte Constitucional ecuatoriana.

El profesor Uprimny indica que existen cinco técnicas básicas de reenvío. Así tenemos: **i)** la *remisión a textos cerrados y definidos*, v.gr., la mayoría de constituciones latinoamericanas que reconocer a la Convención-IDH; **ii)** el *reenvío a textos cerrados*, por ejemplo, el ya estudiado caso francés, que genera una incertidumbre en cuanto a saber cuáles son esos *principios fundamentales* reconocidos por las *leyes* de la República, esto por expresa remisión del preámbulo de la Constitución de 1946; **iii)** la remisión a textos por desarrollar, el caso más claro son los estatutos de autonomía español, ulteriormente aprobados; **iv)** las *remisiones abiertas a valores y principios*, como por ejemplo la que consta en la IX enmienda de la Constitución estadounidense; **v)** la *remisión a otros valores por medio del uso de*

²⁴⁷ *Ibíd.*

²⁴⁸ *Ibíd.*

²⁴⁹ Rodrigo Uprimny, *El bloque de constitucionalidad en Colombia. Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal*, (Bogotá: Universidad Nacional-ENS Colombia, 2005), 29.

conceptos particularmente indeterminados, siendo el mismo ejemplo Estados Unidos con la cláusula del debido proceso sustantivo²⁵⁰.

Por último, en el caso del Ecuador lo que existe son *remisiones cerradas de naturaleza indeterminada* que, como lo hemos mencionado antes, se direccionan a instrumentos internacionales de derechos humanos o normas internacionales sobre alianza e integración²⁵¹.

4.1. Pergeñando una definición del bloque de la constitucionalidad en Ecuador.

Varios elementos se han fraguado en nuestra realidad jurídica para configurar o aproximarnos, al menos, a un concepto de bloque de constitucionalidad tomando matices del derecho comparado. De hecho, el bloque como institución, tal como lo hemos insistido, es un modelo de “trasplante jurídico” y en palabras de Arturo Hoyos “La doctrina del bloque de constitucionalidad representa un caso exitoso de *trasplante jurídico* de una institución entre países cuyos sistemas jurídicos pertenecen a la familia romano-germánica. Aquella se origina en Francia, y luego es recogida en otros países europeos como España, Italia y Austria”²⁵².

Es así que, desglosamos las siguientes características pertenecientes al modelo de Estado adoptado por el Ecuador para luego unificarlas en un concepto: **i)** La corriente de pensamiento jurídico que da sustento al bloque de la constitucionalidad es el Neoconstitucionalismo. El modelo de Estado ecuatoriano es el “Constitucional de derechos y justicia”; **ii)** Fuerte materialización de las normas constitucionales, prima la parte dogmática de la Norma Fundamental sobre la orgánica; **iii)** Un catálogo extenso de derechos fundamentales, centralidad de los derechos y fin último del Estado la garantía y protección de los mismos; **iv)** Preponderancia de principios constitucionales como mandatos de optimización y ejes transversales en la Constitución, v.gr., dignidad humana, progresividad, *pro homine*, favorabilidad.; **v)** Diversificación de la fuentes del derecho –pluralidad jurídica– y el derecho internacional de los derechos humanos como fuente formal de derecho; **vi)** La supremacía del derecho internacional de los derechos humanos sobre las demás normas del ordenamiento jurídico; **vii)** Nuevas formas de interpretación jurídica, aparecen la ponderación, motivación, proporcionalidad; por tanto, activismo judicial; **viii)** Establecimiento de cláusulas de remisión para un tratamiento especial y diferido a las normas

²⁵⁰ *Ibíd.*, 29-30.

²⁵¹ *Ibíd.*

²⁵² Arturo Hoyos, *La Interpretación Constitucional*, (Bogotá: Grupo Editorial IBÁÑEZ, 2012), 133.

internacionales que componen el sistema internacional de protección de los derechos humanos.

El bloque de constitucionalidad ecuatoriano es diferente al de otros países, principalmente por su extensión y generalidad, pues, como hemos observado no son sino varias cláusulas de remisión que permanecen de forma no taxativa sumado al aporte importante que los operadores de justicia deben realizar a través del desarrollo jurisprudencial para establecer el contenido, alcance y utilidad de esta institución jurídica.

Entonces, podemos entender por el bloque de constitucionalidad ecuatoriano, la institución jurídica de naturaleza jurisprudencial que engloba los instrumentos internacionales de derechos humanos y el derecho humanitario pertenecientes al sistema universal de protección de los derechos humanos; ausente de prescripción normativa o señalada tácitamente en el cuerpo constitucional, siendo usado por parte de los jueces como ficción jurídica a través de los métodos de interpretación y el auxilio de las técnicas de remisión, con el objetivo de completar o ampliar el contenido de los derechos fundamentales, es decir, la percepción del cuerpo constitucional, propendiendo a su garantía y protección; creando un conjunto de reglas, principios, valores desarrollados a la luz del principio de la dignidad del ser humano y cubiertos por el principio *pro homine*, que son incorporados directamente al texto constitucional, dotando de validez y unidad al sistema jurídico y obligando a su aplicación inmediata y directa por quienes administran la justicia.

Capítulo tercero

Análisis jurisprudencial

La aplicación del bloque constitucional y el bloque de la constitucionalidad en las sentencias expedidas por la Corte Constitucional del Ecuador y el ex Tribunal Constitucional

Previo a realizar el análisis jurisprudencial, es necesario señalar los objetivos y los criterios de selección de las sentencias que sirven de base para desarrollar el presente capítulo. Los objetivos se enfocan en describir, por un lado, **i)** el tipo de tratamiento que la Corte Constitucional ha dado al bloque de constitucionalidad -naturaleza, contenido y función-, además, **ii)** verificar si el desarrollo jurisprudencial ha sido homogéneo o ha variado con el paso del tiempo, esto es, si la Magistratura Constitucional ha sido capaz de elaborar una línea jurisprudencial que permita disipar confusiones o dudas a la hora de la aplicación de este instituto.

Se eligieron sentencias tanto de la Corte Constitucional como de la Corte Constitucional para el Período de Transición utilizando un criterio cronológico; así como, resoluciones del extinto Tribunal Constitucional, dentro del campo de su competencia constitucional en la resolución de acciones extraordinarias de protección, el control abstracto –acción pública de inconstitucionalidad- y concreto –consulta de norma- de constitucionalidad ergo las otrora acciones que resolvía el desaparecido Tribunal Constitucional, tales como las declaratorias de inconstitucionalidad y de incumplimiento de sentencia. Esto con el fin de conocer la evolución del bloque de constitucionalidad desde temprana jurisprudencia bajo las Constituciones de los años 1998 y 2008. Su tratamiento responde a distintos períodos de tiempo y circunstancias cobijadas por modelos de justicia constitucional diferentes, v.gr., el control difuso de constitucionalidad vigente hasta el año 2008.

La estructura de análisis de las sentencias se la realiza con la **i)** identificación de los problemas jurídicos que plantea; **ii)** implicancia del bloque de constitucionalidad en el desarrollo de los derechos vulnerados; **iii)** identificación de la naturaleza, contenido y función

del bloque de constitucionalidad en el ejercicio hermenéutico; **iv)** opinión personal transversal y continua dentro del análisis.

1. Caso No. 1692-12-EP.²⁵³

La opinión pública nacional ha denominado a este caso como “SATYA”. Corresponde a una *acción extraordinaria de protección* interpuesta por la Defensoría del Pueblo del Ecuador en contra de la sentencia expedida por los jueces de la Tercera Sala de Garantías Penales de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha el 9 de agosto de 2012, a las 16:40, notificada el 13 de agosto de 2012, dentro de la acción de protección Nro. 0223-2012-VC.

La sentencia de la Corte Constitucional del Ecuador se encuentra estructurada en dos partes. La primera corresponde a la determinación de los problemas jurídicos que la Magistratura Constitucional considera necesarios identificar para la resolución del caso propuesto. En ese sentido sistematiza el análisis a partir del estudio de la **i)** tutela judicial efectiva y **ii)** el debido proceso en la garantía de motivación.

La segunda parte es un pronunciamiento que realiza la Corte con respecto a ciertas consideraciones adicionales al caso presentado que no fueron tomadas en cuenta por los jueces ordinarios de instancia, así como normas que tampoco fueron invocadas por las legitimadas activas.

Ahora bien, el *leitmotiv* del caso en comento se circunscribe al hecho de que mediante oficio No. 2012-9-DAJ, de 10 de enero de 2012, la Dirección Nacional de Asesoría Jurídica del Registro Civil dio respuesta a una petición realizada por las señoras Nicola Susan Rothern y Helen Louis Bicknell respecto a la inscripción de nacimiento con la doble filiación materna de su hija Satya Amani Bicknell Rothern. La contestación de la autoridad a la solicitud fue negativa y la justificación contenía dos argumentos principalmente: **i)** que la legislación ecuatoriana no contempla la doble filiación materna y **ii)** el hecho de precautelar la seguridad jurídica de la filiación paterna.

En ese sentido, vamos a seguir la división de la sentencia efectuada por la Corte Constitucional para tener una mayor comprensión.

a) Parte I.-

En el *primer problema jurídico* que evacúa la Corte Constitucional, esto es, si la Tercera Sala de Garantías Penales de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha vulneró el

²⁵³Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia Nro. 184-18-SEP-CC, Caso Nro. 1692-12-EP.

derecho constitucional a la *tutela judicial efectiva*, es necesario notar cómo los jueces constitucionales empiezan delimitando las fuentes formales del derecho, primeramente a la Constitución y a los instrumentos internacionales de derechos humanos. Tal es así que señalan como parámetro de interpretación y argumentación al ***bloque de constitucionalidad*** para la resolución del problema jurídico de marras: “En el marco del denominado bloque de constitucionalidad, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 25 dispone (...)”²⁵⁴. (El subrayado es nuestro).

Lo dicho significa que tomarán en consideración para su resolución no solo al conjunto de normas constitucionales sino a otras fuentes del derecho constitucionalmente reconocidas, tal es el caso de los instrumentos internacionales de derechos humanos, así como la jurisprudencia y los pronunciamientos que emanen de los órganos internacionales encargados de garantizar el cumplimiento de dichos instrumentos, por ejemplo, lo señalado en el ejercicio de su jurisdicción tanto contenciosa como de competencia consultiva e interpretativa por parte de la Corte-IDH o el Comité de Derechos Humanos de la ONU, sobre el alcance de los derechos consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) o el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP). Esto tanto

Una muestra de lo indicado en el párrafo anterior es cuando la Corte Constitucional refiriéndose a los elementos que deben componer la tutela judicial efectiva señala: “(...) se ha de precisar que los elementos mencionados previamente también han sido desarrollados por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Dichos elementos son plenamente compartidos por esta Magistratura Constitucional (...)”²⁵⁵.

Es así que el Órgano Constitucional en relación al segundo elemento de la tutela judicial efectiva que comprende *la debida diligencia del juez de instancia en el desarrollo del proceso*, encuentra una serie de irregularidades en el quehacer jurisdiccional por parte de los jueces de instancia, por ejemplo, rehúyen al análisis de una posible afectación al derecho a la igualdad y la familia, y lo más importante, evidencian un mecanismo mal utilizado por los operadores de justicia para justificar sus decisiones, o sea que no se trata de abonar contenido a la sentencia citando abundante jurisprudencia comparada como en el presente

²⁵⁴ *Ibíd.*, 26.

²⁵⁵ *Ibíd.*, 27.

caso –jurisprudencia del sistema de derechos humanos europeo- sino de explicar y fundamentar **a)** el sentido; **b)** las condiciones; y, **c)** en qué medida esa norma convencional europea guarda sentido con el caso puesto a su conocimiento.

El *segundo problema jurídico* lo direccionan al cumplimiento de la debida motivación que deben contener las resoluciones del poder público -en el presente caso el judicial- para lo cual realizan un *test de motivación*. De ahí que la motivación debe contener al menos tres elementos, a mayor abundamiento:

Una decisión *razonable* es aquella fundada en los principios constitucionales. La decisión *lógica*, por su lado, implica coherencia entre las premisas y la conclusión, así como entre ésta y la decisión. Una decisión *comprensible*, por último debe gozar de claridad en el lenguaje, con miras a su fiscalización por parte del gran auditorio social, más allá de las partes en conflicto²⁵⁶.

Para efectos del tema de estudio de nuestra tesis, existe un segundo momento dentro del análisis de la motivación que desarrolla la Corte Constitucional y que corresponde a la verificación del requisito de la **lógica**, el mismo que no pasa desapercibido por su importancia y es la diferenciación que realiza entre el derecho extranjero y las normas ecuatorianas, para lo cual debemos referirnos al contexto en el que se explica esta diferencia.

En esa línea, la Magistratura Constitucional indicó que la Sala Provincial a pesar de que trata de justificar su fallo tomando como base las sentencias de la Corte-IDH, así como del Tribunal Europeo de Derecho Humanos (TEDH), no motivó la pertinencia de los predicamentos utilizados por aquellos órganos internacionales a los hechos expuestos a su consideración. Dicho de otra manera, lo que hace la Sala Penal fue sumirse en un análisis laxo al considerar de forma aislada las particularidades de los casos resueltos por el órgano convencional europeo antes mencionado con relación al caso principal puesto en su conocimiento, lo que inevitablemente derivó en conclusiones erradas.

Merece atención el hecho de utilizar como “argumento de autoridad” por parte de la Sala Penal Provincial las decisiones jurisprudenciales que se expidieron en el contexto del sistema europeo de derechos humanos para la adopción de una decisión, es decir, del derecho extranjero como recurso argumental. No es que este mal tal acción, de hecho la misma Corte Constitucional señaló que: “(...) en principio, la utilización de derecho extranjero es un

²⁵⁶ Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia Nro. 017-14-SEP-CC, Caso Nro. 0401-13-EP.

recurso argumental importante (...) la recurrencia a decisiones de tribunales de derecho humanos (...) es ilustrativa como herramienta para dotar de contexto y aportar en el discernimiento del contenido de los derechos constitucionales”²⁵⁷, empero, es responsabilidad del operador de justicia dentro del ejercicio silogístico que desarrolla, el justificar la existencia de paralelos normativos entre el derecho extranjero y las fuentes de derecho que rigen en el Ecuador, más aún cuando la idea no es realizar un ejercicio comparativo para determinar distinciones entre las normas foráneas sino buscar paralelismos.

Es así que la Corte Constitucional hace la siguiente distinción:

(...) por **derecho extranjero**, esta Corte entiende aquel que no forma parte del ordenamiento jurídico ecuatoriano, ya sea porque ha sido producido en otra jurisdicción nacional, o por cualquier órgano regional o internacional perteneciente a un sistema del que el Ecuador no ha formado parte, por no haber efectuado aceptación soberana a través del proceso de firma y ratificación de un tratado internacional. Por oposición, por **normas “ecuatorianas”**, se entiende aquellas que tienen vigencia y fuerza obligatoria en jurisdicción ecuatoriana, incluyendo aquellas establecidas en tratados y convenios internacionales, decisiones de organismos del sistema interamericano o universal de protección de derechos humanos, u otras fuentes de derecho, reconocidas en la Constitución de la República como parte del ordenamiento jurídico del Ecuador²⁵⁸. (El subrayado me pertenece).

En lo que concierne a nuestro tema de tesis como es el *bloque de constitucionalidad* importa el hecho de que la misma Corte Constitucional reconoce en esta parte de la sentencia **i)** la existencia de otras fuentes de derecho como “normas ecuatorianas”; **ii)** que no descarta la importancia del derecho extranjero para dotar de condumio a un fallo siempre y cuando se lo aplique de forma racional, lo que implica una operación de relación lógica entre la premisa mayor –norma o principio-, premisa menor –juicio de aplicación de la premisa mayor a la situación específica- y la conclusión ajustada a los parámetros aceptados en el sistema jurídico del país –normas ecuatorianas-; **iii)** el ejercicio comparativo busca la existencia de paralelos normativos más que distinciones, es decir, en el caso en concreto, cómo justificar que las reflexiones del TEDH se relacionaban con las normas y principios constitucionales ecuatorianos.

De ahí que no basta invocar normas o jurisprudencia a “mansalva”, tratando de justificar una resolución judicial, tomando al *bloque de constitucionalidad* como un “cajón de sastre” si se me permite la frase coloquialmente, sin tener la entereza y responsabilidad de

²⁵⁷Ibíd., 46.

²⁵⁸ Ibíd.

acreditar su pertinencia a nuestra realidad. Tampoco dice la Corte Constitucional que no se puede aplicar el derecho extranjero, muy a pesar de que en su definición señala que “no forma parte del ordenamiento jurídico ecuatoriano”, sin embargo, es necesario aclarar que en materia de derechos humanos esta afirmación se suple por el hecho de que se reconoce constitucionalmente la cláusula abierta y el principio *pro homine*, siendo factible la aplicación de “derecho extranjero” –en la definición de la Corte- cuando sus normas fueran más favorables a las reconocidas en el sistema jurídico ecuatoriano.

b) Parte II.-

Pasamos a revisar el epígrafe intitulado: “Consideraciones adicionales de la Corte Constitucional”.

La Magistratura Constitucional parte de una premisa fundamental para justificar su actuación en esta segunda parte y, es que sobre la base de su competencia para el conocimiento y resolución de una acción extraordinaria de protección, siendo el máximo órgano de interpretación de la Constitución y en función del principio procesal de la justicia constitucional *iura novit curia* que permite a los jueces constitucionales aducir una norma distinta a la alegada por el accionante, más aún si observa una posible afectación de los derechos dentro del caso expuesto y tomando en consideración que es obligación de todos los servidores públicos garantizar la titularidad de los derechos de las personas; en consecuencia, considera de imperiosa necesidad emitir un pronunciamiento adicional sobre la pertinencia de la pretensión que consta en la garantía jurisdiccional.

Para este ejercicio jurisdiccional, la Autoridad Constitucional formula tres problemas a partir de la pretensión de las legitimadas activas y que contienen el análisis de los siguientes derechos constitucionales: **i)** derecho a la identidad; **ii)** derechos de igualdad y no discriminación; y, **iii)** reconocimiento de las familias en sus diversos tipos.

Es importante mencionar que el uso del *bloque de constitucionalidad* para evacuar el estudio de estos tres derechos fundamentales es transversal y permanente como parámetro de interpretación y argumentación.

Derecho a la identidad.-

Así las cosas, en lo relacionado al *primer problema*, previo al análisis del derecho a la identidad, la Magistratura Constitucional hace hincapié en reconocer que los derechos de los menores se desarrollan y fundamentan a partir del principio de *interés superior del niño*,

siendo este cardinal en materia de niñez y adolescencia, que debe ser leído en forma conjunta con otros derechos cuando se tenga que decidir sobre situaciones que podrían afectarlos.

En ese contexto, la Corte Constitucional interpreta el principio superior del niño a partir de lo prescrito en los instrumentos internacionales de derechos humanos, para lo cual señala entre otros a la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención sobre los Derechos del Niño, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto de San José de Costa Rica y la jurisprudencia de la Corte-IDH. Esta práctica deja en evidencia la obligación de aplicar estándares mínimos de garantía y cumplimiento en materia de derechos derivados de la dignidad humana ergo que es una obligación constitucional para los servidores públicos, administrativos o judiciales. Y, de hecho en el caso *sub examine* los jueces aplican las normas contenidas en el bloque de constitucionalidad.

Lo dicho, se escudriña en el oportuno desarrollo del derecho a la identidad en su dimensión de la “obtención de la ciudadanía”, toda vez que los jueces constitucionales echan mano de los mecanismos de interpretación sistemática y elaboran parámetros de cumplimiento de este derecho. Aquí, el Órgano Constitucional señala que el derecho a la identidad es “inherente a la personalidad de cada individuo y esencia misma de la dignidad humana. De igual forma, implica el reconocimiento de las facultades de cada sujeto, que a su vez se traducen en las características individuales de su condición de persona”²⁵⁹.

Concluyen diciendo que el reconocimiento del derecho a la identidad es condición *sine qua non* para el goce de otros derechos ya que a través de aquél se estrecha el vínculo de cada individuo con el Estado y su entorno.

La Magistratura Constitucional indicó lo siguiente:

(...) la **Opinión Consultiva OC 24/17**, instrumento internacional que, por expresa disposición del artículo 424 de la Constitución de la República y por constituir interpretación oficial del órgano interamericano encargado de determinar el sentido y alcance de las disposiciones convencionales relacionadas con la protección de derechos humanos, **se entiende adherido al texto constitucional y es de aplicación directa, inmediata y preferente**, en tanto su contenido sea más favorable para el efectivo ejercicio y protección de los derechos reconocidos (...) ²⁶⁰. (El subrayado nos pertenece).

Dicho pronunciamiento de la Corte-IDH en función de su competencia consultiva que desarrolla el derecho a la identidad merece una distinción adicional, pues, como lo hemos

²⁵⁹Ibíd., 58.

²⁶⁰Ibíd., 60.

advertido a lo largo de la tesis en desarrollo, el *bloque de constitucionalidad* sirve como parámetro de interpretación y en su contenido no solo están los instrumentos internacionales de derechos humanos como las Convenciones o Tratados, hacen parte también las *opiniones consultivas* de dicho órgano convencional que en palabras de la misma Corte Constitucional deben ser adheridos a la Constitución y aplicados de forma directa.

El tema central que se identifica en el tratamiento del derecho a la identidad es el estatus jurídico de la niña Satya Amani Bicknell Rotheron y los derechos conexos que de aquella derivan, v.gr., derecho a la nacionalidad.

Los jueces constitucionales desarrollan el derecho a la nacionalidad reconociendo ampliamente lo prescrito sobre este derecho en el *corpus jure* del derecho internacional de los derechos humanos, a saber lo prescrito en la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 15 numeral 1); el PIDCP (artículo 24 numeral 3); la Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 7 numeral 1); la Convención-IDH y su jurisprudencia dentro del caso niñas *Yean y Bosico vs. República Dominicana* para de acuerdo a lo declarado en dichos instrumentos internacionales y la correspondiente jurisprudencia, dotar de condumio el alcance del derecho a la nacionalidad.

En el caso *sub judice* el poseer nacionalidad permitía la materialización de la protección del interés superior de la niña Satya, toda vez que la negativa de la inscripción de su nacimiento en el Registro Civil por parte de las autoridades públicas atentaba en contra de su derecho a la identidad en la garantía de recibir una *nacionalidad*; en otras palabras, se consolidaba con esta negativa el no reconocimiento a la menor del derecho a poseer una personalidad jurídica, de tener capacidad civil, política y existencia jurídica y se profundizaba la obstrucción del vínculo jurídico político con el Ecuador.

Derecho a la igualdad y no discriminación.-

Para examinar el cumplimiento de este derecho, la Corte Constitucional parte de invocar y usar como parámetro de interpretación y argumentación no solo lo previsto en la Norma Constitucional en el artículo 11 numeral 2 y 66 numeral 4 que reconoce el derecho constitucional a la igualdad y no discriminación sino que como ha sido su proceder a lo largo de la sentencia, también son aplicados de forma directa lo previsto en los instrumentos internacionales de derecho humanos tales como la CADH y el PIDCP que en sus artículos

24 y 26, respectivamente, prescriben lo relativo al derecho a la igualdad y no discriminación, instrumentos que hacen parte del bloque de constitucionalidad.

Es más, manifiestan los jueces constitucionales que el principio de igualdad y no discriminación ha sido ampliamente desarrollado en los instrumentos internacionales de derechos humanos como un pilar fundamental en el respeto a la dignidad humana y, por supuesto, tanto la dignidad como la igualdad son los pilares en los que se cimentan los derechos humanos.

Siguiendo la fundamentación del derecho a la igualdad, los jueces constitucionales aplican la **Opinión Consultiva OC-18/03** expedida por la Corte-IDH en la que establecen a la igualdad como norma *jus cogens*, o sea sobre esta se erige todo el quehacer público nacional e internacional e irradia su contenido a todo el ordenamiento jurídico. Sobre esta base la Corte Constitucional procede a realizar un *control de convencionalidad* y verificar si el acto administrativo expedido por la Dirección General del Registro Civil que rechaza la inscripción de nacimiento de la niña Satya Amani vulnera el derecho a la igualdad.

Inician el análisis señalando que la unión de hecho genera los mismos derechos y obligaciones que el matrimonio, toda vez que las señoras Bicknell y Rothon registraron su unión de hecho en la ciudad de Quito, entonces, se entiende que las parejas establecidas bajo esta figura jurídica gozan de las mismas condiciones de igualdad y no discriminación, que bajo el matrimonio. Por esa razón, la lectura de esta premisa no debe ser desentendida del *vínculo filial* que forman padres y madres para con sus hijos. Esta parte es fundamental para entender la familia en sus diversos tipos.

Este criterio es esencial para comprender en el caso en estudio el alcance del derecho a la igualdad desde los elementos que conforman el *bloque de constitucionalidad*, toda vez que la *filiación* debe ser garantizada tanto en la unión de hecho como en la institución del matrimonio.

Por su parte la Corte Constitucional prescribió que “Sobre la base de la igualdad formal de derechos y obligaciones, la unión de hecho de las señoras Nicola y Helen, posee el mismo derecho a registrar la filiación respecto a la doble maternidad de su núcleo hacia su hija, así como lo tienen los núcleos heterosexuales respecto de sus hijos”²⁶¹, queda claro entonces que el razonamiento de los juzgadores constitucionales se circunscribe a reconocer

²⁶¹Ibíd., 73.

y proteger la diversidad en el tipo de familia, no únicamente a la que por antonomasia se la reputa como tradicional (padre y madre) si se quiere, sino a otras que tienen un núcleo diferente.

Del mismo modo, la Corte Constitucional pasa a examinar si la decisión negativa del Registro Civil se la realizó en el contexto de una diferencia de trato discriminatorio en función de las categorías protegidas por el principio de igualdad prescritas en el artículo 11 numeral 2 de la Constitución. Los jueces para este análisis traen a colación y aplican la ***Observación General Nro. 18 del Comité de Derechos de la ONU*** que en uso de su competencia consultiva e interpretativa del PIDCP define lo que es discriminación en los siguientes términos “(...) tal como se emplea en el Pacto, debe entenderse referido a toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color (...)”.²⁶²

Tal como lo hemos venido sosteniendo, esta parte de la sentencia tiene un cariz particular en lo que respecta al uso del *bloque de constitucionalidad*, pues, la Corte en su razonamiento adopta los estándares previstos por el PIDCP relacionados con la no discriminación como **parámetro de constitucionalidad** para determinar si los actos de la administración pública en torno al caso vulneraron los derechos previstos en la Carta Constitucional, v.gr, el derecho a la igualdad y no discriminación. Así expresamente lo deja sentado: “la relevancia de los estándares consagrados en torno a la no discriminación. Por lo cual, la Corte considera oportuno asumir las directrices expuestas *in supra* como parámetro de constitucionalidad, pues los mismos permiten un desarrollo eficaz del derecho a la no discriminación”²⁶³.

En el caso en estudio, existió una diferenciación de trato hacia una familia por su especial constitución *homoparental* que se basa en su orientación sexual, por lo tanto, la medida tomada por el Registro Civil “consagra una diferencia de trato en base a una categoría sospechosa de discriminación”.

La Corte sigue asignando un papel preponderante al *bloque de constitucionalidad* como baremo de interpretación para conseguir una resolución fundada que se sujete a un escrutinio estricto de las consideraciones expuestas en el caso, toda vez que explica la

²⁶² Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 18, párrafo 7.

²⁶³ Corte Constitucional, “Sentencia Nro. 184-18-SEP-CC”, 74.

pertinencia de la **Opinión Consultiva OC-24/17** y el caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile* (orientación sexual e identidad de género) para materializar la igualdad formal y material y la prohibición de discriminación por motivos de orientación sexual.

La familia en sus diversos tipos.-

En el presente problema jurídico la Corte Constitucional empieza señalando que la Constitución del Ecuador reconoce a la familia en sus diversos tipos, pues así lo declara el artículo 67 *ibídem*. Sin embargo, esta concepción plural de la familia merece una atención prioritaria para entender su significado y evolución.

En ese sentido, las dinámicas globales y migratorias han generado una transformación casi radical en el concepto único que el derecho por antonomasia protegía a la familia “nuclear-tradicional”, esto es, una unidad familiar conformada por padre, madre e hijos empero se incorpora a este concepto -casi exclusivo- el elemento de la *diversidad* en la concepción familiar.

Los jueces para un mayor abundamiento en el tema, toman el razonamiento que la Corte-IDH perceptiva y a la vanguardia de los nuevos fenómenos sociales relacionados con las opciones de vida de las personas con gran acierto reconoce:

(...) en el marco de las sociedades contemporáneas se dan cambios sociales, culturales e institucionales encaminados a desarrollos más incluyentes de todas las opciones de vida de sus ciudadanos, lo cual se evidencia en la aceptación social de parejas interraciales, las madres o padres solteros o las parejas divorciadas, las cuales en otros momentos no habían sido aceptadas por la sociedad. En ese sentido, el Derecho y los Estados deben ayudar al avance social, de lo contrario se corre el grave riesgo de legitimar y consolidar formas de discriminación violatorias de los derechos humanos²⁶⁴.

Dicha cita es interpretada por la Magistratura Constitucional para elaborar la siguiente *ratio* de la sentencia y que nos parece de trascendental importancia analizarla, porque es la base de la resolución del problema jurídico de marras.

Los jueces constitucionales señalan que:

(...) el respeto por la diversidad de identidades y proyectos de vida que las personas construyen en función de su dignidad (...) les lleva a **constituir núcleos afectivos que adquieren una forma familiar** en tanto vínculos de elementos materiales e inmateriales que confluyen en la formación de lazos conjuntos y solidarios que marcan el presente y futuro de dos personas para formar una familia con o sin hijos.²⁶⁵ (El subrayado nos pertenece)

²⁶⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile*, párrafo 120.

²⁶⁵ Corte Constitucional, “Sentencia Nro. 184-18-SEP-CC”, 82.

La Corte indicó que “una concepción de familia ha de ser incluyente y garantista de derechos, con el objetivo de tutelar toda aquella convivencia orientada por el principio de solidaridad en función de los lazos afectivos y emocionales conjuntos”²⁶⁶.

En esa línea, cualquier núcleo que exprese características de familia es y debe ser protegido por la Carta Magna, entonces, concluye la Corte con la siguiente *ratio*: “las uniones familiares formadas por parejas del mismo sexo, reciben reconocimiento constitucional a la luz de los derechos de igualdad, no discriminación y dignidad humana”²⁶⁷ y para reforzar esta afirmación, realizando el respectivo control de convencionalidad aplican lo prescrito por la Corte-IDH en la **Opinión Consultiva OC-24/17** que “esta Corte no encuentra motivos para desconocer el **vínculo familiar que parejas del mismo sexo puedan establecer por medio de relaciones afectivas con ánimo de permanencia (...)**”²⁶⁸ (El subrayado nos pertenece).

Ahora bien, la Corte prescinde del argumento exclusivo de que la unión sexual entre hombre y mujer es la única forma de concebir, señala que en familias homoparentales²⁶⁹ la opción de acudir al avance científico y las formas de reproducción asistida son métodos válidos para procrear. Justifican la utilización de técnicas de reproducción asistida para tener hijos biológicos de conformidad a lo mencionado por la Corte-IDH dentro del caso **Artavia Murillo vs. Costa Rica y la Observación General Nro. 14** del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

La utilización de jurisprudencia, observaciones generales y opiniones consultivas por parte de órganos internacionales autorizados para interpretar Convenios ratificados por el Ecuador robustece el argumento central de que emplear las técnicas de reproducción asistida para tener hijos biológicos es un fin constitucionalmente legítimo, amén de que la maternidad hace parte del libre desarrollo de la personalidad de la mujer. Y, por consiguiente, para las señoras Rotheron y Bicknell el uso de estos métodos permitió el ejercicio de la maternidad y sobre todo el fortalecimiento del núcleo familiar.

²⁶⁶ *Ibíd.*, 83.

²⁶⁷ *Ibíd.*, 84

²⁶⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-24/17 del 24 de noviembre de 2017, párrafo 191.

²⁶⁹ “Diccionario de la lengua española”. *Real Academia Española*. <http://dle.rae.es/?id=KbtF2Ms>. “Homoparental: adj. Dicho de una familia: Formada por dos personas del mismo sexo y los hijos”.

Cabe realizar las siguientes precisiones a manera de corolario. La Corte Constitucional a lo largo de este problema jurídico observó que **i)** la norma constitucional reconoce a la familia en sus diversos tipos y esto incluye a los *núcleos homoparentales*; **ii)** las uniones de hecho adquieren los mismos derechos que la institución del matrimonio; **iii)** *la intención de procreación* de concebir a la niña Satya Amani por parte de las señoras Rotheron y Bicknell a través de técnicas de reproducción asistida es condición suficiente para conceder la filiación de la menor, es más, se generó tal vínculo afectivo y filial entre las señoras y la niña Satya Amani que esta última nunca insinuó siquiera quién la engendró o no, desarrollándose sin lugar a dudas en un núcleo familiar.

Por tales razones, nunca existió falta de norma legal tal como fue alegado por la Dirección Nacional de Registro Civil por la imposibilidad de registrar un nacimiento con doble filiación materna. Lo que sí existió fue una deficiente interpretación de la Ley (Código Civil, Ley General de Registro Civil Identificación y Cedulación) para negar un derecho, debieron adecuar sus actos dentro del contexto que la Corte Constitucional describió a lo largo de la evacuación de este problema jurídico.

2.- Caso No. 1927-11-EP.-²⁷⁰

El presente caso proviene de una acción extraordinaria de protección propuesta en contra de la sentencia expedida por la Segunda Sala de lo Penal y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de Manabí el 30 de agosto de 2011, así como del respectivo auto que resolvió negativamente los recursos de aclaración y ampliación de la sentencia antes indicada dentro de las acciones de protección signadas con los números 0552-2011 en segunda instancia y 0028-2011 en primera instancia.

La accionante Evelyn Tamara Naranjo Tacuri ocupaba el cargo de servidora pública 5 en el Banco del Estado sucursal Manabí (hoy, Banco de Desarrollo del Ecuador B.P.) bajo la modalidad de *contrato de servicios ocasionales*; sin embargo, su empleador le notificó con la no renovación del contrato cuando ella se encontraba en estado de gravidez de 29 semanas, lo que dio lugar a la terminación de la relación laboral por vencimiento del plazo.

El *quid* del asunto del primer problema jurídico, esto es, el cumplimiento del *derecho a la seguridad jurídica* y que es formulado por la Magistratura Constitucional para resolver el caso, es si cabe garantizar el derecho al trabajo y la prohibición de despido a mujer

²⁷⁰ Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia Nro. 309-16-SEP-CC, Caso Nro. 1927-11-EP.

embarazada cuando el plazo de un contrato de servicios ocasionales fenezca y la institución contratante no desee renovarlo.

Para empezar, los jueces constitucionales dejan claro que el derecho a la seguridad jurídica se “satisface también por medio del respeto al contenido de los tratados internacionales de derechos humanos y a la jurisprudencia constitucional”²⁷¹, poniendo en relieve la importancia y la necesidad de aplicación de estas fuentes formales del derecho en nuestro país.

En esa línea, los jueces constitucionales recalcan el mandato constitucional de ubicar a la mujer embarazada dentro del grupo de personas que requieren atención prioritaria y especializada, toda vez que debido a su *estado* se derivan derechos que prohíben cualquier tipo de discriminación tanto en el ámbito público como privado, además de “la protección prioritaria y cuidado de su salud y vida antes y después del parto; y, disponer de facilidades para su recuperación después del embarazo y durante el período de lactancia”²⁷².

La prohibición de despido para mujeres en estado de embarazo y que encuentra fundamento en el artículo 332 de la Constitución inevitablemente guarda una conexión trascendental con el principio de igualdad y no discriminación. Y, en ese sentido, la Corte para reforzar sus argumentos en pos de tomar una decisión respecto al problema jurídico en comento tiene un primer acercamiento con *el bloque de constitucionalidad*, pues, reconoce la preocupación en el concierto internacional respecto a las formas de discriminación en contra de la mujer ergo aplica la *Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer* (CEDAW), instrumento internacional de derechos humanos ratificado por el Estado ecuatoriano que dentro de la definición del término “discriminación” que desarrolla en su artículo 1 introduce una *categoría específica*, a saber: condición de mujer y en estado de gestación; cuya protección concreta para eliminar toda forma de discriminación de la mujer en la *esfera del empleo* tiene su exigencia y prohibición so pena de sanción en el artículo 11 numeral 2 literal a) *ibídem*. Los jueces constitucionales conscientes de la obligación de adaptar a sus decisiones estas medidas de protección para eliminar las formas de discriminación contra la mujer y que se encuentran prescritas en la

²⁷¹ *Ibíd.*, 13.

²⁷² *Ibíd.*, 15.

CEDAW, señalan además que las mismas han sido recogidas y garantizadas por nuestra Constitución Política en el artículo 11 numeral 2.

Los jueces constitucionales habida cuenta de la aclaración señalada en el párrafo anterior, dejan por sentado que el *leitmotiv* que convoca al análisis de la sentencia de los jueces de instancia es la existencia de una presunta vulneración al derecho a la igualdad, en razón de su condición de mujer embarazada y es aquí donde vuelven a evidenciar la importancia del *bloque de constitucionalidad*, ya que exponen lo siguiente:

(...) **la protección que ofrece el bloque de constitucionalidad** a las mujeres embarazadas no se agota en la protección contra terminaciones anticipadas de su relación laboral en razón de su estado; sino que, proscriben todo tipo de discrimen contra ellas (...) el deber de la judicatura de segunda instancia (...) era descartar la existencia de una vulneración al derecho a la igualdad en contra de la accionante, ocasionada por su condición de mujer embarazada – sea este un despido o cualquier otro-, antes de resolver negar la acción de protección propuesta.²⁷³ (El subrayado nos pertenece).

De esta forma, la Magistratura Constitucional reprocha el actuar de la Sala de lo Penal, toda vez que esta proyectó su análisis de forma equivocada haciendo hincapié en otros tópicos que no corresponden al objeto y naturaleza de la acción de protección, por ejemplo: **i)** verificar el tipo de relación laboral; **ii)** si dicha relación laboral generaba estabilidad; **iii)** que si la no renovación del contrato constituía despido; y **iv)** que correspondía a la accionante demostrar que lo que motivó la no renovación del contrato fue su condición de gravidez. Circunstancias que no corresponden al análisis del problema de fondo y por el cual se interpuso una garantía jurisdiccional, esto es, verificar si de los hechos propuestos en la demanda se desprenden posibles vulneraciones a la seguridad jurídica, situación que obligaba a los jueces de instancia a observar y aplicar los instrumentos internacionales de derechos humanos que proscriben toda forma de discriminación contra la mujer en el contexto laboral y que son acogidas en la Constitución del Ecuador, siendo por tanto dichos argumentos insuficientes para tomar una decisión y que en efecto vulneraron el derecho a la seguridad jurídica.

²⁷³ *Ibíd.*, 17.

3.- Caso No. 0035-15-IN, 0029-15-IN, 0032-15-IN, 0034-15-IN, 0095-15-IN y 0030-15-IN ACUMULADOS.-²⁷⁴

Este caso proviene de una acción pública de inconstitucionalidad presentada ante la Corte Constitucional por parte de organizaciones sindicales en contra de los artículos 15, 63, 64, 68.1, 69 y la disposición general única de la *Ley Orgánica para la Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar* (LOJLRTH).

La *acción pública de inconstitucionalidad* se encuentra dentro de las competencias que ejerce la Corte Constitucional para realizar el control abstracto de constitucionalidad con el objetivo de declarar inconstitucional una norma o acto administrativo con efectos generales que se sospecha es contrario a la Constitución y cuya sentencia genera un efecto *erga omnes*. Una de las características que distingue lo abstracto en este tipo de control constitucional es que en la contradicción de la norma sospechosa y el texto constitucional, el afectado no es una persona o grupo claramente identificable sino toda la colectividad.

En lo que concierne al estudio de nuestro tema, nos enfocaremos en el *tipo de control de constitucionalidad por el fondo* que realiza la Corte Constitucional de las normas impugnadas por los accionantes.

En esa línea, en lo que respecta al artículo 15 de la LOJLRTH y el artículo 8 del Acuerdo Ministerial No. MDT-2017-0093 que básicamente prescriben los “límites a la distribución de las utilidades” no pudiendo exceder de más de veinticuatro Salarios Básicos Unificados del trabajador en general y en caso de que se supere este límite, el excedente debe ser entregado al régimen de prestaciones solidarias de la Seguridad Social. Los legitimados activos alegan que tal como está estructurada la norma vulnera el *principio de no restricción del contenido de los derechos constitucionales*, recogido en el artículo 11 numeral 4 de la Constitución. Además, señalan que esta norma **i)** constituye una restricción al contenido del derecho constitucional a percibir utilidades al disponer arbitrariamente de él y otros derechos conexos; **ii)** que usar el excedente en la repartición de utilidades es confiscación y contraviene el derecho a la propiedad; y, **iii)** contraviene el artículo 371 de la Constitución por alimentar a la seguridad social con aportes que no son calculados con base en su remuneración.

²⁷⁴ Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 002-18-SIN-CC, Casos No. 0035-15-IN, 0029-15-IN, 0032-15-IN, 0034-15-IN, 0095-15-IN y 0030-15-IN y acumulados.

Los jueces constitucionales parten del hecho de que ninguna limitación a un derecho constitucional puede restringir su contenido, empero, dejan claro, por el contrario, que ningún derecho es absoluto. Para que exista una prohibición constitucional se lo debe analizar bajo dos esferas: **i)** la prohibición de que la limitación al derecho termine por vaciarlo de contenido y, en este sentido hacen hincapié y suyas las palabras mencionadas por el *Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* (PACADESC), en la medida en que esas “restricciones y limitaciones” no contradigan el propósito y la razón de los derechos protegidos.

Una particularidad que identifica la Corte Constitucional para diferenciar entre una limitación legítima y una restricción inconstitucional es el “grado de invasión al derecho en cuestión (...) que la limitación es tan aguda, que el derecho se vuelve irreconocible, o no diferente a una declaración formal, por haber sido viciado en su contenido, propósito o razón de ser.”²⁷⁵. Es importante señalar que este principio de *no restricción de derechos* tanto en la doctrina de los Tribunales Jurisdiccionales internacionales como en los instrumentos internacionales de derechos humanos se lo conoce y emplea bajo los términos de “núcleo esencial del derecho” o “contenido mínimo o nivel esencial”.

Una segunda esfera bajo la cual se puede analizar la interdicción de un derecho constitucional es **ii)** aquel que está determinado por la *proporcionalidad de la disposición enjuiciada*, que la Corte Constitucional señala como un método de interpretación constitucional que lo podemos encontrar en el artículo 3 numeral 2 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

Hasta aquí, la Magistratura Constitucional ha tomado como base argumentativa para evacuar el presente análisis de control de constitucionalidad del artículo 15 de la LOJLRTH, las normas internacionales que conforman el *bloque de constitucionalidad*, tales como el *Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* y la *Observación General No. 3* del Comité Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que desarrollan profundamente el principio de no restricción de derechos.

Por otro lado, en lo concerniente a lo alegado por los legitimados activos en relación a que el artículo 15 de la LOJLRTH y el artículo 8 del Acuerdo Ministerial No. MDT-2017-

²⁷⁵ *Ibíd.*, 64.

0093 transgreden el principio constitucional *de desarrollo progresivo de los derechos*, la Magistratura Constitucional estructura un análisis importante sobre este principio, apoyada sobre todo en el *corpus iuris* de los derechos humanos y, principalmente, en los instrumentos internacionales relacionados con los derechos económicos, sociales y culturales. Este acápite de la sentencia es fundamental para entender la relevancia y el impacto que tiene el *bloque de constitucionalidad* en el ejercicio argumentativo de los jueces constitucionales, pues su influencia es transversal no solo en esta parte sino a lo largo de la sentencia como se verá más adelante.

Por su parte la Corte parte describiendo el artículo 11 numeral 8 de la Constitución que declara que el “contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva” e indica que la ontogenia de este principio básicamente se lo halla en las normas internacionales relacionadas con los derechos económicos, sociales y culturales, que a su vez forma parte el *derecho al trabajo*. Asimismo, manifiestan que el artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) prescribe la obligación de los Estados de garantizar progresivamente los derechos previstos en el mismo.

Para reforzar el hilo argumentativo de la sentencia y cumplir con los predicamentos internacionales que forman parte del bloque de constitucionalidad y que además son de obligatorio cumplimiento para el Estado ecuatoriano; la Corte Constitucional en aras de motivar su decisión empieza hilvanando el ejercicio silogístico en función del contenido del bloque. Es así que advierte la trascendencia de las normas contenidas en el bloque de constitucionalidad como un *parámetro de constitucionalidad* para determinar si el principio de desarrollo progresivo ha sido transgredido por las normas infraconstitucionales alegadas por los accionantes.

Los jueces constitucionales observan lo siguiente:

En el plano de las obligaciones internacionales, que forman parte del ordenamiento jurídico ecuatoriano en virtud del bloque de constitucionalidad, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas, sin duda ha sido el organismo que más ha desarrollado el concepto de desarrollo progresivo, en aplicación del artículo 2.1, ya citado. A través de sus observaciones generales, ha permitido la consolidación de los derechos a su cargo, específicamente en la **Observación General No. 3** (...) ²⁷⁶. (El subrayado nos pertenece).

²⁷⁶ *Ibíd.*, 72.

Hacen suyos y aplican los estándares mínimos de protección de derechos que se encuentran desarrollados en la Observación General No. 3 del Comité de Derechos arriba señalado, con el objetivo de justificar la constitucionalidad o no de las normas infraconstitucionales sospechosas de transgredir el artículo 328 de la Constitución. La Corte recalca lo siguiente:

(...) de los estándares de protección de los sistemas de protección de Derechos Humanos, y la jurisprudencia constitucional, se desprende que el ejercicio de los derechos constitucionales –sobre todo aquellos cuya satisfacción se expresa en la percepción de un beneficio económico-, no puede ser disminuido sino es en virtud **de una razón plenamente justificada en la Constitución de la República o alguna norma que forme parte del bloque de constitucionalidad**, y debe haberse precedido la más cuidadosa consideración para su adopción²⁷⁷. (El subrayado me corresponde).

De lo dicho se desprenden dos características, esto es, que si se quiere *limitar* el ejercicio de un derecho sobre todo en aquellos que contienen un beneficio económico, únicamente procede tal intervención si **i)** la Constitución o las normas del bloque de constitucionalidad así lo permiten y **ii)** siempre que exista una justificación reforzada, que implica elaborar una estructura argumentativa sólida y probatoria para tomar tal medida. Asimismo, esto no quiere decir que si hay un *mínimo no restringible* establecido, el Estado no puede desentenderse de la protección si sobrepasa ese límite, debe ir hasta el máximo de su capacidad de tutela, lo que implica la prohibición de retroceso sin haber justificado la garantía de otro derecho constitucional y, por supuesto, descartando otras posibilidades para tomar una medida restrictiva.

El *quid* del asunto en palabras de la Corte es que “nos enfrentamos a una medida que disminuye el nivel de disfrute del derecho constitucional a participar en las utilidades para determinado grupo de la población (...) la medida constituye un aporte del trabajador a la seguridad social adicional de aquel calculado con base en la remuneración”²⁷⁸. Recordemos que tanto el artículo 15 de la LOJLRTH como el artículo 8 del Acuerdo Ministerial No. MDT-2017-0093, establecen un techo de hasta veinticuatro SBU para percibir utilidades por parte del trabajador y el exceso se direcciona al régimen de prestaciones solidarias del IESS; entonces, la cuestión central es saber si esta “disminución” encuentra plena justificación tanto

²⁷⁷ *Ibíd.*, 73.

²⁷⁸ *Ibíd.*, 74.

en la Constitución cuanto en los estándares mínimos previstos en los instrumentos internacionales tantas veces citados.

El análisis de fondo que realiza la Corte para resolver si la “limitación adicional”, es decir, si los excedentes que se derivan al IESS constituyen una medida regresiva; para lo cual, parten desde dos perspectivas: **i)** el artículo 97 del Código de Trabajo establece los mecanismos de reparto de las utilidades en un 15%; en consecuencia, poner un límite adicional tal como lo establece el artículo 15 de la LOJLRTH constituye una medida regresiva al contenido del derecho a percibir utilidades.

Desde la segunda perspectiva nos parece que la Magistratura Constitucional realiza un razonamiento por demás interesante en cuanto a la aplicación del *bloque de constitucionalidad*, toda vez que **ii)** adhiere a su ejercicio silogístico para arribar a una conclusión racional que determine si la medida es progresiva y no regresiva; no solo a la norma constitucional –artículo 11 numeral 4- como fuente principal de interpretación sino también a los *estándares mínimos* para evaluar si una medida cumple o no con el principio de progresividad y no regresividad previstos por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que actuando bajo su competencia consultiva ha expedido la *Opinión General No. 3*; por lo tanto, emplea esta dinámica como baremo de constitucionalidad para ver si la actuación legislativa se adecua al marco constitucional vigente.

Finalmente, la Corte Constitucional declara la inconstitucionalidad de los artículos 15 de la LOJLRTH y el artículo 8 del Acuerdo Ministerial No. MDT-2017-0093 porque vulneran el principio de no regresividad.

En lo que respecta al análisis de constitucionalidad del **artículo 68.1 de la LOJLRTH** que se acusa de vulnerar el principio de desarrollo progresivo prescrito en el artículo 11 numeral 8 de la Constitución en relación al **derecho a la seguridad social** previsto en el artículo 34 *ibídem*, merece una mención adicional.

El presente problema jurídico se configura porque la norma infraconstitucional en examen de constitucionalidad reformó el artículo 237 de la Ley de Seguridad Social que establecía la obligatoriedad del Estado Central de financiar el 40% del fondo de pensiones del régimen de la seguridad social ecuatoriana; sin embargo, la nueva disposición legal reformativa determinó que el Estado será responsable solidario, ya que garantizará únicamente el pago de las pensiones del sistema de seguridad social cuando el Instituto

Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS) no cuente con los recursos económicos suficientes para realizar la cobertura tanto del pago del Seguro General Obligatorio cuanto del régimen especial del Seguro Social Campesino.

En esa misma línea, los legitimados activos de la presente acción de inconstitucionalidad argumentaron sus reparos por cuanto **i)** la norma impugnada es restrictiva de derechos y los reduce injustificadamente, así como **ii)** el hecho de reemplazar una obligación en firme de pago oportuno por una garantía.

La Corte pasa a realizar el respectivo control de constitucionalidad y parte describiendo lo prescrito en los artículos 370 y 371 de la Constitución, aclarando en primer lugar la importancia de estas normas para el examen, toda vez que determina dos particularidades, por un lado quiénes y de qué manera son los responsables de aportar a la seguridad social y, por otro lado, la obligación del Estado de hacer constar cada año en el presupuesto general los recursos que se destinarían al seguro social obligatorio.

Los jueces constitucionales determinaron que el artículo 68.1 de la LOJLRTH no contraviene el contenido de las normas constitucionales antes señaladas, pues, el hecho de erigir al Estado como responsable solidario de las pensiones no infringe el artículo 371 de la Carta Magna ya que esta norma indica quiénes son los responsables pero no establece en qué calidad u orden. De igual manera, señalan que el término “garantizar” no significa disminución en el grado o efectividad de la obligación que asume el Estado; criterio que lo desarrollan a propósito de la jurisprudencia y las normas contenidas en el bloque de constitucionalidad, ya que señalaron:

(...) sobre el término “garantizar” es que este no priva de contenido material a los derechos constitucionales, como afirman los accionantes. Por el contrario, revela la obligación del Estado, establecida en el *corpus iuris* de protección del derecho a la seguridad social, conformado por las normas que conforman el **bloque de constitucionalidad**²⁷⁹. (El subrayado me pertenece).

Ahora bien, correlativamente la Magistratura Constitucional encamina su argumentación al análisis del *derecho a la seguridad social*, para lo cual insoslayablemente toma como parámetro de constitucionalidad las normas contenidas en el bloque de constitucionalidad. Así que observa lo siguiente:

²⁷⁹ *Ibíd.*, 92.

(...) es necesario considerar, como ya se hizo mención en problemas jurídicos anteriores los **estándares internacionales de protección que existen dentro del bloque de constitucionalidad** respecto de este derecho. Así, el Comité Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales estableció criterios para el cumplimiento del artículo 2.1 del Pacto, con relación al derecho a la seguridad social, determinado en la **Observación General N° 19** (...) ²⁸⁰.

Como se puede observar la Corte Constitucional procede a realizar un control de constitucionalidad a partir de los *estándares* previstos en la Observación General No. 19, para determinar si la norma que se acusa de inconstitucional cumple con los mismos.

Rescatamos de esta sentencia la importancia e influencia del bloque de constitucionalidad en el ejercicio de motivación a los que están obligados los jueces constitucionales, que en el presente caso lo utilizan dentro del control abstracto de constitucionalidad, sin embargo, no deja de llamar la atención la posición que otorgan a los instrumentos internacionales de derechos humanos para fundamentar el fallo, no solo por el contenido más favorable sino también por la especialidad en el desarrollo de los temas que se tratan, por ejemplo, no pasó desapercibido la recurrencia permanente y transversal a las Observaciones Generales del Comité Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU como herramientas de fundamentación y aplicación directa de estándares de protección de derechos, en temas como el principio de *desarrollo progresivo de los derechos* y el *derecho a la seguridad social*, amén de la abundante jurisprudencia utilizada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

4.- Caso No. 0072-14-CN.-²⁸¹

El presente caso a diferencia del inmediatamente anterior, proviene del ejercicio del *control de constitucionalidad concreto* que básicamente es una modalidad de examen constitucional que lo ejerce la Corte Constitucional y cuyo objetivo es garantizar la coherencia constitucional del ordenamiento jurídico en cuanto a la aplicación normativa dentro de un caso específico. En ese sentido, en virtud del artículo 428 de la Constitución, si un juez en el conocimiento de un proceso judicial advierte que una norma contradice los mandatos constitucionales o es adversa a los tratados internacionales de derechos humanos, debe suspender el proceso jurisdiccional y justificar que al no existir otro mecanismo de interpretación conforme de la norma infraconstitucional con la Constitución, es indispensable

²⁸⁰ *Ibíd.*, 93.

²⁸¹ Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 004-14-SCN-CC, Caso No. 0072-14-CN.

remitir en consulta a la Magistratura Constitucional para que en un corto periodo de tiempo resuelva sobre la constitucionalidad de la norma.

En el caso *sub examine* la consulta de norma proviene de una instrucción fiscal que se encontraba en conocimiento del *Juez Segundo de Garantías Penales de Orellana*, toda vez que la Fiscalía solicitó que se eleve en consulta de norma a la Corte Constitucional, si la pena contenida en el artículo 1 de la ley s/n Registro Oficial 578-S inserto antes del artículo 441 del Código Penal vigente a la época es aplicable al caso concreto, en vista de que los imputados en los actos que se reputaban antijurídicos son personas que pertenecían a la nacionalidad “Waorani”, lo cual potencialmente podría vulnerar los derechos contenidos en la Constitución y el bloque de constitucionalidad en lo relacionado con estas nacionalidad indígenas.

Ahora bien, vamos a realizar brevemente un recuento de los antecedentes del caso. Es así que el 27 de noviembre de 2013 en la audiencia de formulación de cargos se inició una instrucción fiscal por el presunto ***delito de genocidio*** en contra de un grupo de 17 personas pertenecientes a la nacionalidad Waorani, los mismo que incursionaron en la selva ecuatoriana con el propósito de buscar rastros y localizar a familias de “pueblos aislados” para darles muerte, utilizando armas de fuego y lanzas tradicionales, así mismo, producto de aquella incursión y luego del ataque “extrajeron o sustrajeron” a dos niñas de aproximadamente 3 y 6 años. Todo aquello tiene aún otro antecedente y es precisamente la muerte de dos ancianos waoranis llamados Ompore Omehuay y Buganey Caiga presuntamente por parte de un grupo denominado *Taromenane* o pueblos indígenas en aislamiento.

De todas maneras el *quid* del asunto en palabras del juez penal para argumentar su petición de consulta de norma se circunscribía a una duda razonable en cuanto a la aplicación del artículo innumerado agregado antes del artículo 441 del Código Penal que prescribía el *delito de genocidio*, sin embargo, advertía que esta disposición normativa era aplicable y estaba direccionada hacia las personas que pertenecían a un entorno cultural y económico “occidental”.

La Corte Constitucional observó que:

El consultante identifica los principios y reglas constitucionales que se presume se infringen, partiendo del **análisis y justificación del bloque de constitucionalidad**; así, expone que ‘ De

acuerdo con los artículos 11 numeral 3, 424 y 426 de la Constitución de la República, forman parte del **bloque de constitucionalidad y por tanto deben ser parámetro de control** de normas inferiores y su aplicación, las normas contenidas en instrumentos internacionales de derechos humanos²⁸². (El subrayado nos pertenece).

La Magistratura Constitucional formula tres problemas jurídicos para realizar el examen de constitucionalidad de la norma que se presume violatoria de los derechos declarados en la Constitución, a saber: **i)** si vulnera los derechos colectivos consagrados en el artículo 57 de la Constitución de la República, en relación a las comunidades, pueblos y nacionalidad indígenas; **ii)** si vulnera las normas contenidas en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y tribales; y, **iii)** si vulnera el principio de igualdad material en relación a las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas.

Ahora bien, la Corte Constitucional *prima facie* desarrolla un ejercicio bastante interesante para delimitar el marco interpretativo que se debe emplear en la norma cuya constitucionalidad se consulta; de modo que empieza desglosando cada uno de los elementos que componen el *tipo penal de genocidio* a la luz del derecho internacional para luego conectar con los criterios de interculturalidad que debe usar el operador de justicia para aplicar la norma legal en sospecha de constitucionalidad.

En esa línea, la Corte Constitucional hace una **interpretación convencional** tomando como base la *Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio* y manifiesta que insoslayablemente deben presentarse dos elementos para que tenga lugar este tipo de delito, a saber: **i)** el *mens rea*, que requiere una intención específica y **ii)** el *actus reus* que consiste en estar inmerso en cualquiera de los actos establecidos en el artículo 2 de la Convención *ibídem*. Aquí se rescatan dos ideas principales que explican los jueces constitucionales, por un lado que “no puede considerarse a un acusado culpable de genocidio si individualmente no comparte la intención de destruir en todo o en parte a un grupo”²⁸³ y por otro que “las autoridades jurisdiccionales antes de determinar la responsabilidad de un acusado, determinan si la situación en cuestión es en general una situación de genocidio y después prueban la participación de los acusados en los actos y presencia de la *mens rea*.”²⁸⁴.

²⁸² *Ibíd.*, 4.

²⁸³ *Ibíd.*, 17.

²⁸⁴ *Ibíd.*, 18.

Dicho esto, la Magistratura Constitucional aborda el caso concreto advirtiendo la obligación de que los elementos señalados en el párrafo anterior deben ser interpretados desde una *perspectiva intercultural* lo que se traduce en una aproximación ecuánime sobre los rasgos y prácticas de los grupos involucrados en el proceso judicial, además de observar los principios de **a)** continuidad histórica; **b)** diversidad cultural; **c)** interculturalidad e **d)** interpretación intercultural; otrosí, tomar en cuenta lo que la doctrina penal ha denominado como el “error de comprensión culturalmente condicionado”, en otras palabras, que una persona que comete una infracción penal condicionado por su cultura no está en la capacidad de discernir la norma penal o “interiorizarla”.

Por las razones expuestas, la Corte Constitucional determina que los operadores de justicia que conocen de un caso donde se encuentran involucrados grupos étnicos deben inevitablemente realizar “verdaderos ejercicios hermenéuticos interculturales para no afectar los derechos reconocidos en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos”²⁸⁵.

Respecto al **segundo problema** formulado por la Corte Constitucional, es menester indicar la especial atención que le prestan a la institución del bloque de la constitucionalidad, ya que utilizan como *parámetro de constitucionalidad* al *Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales* para realizar el respectivo examen del artículo inserto antes del artículo 441 del Código Penal.

En primer lugar, empiezan determinando el significado de bloque de constitucionalidad dentro del constitucionalismo ecuatoriano, para lo cual invocan los artículos 3, 11 numeral 3 y 424 de la Constitución del Ecuador y en ese orden de ideas pergeñan una definición de este instituto que lo expresan de la siguiente manera:

(...) que el constituyente ecuatoriano dotó de una jerarquía constitucional a las normas contenidas en los tratados internacionales de derechos humanos. En aquel sentido, **estas normas del ordenamiento jurídico internacional y del derecho internacional de los derechos humanos tienen una categorización paritaria a las normas constitucionales**, configurándose de esta forma lo que en la doctrina suele denominarse como el bloque de constitucionalidad.

Al bloque de constitucionalidad se lo entiende como aquel conjunto de normas que no constando expresamente dentro de las normas positivas de la Constitución formal, forman parte de esta porque es la propia Constitución la que reconoce ese rango y rol, en virtud del más alto valor del Estado: la protección de la dignidad humana. En efecto,

²⁸⁵ *Ibíd.*, 22.

' El reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento '.²⁸⁶. (El subrayado nos pertenece).

Esta tesis que ensaya el más alto órgano de interpretación de la Constitución en Ecuador, nos parece que condensa al menos los presupuestos previstos en la hipótesis de nuestro trabajo de investigación para verificar su comprobación, esto es en el sentido de la *recepción* que ha tenido en nuestro país el bloque de constitucionalidad a través de una de las fuentes formales del derecho como es la jurisprudencia. Es que ha sido la Corte Constitucional la encargada de despejar las dudas sobre la naturaleza, contenido y aplicación de este instituto dentro del ejercicio del control concreto de constitucionalidad que, por supuesto, es un ejercicio hermenéutico cuyo objetivo es evidenciar la supremacía de la Norma Constitucional y velar porque las demás normas del ordenamiento jurídico guarden coherencia con aquella.

En ese sentido, recalcamos de lo dicho por los jueces constitucionales las siguientes ideas: **i) jerarquía:** las normas del ordenamiento jurídico internacional y del derecho internacional de los derechos humanos tienen el mismo rango que las normas constitucionales; **ii) contenido:** es un conjunto de normas que no constando expresamente en el texto constitucional, ésta última reconoce su jerarquía y rol; **iii) naturaleza:** proviene de la obligación principal que por antonomasia le corresponde al Estado ecuatoriano según el modelo de justicia constitucional, a saber: la protección de la dignidad humana; por lo que no distingue o hace un listado taxativo de derechos que hay que proteger; ampliamente apela al artículo 11 numeral 7 de la Constitución que prescribe “todos aquellos derechos que deriven de la dignidad humana”. Así las cosas, entendemos que pueden ser tanto los que componen el *corpus iuris* del derecho internacional de los derechos humanos cuanto los del derecho internacional humanitario.

Volviendo al caso *sub examine*, la Magistratura Constitucional para evacuar lo solicitado por consultante en relación a la posibilidad de que la norma infraconstitucional objeto de control constitucional entre en un eventual conflicto con normas que se encuentran en el Convenio 169 de la OIT, proceden a realizar una interpretación con *perspectiva intercultural* con el objetivo de determinar si la norma penal contraría lo prescrito por el

²⁸⁶ *Ibíd.*, 25.

Convenio que tal como lo ha establecido la Corte Constitucional forma parte del bloque de constitucionalidad.

Los jueces constitucionales *prima facie* identifican tres artículos del Convenio 169 que son baremo de constitucionalidad, tales como el artículo 8 numeral 1, 9 numeral 2 y 10 numerales 1 y 2 ergo observan que los sujetos activos y pasivos a los cuales se pretende imponer el cometimiento de un delito son pueblos indígenas identificados como Waorani y Taromenane; entonces, elaboran el siguiente ejercicio silogístico: **i)** en función del artículo 8.1 del Convenio 169, si los operadores de justicia avocan conocimiento de un proceso penal donde estén involucrados pueblos ancestrales, tienen que realizar obligatoriamente una interpretación intercultural a partir de los presupuestos de continuidad histórica, diversidad cultural e interculturalidad, toda vez que si pretenden aplicar una norma penal en el contorno de nuestra realidad ecuatoriana deben observar las costumbres y usos de mencionados pueblos. En palabras de la Corte Constitucional “generando un ejercicio hermenéutico a través de la interpretación de sus instituciones propias, sus costumbres, filosofía y cosmovisión, generando un diálogo epistémico en el que se reflejen las diferencia que pueden existir entre las normas hegemónicas y las propias de los pueblos ancestrales”²⁸⁷.

En segundo lugar, **ii)** a partir del artículo 9.2 del Convenio 169, tanto los jueces ordinarios cuanto la Fiscalía antes de expedir cualquier medida deben examinar las costumbres propias de estos pueblos, para lo cual deben contarse con pericias sociológicas, antropológicas, apoyándose en otras disciplinas científicas para corroborar e identificar con meridiana claridad las prácticas consuetudinarias de los pueblos ancestrales y dotar de condumio a las acciones que se investigan.

En tercer lugar, **iii)** basándose en el artículo 10 numerales 1 y 2 del Convenio 169, se evidencia que los jueces aplicaron a este grupo étnico la prisión preventiva.

En síntesis, los jueces constitucionales concluyen que se inobservaron los artículos antes citados del instrumento internacional de marras. Lo dicho, constituye un atentado en contra del Convenio y la Magistratura conmina a “las autoridades competentes a realizar una interpretación acorde con los principios descritos en esta norma del **Convenio 169 de la OIT**,

²⁸⁷ *Ibíd.*, 27.

instrumento internacional que forma parte del bloque de constitucionalidad y del cual nuestro país es suscriptor”²⁸⁸. (El subrayado nos pertenece).

5.- Acción de incumplimiento de Sentencia No. 0001-009-SIS.-²⁸⁹

Otra sentencia es la emitida por la *Corte Constitucional para el periodo de transición*, referente a una *acción de incumplimiento* de sentencia emitida por el Órgano Constitucional, esto es, que cualquier persona puede interponer este tipo de acción constitucional para que la Corte Constitucional conozca y sancione el incumplimiento de sentencias o dictámenes que ella mismo expide.

El caso trata sobre un auto definitivo de adjudicación de bienes inmuebles dentro de un proceso civil de remate de prenda que obtuvo el actor de la presente acción constitucional, el mismo que luego fue cancelado para su inscripción en el Registro de la Propiedad por otro juzgado. El actor interpuso recurso de amparo por vulneración a sus derechos constitucionales a la propiedad y debido proceso, el cual fue negado por la Sala de un Tribunal superior. La Corte Constitucional avoca conocimiento y resuelve favorablemente a las pretensiones del actor.

La Corte Constitucional para el período de transición pasa a resolver el caso sobre la base de los derechos constitucionales que considera vulnerados, tales como, el principio de legalidad y el derecho a la propiedad privada; no obstante, lo interesante es que previo a entrar en el análisis respectivo de fondo y dentro del acápite de “fundamentos y consideraciones” los jueces constitucionales se refieren al bloque de constitucionalidad como un *parámetro de interpretación* para dotar de fundamento a la sentencia.

En ese sentido la Corporación Constitucional manifestó lo siguiente:

Bloque de constitucionalidad

Los preceptos constitucionales buscan un raciocinio entre los derechos constitucionales y los Derechos Humanos inherentes en el contorno internacional, relacionados en **el bloque de constitucionalidad**. “Una constitución puede ser normativamente algo más que el propio texto constitucional, esto es, que las normas constitucionales, o al menos supralegales, puede ser más numerosas que aquellas que pueden encontrarse en el articulado de la constitución escrita”. **El bloque de 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**

²⁸⁸ *Ibíd.*, 28.

²⁸⁹ Ecuador. Corte Constitucional para el Período de Transición, Sentencia No. 0001- 09-SIS-CC, Caso No. 0003-08-IS [Acción de incumplimiento de sentencia], de 19 de mayo de 2009. No publicada en el Registro Oficial.

de la Constitución²⁹⁰. En tal virtud, para resolver un problema jurídico no sólo se debe tener presente a la Constitución, ya que otras disposiciones y principios pueden tener relevancia para decidir esos asuntos. (El subrayado me pertenece).

La Corte Constitucional señala que **i)** pueden existir otras normas por fuera de la Constitución y que tengan la misma jerarquía, como son los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales, es decir, la Norma Fundamental no es un coto cerrado y puede complementarse y extenderse a otras normas. Además, es interesante lo indicado por el mismo Órgano Constitucional en el sentido de que los jueces constitucionales **ii)** en el ejercicio hermenéutico para la resolución de un caso concreto, no solo deben tener en cuenta a la Norma Suprema sino a otras disposiciones o principios que puedan ser favorables a la hora de dictar una sentencia.

6.- Resolución No. 0035-2006-DI del Tribunal Constitucional del Ecuador.-²⁹¹

Esta resolución fue expedida por el Tribunal Constitucional del Ecuador dentro de la declaratoria de inconstitucionalidad de los artículos 88 y 108 de la Ley de Servicio Militar Obligatorio, analiza dentro del control de constitucionalidad el conflicto que se suscita entre el *servicio militar obligatorio* y el derecho a la *objeción de conciencia*.

Los artículos infraconstitucionales antes mencionados prescribían una serie de sanciones en calidad de “remisos” a las personas que no cumplían con el servicio militar; además, si objetaba conciencia, esta debía ser aceptada por el “Director de Movilización de las Fuerzas Armadas” y de ser el caso debía cumplir, previa justificación, su servicio en una de las unidades de desarrollo de las Fuerzas Armadas.

A decir de los actores del recurso constitucional, el servicio militar fomentaba la mal llamada “disciplinización”, la dependencia del ser humano a fuentes externas que imparte ordenes, la asunción de valores propios de la institución castrense, eliminando todo ejercicio de derechos y la “razón”, con la finalidad de poder controlar sus actos y pensamientos, instaurando en el subconsciente la idealización de la jerarquía.

El Tribunal Constitucional realiza un examen minucioso e indica con absoluta claridad el compromiso de cumplir con los tratados internacionales suscritos por el Estado

²⁹⁰ Id.

²⁹¹ Ecuador. Tribunal Constitucional, Resolución No. 0035- 2006-DI, [Declaratoria de inconstitucionalidad de los artículos 88 y 108, de la Ley de Servicio Militar Obligatorio], de 17 de abril de 2007, en Suplemento Registro Oficial No. 114, de 27 de junio de 2007.

en materia de derechos humanos, dejando imposibilitado el argumento de invocar una norma del derecho interno o falta de norma para cumplir con la normativa internacional.

Los jueces constitucionales para desarrollar su argumentación en el examen de constitucionalidad relativa a la objeción de conciencia, tomaron como base la normativa internacional que incluso no había sido suscrita por el Ecuador en ese momento o al menos no se la reconocía expresamente, v gr., La Resolución de la Comisión de Derechos Humanos de la OEA de 5 de marzo de 1987; las Recomendaciones de la ONU de 1989, 1991 y 1993. Concluyen que la objeción de conciencia es una de la formas de ejercer la libertad de conciencia reconocida en los diversos instrumentos internacionales de derecho humanos.

Si bien no mencionan la noción del bloque de la constitucionalidad y su contenido, sí lo hacen de manera subrepticia al considerar la obligatoriedad de la normativa internacional en su cumplimiento y considerar a los derechos humanos que en aquellos se describen, como de aplicación directa y en el sentido más favorable.

7.- Resolución 0002-2005-DI del Tribunal Constitucional del Ecuador.-²⁹²

El presente caso trata sobre la demanda de inconstitucionalidad promovida por 1400 ciudadanos en contra de los artículos 10, 11, 12, 14, 15, 16, 17, 28 y 34 de la reformativa al Código de Procedimiento Penal, publicado en el Registro Oficial No. 743, de 13 de enero de 2003, que refieren a la “detención en firme” como medida cautelar de carácter personal.

Los sujetos pasivos involucrados alegaban que el objetivo de este tipo de medida cautelar era precautelar la comparecencia del presunto infractor al juzgamiento, toda que propone evitar la caducidad de la “prisión preventiva”, ya que una vez que esta caducaba por falta de despacho oportuno de los operadores de justicia, el sindicado podía salir en libertad y huir del país o no presentarse al juicio, más aún si eran delitos graves los que se les imputaba.

Lo interesante de esta sentencia es el uso de los métodos de interpretación jurídica moderna para la resolución de un caso cuyos efectos son de carácter general y obligatorio, v. gr., el método sistemático, esto es, que el intérprete constitucional deba comprender la Norma Fundamental como un todo orgánico e integral, excluyendo su sentido literal. Esa forma de

²⁹² Ecuador. Tribunal Constitucional, Resolución No. 0002- 2005-DI, [Declaratoria de inconstitucionalidad de los artículos 10, 11, 12, 14, 15, 16, 17, 28, 34, de la reformativa al Código de Procedimiento Penal], de 26 de septiembre de 2006, en Registro Oficial No. 382, de 23 de octubre de 2006.

hermenéutica se la realiza para evitar un fraude al espíritu de la Constitución, que es el respeto insoslayable a los instrumentos internacionales de derechos humanos.

Los jueces constitucionales señalaron lo siguiente:

En consecuencia, **no es facultativo del Estado acatar las normas contenidas en tratados internacionales que han sido ratificados por el Ecuador** y promulgados en el Registro Oficial, sino que **es obligatoria su aplicación por su jerarquía supra legal**; y, en materia de derechos humanos es suficiente que un instrumento sobre esta materia se encuentre vigente para que los ciudadanos ecuatorianos gocen incondicionalmente de los derechos y libertades en ellos contenidos²⁹³. (El subrayado es nuestro).

Como se puede observar, nuevamente el Tribunal Constitucional reconoce la jerarquía e importancia de los tratados internacionales de derechos humanos tanto su obligatoriedad en la aplicación cuanto su vigencia en pro del ser humano. Si bien es cierto no determina de forma expresa la noción de bloque de constitucionalidad, es claro que se refiere tácitamente aquél, toda vez que aquellas normas prevalecerán sobre las demás leyes y las de menor jerarquía y algo que es muy particular que ratifica lo que doctrinariamente venimos sosteniendo en el significado del bloque de constitucionalidad ecuatoriano, es decir, que lo integran no sólo los tratados sino los pronunciamientos de los órganos que conforman el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, tal es el caso del “Informe sobre la situación de los derechos humanos en el Ecuador” expedido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) como la Opinión Consultiva OC-14 de la Corte Interamericana de Derecho Humanos (Corte-IDH), ambas para resolver la inconstitucionalidad de la norma infraconstitucional objeto de control.

El *leitmotiv* de evocar y aplicar los instrumentos internacionales antes expuestos, tiene sentido por los *estándares de aplicación de la prisión preventiva*, medida cautelar que debe conllevar obligatoriamente un **plazo razonable**, pues, así lo señaló el Tribunal Constitucional tomando en consideración el antes mencionado informe de la CIDH.

8.- Resolución No. 001-2004-DI²⁹⁴ del Tribunal Constitucional del Ecuador.-

El caso se inserta dentro del *control difuso de constitucionalidad* permitido por la Constitución del Ecuador del año 1998, por medio del cual cualquier juez podía declarar

²⁹³ Id.

²⁹⁴ Ecuador. Tribunal Constitucional, Resolución No. 001- 2004-DI, [Declaratoria de inconstitucionalidad del artículo 225 inciso 2 del Código de Procedimiento Penal], de 8 de junio de 2004, en Registro Oficial No. 374, de 9 de julio de 2004.

inaplicable un precepto jurídico contrario a la Norma Fundamental y luego debía informar al Tribunal Constitucional para que resuelva con carácter general y obligatorio²⁹⁵. El tema central de la resolución trataba sobre el derecho fundamental a la libertad de expresión, su titularidad y alcances.

Siguiendo esa línea, el Consejo Nacional de la Judicatura (CNJ) abrió un expediente al Juez II de lo Penal de la provincia de Cotopaxi, por haber emitido a través del canal 36 TV COLOR de la ciudad de Latacunga algunas declaraciones sobre aspectos jurídicos – detención- relacionados con un caso objeto de su conocimiento; no obstante, la resolución administrativa del CNJ, el juez interpuso una acción de amparo constitucional, toda vez que sostenía que se vulneraba su derecho a la libertad de expresión consagrado en el artículo 23 numeral 9 de la Constitución del Ecuador y, además solicitó que se declare inconstitucional el artículo 225 numeral 2 del Código de Procedimiento Penal²⁹⁶ vigente a la época. El Juez II de lo Civil de Cotopaxi que conoció la acción constitucional concedió el amparo y declaró inaplicable el artículo infraconstitucional de marras.

Una vez que el juez *a quo* envió al Tribunal Constitucional para que resuelva con carácter general y obligatorio el caso, este último realizó un análisis interesante respecto al alcance de la libertad de expresión. Empezó señalando la jerarquía que tenían los tratados y convenios internacionales en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, para luego reconocer que su cumplimiento es inmediato y obligatorio por y ante cualquier juez, tribunal o autoridad. De igual forma, aludió a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como, a lo desarrollado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el sentido de que los Estados deben adoptar medidas para suprimir normas de cualquier naturaleza que vulneren las garantías previstas en la Convención.

Es así que, manifestó lo siguiente:

²⁹⁵ Constitución del Ecuador de 1998: “Art. 274.- *Cualquier juez o tribunal, en las causas que conozca, podrá declarar inaplicable, de oficio o a petición de parte, un precepto jurídico contrario a las normas de la Constitución o de los tratados y convenios internacionales, sin perjuicio de fallar sobre el asunto controvertido. Esta declaración no tendrá fuerza obligatoria sino en las causas en que se pronuncie. El juez, tribunal o sala presentará un informe sobre la declaratoria de inconstitucionalidad, para que el Tribunal Constitucional resuelva con carácter general y obligatorio*”.

²⁹⁶ Código de Procedimiento Penal (derogado): “Artículo 255 inciso 2.- *En ningún caso, el Juez o Magistrado que conozca de una causa penal sometida a su resolución puede formular declaraciones públicas o privadas a los medios de comunicación social, ni antes ni después del fallo. La violación de esta prohibición será sancionada con destitución, sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales que hubieren*”.

SEXTO.- De las normas transcritas se desprende el fundamento jurídico de la obligatoriedad de los Estados de aplicar lo que se denomina **el Bloque de Constitucionalidad**. En esencia significa que **los Estados no están obligados solamente al cumplimiento del contenido de sus constituciones, sino también al de los tratados internacionales que han suscrito y ratificado, puesto que existen disposiciones concretas de respetar sus preceptos, y por lo tanto pasan a insertarse dentro de la normativa con máxima jerarquía** (...) En cuanto al respeto de los derechos humanos esta situación se presenta más visible, puesto que los Estados se han comprometido, frente a la comunidad internacional y a sus propios ciudadanos, a respetar los derechos humanos de manera tal que no es posible la existencia de disposición ni acto que pueda menoscabar sus contenidos”²⁹⁷ (El resaltado es nuestro).

Lo expuesto significa que el juez constitucional a través de la interpretación constitucional deja sentado sin duda la jerarquía de los derechos humanos, así como, su respeto absoluto, tomando en consideración los tratados internacionales que han sido suscritos por el Estado, incorporándolos al bloque de constitucionalidad y determinando su contenido, pues, evoca lo prescrito tanto en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados; así como, la jurisprudencia de la Corte Interamericana en el caso *Olmedo Bustos y otros vs. Chile* para determinar el alcance y la naturaleza de los derechos de libertad de pensamiento, opinión y expresión que son objeto de análisis para suprimir el artículo 225. 2 del Código de Procedimiento Penal y, declarar la vulneración de los mismos. Al final lo que realizó es un control de constitucionalidad.

El Tribunal Constitucional no encontró posibilidad alguna de establecer censura previa entre la disposición penal impugnada y las restricciones que por ley deben establecerse según la normativa internacional, toda vez que no se puede afirmar o dar por sentado de manera previa que la libertad de expresión del juez respecto a una causa penal en la que haya fallado o este por hacerlo, falte el respeto a los derechos, a la reputación de los demás o atente contra la seguridad nacional, orden público, salud o moral pública. Lo que sí puede existir es responsabilidad ulterior que la misma ley lo establece.

En síntesis, lo que el Tribunal Constitucional deja claro es que al ser el Ecuador suscriptor de los instrumentos internacionales de derechos humanos, no puede alegar una norma del derecho interno para justificar una actuación de autoridad y en clara vulneración de lo que establece la Convención. En materia de derechos humanos rige el principio de

²⁹⁷ Tribunal Constitucional del Ecuador, “Resolución No. 001- 2004-DI”.

favorabilidad, es decir, se debe aplicar la norma más favorable al ejercicio de un derecho, entonces, se lo debe hacer respecto a la libertad de expresión.

A manera de colofón del presente capítulo realizaremos las siguientes precisiones:

i) La Magistratura Constitucional ecuatoriana desde temprana jurisprudencia y de forma insistente ha utilizado el término “bloque de la constitucionalidad” como una herramienta que le permite justificar sus fallos por el mero hecho de enunciarla en el ejercicio hermenéutico -criterio de autoridad-, sin desarrollar una definición o aclarar su naturaleza dentro del sistema jurídico.

ii) Así mismo, los jueces constitucionales prácticamente asumen sin ningún tipo de metodología que el bloque de la constitucionalidad es el bloque del *corpus jure* de los derechos humanos y, por tanto, su ficción sirve para recordar *prima facie* que los tratados internacionales *ratificados* por el estado se insertan de forma automática en el ordenamiento jurídico con máxima jerarquía y obligatorio cumplimiento, entendemos, entonces, ese es su contenido.

iii) Lo dicho en el numeral anterior, corresponde a criterios sustentados bajo la Constitución del año 98, ya que los tratados internacionales tenían jerarquía “supra legal” y su cumplimiento era obligatorio; sin embargo, llama la atención que bajo la misma etiqueta de bloque de constitucionalidad, tal y como estaba concebido en ese entonces, se utilizó lo que doctrinariamente se conoce como *soft law* (informes, recomendaciones, etc.) para realizar el control de constitucionalidad; de suerte que, encontramos una primera incoherencia en el ejercicio de su aplicación y función.

iv) Más adelante podemos advertir que la Corte Constitucional ensaya algunas definiciones o al menos trata de dotar de cierta naturaleza y función al bloque, con argumentos que siembran incertidumbre más que certeza, pues, por un lado indican a manera de función que sirve como *parámetro de interpretación* de normas constitucionales y de tratados internacionales de derechos humanos y, por otro, pretenden describir su naturaleza como un instrumento que identifica normas que no se encuentran en la Constitución escrita. Nuevamente es un discurso limitado y vacío que no descifra el verdadero contenido del bloque de constitucionalidad.

v) Luego, en jurisprudencia posterior y ya en vigencia la Constitución de 2008, la Corte Constitucional se anima a ensayar una definición que sugiere una estructura que a pesar de no marcar expresamente una línea jurisprudencial porque las sentencias analizadas no lo mencionan de tal manera, despeja ciertas dudas sobre el alcance de su naturaleza, determinándola como el conjunto de normas que no constando en la Constitución formal, forman parte de la misma porque esta así lo determina en virtud del principio de la dignidad humana, empero, nuevamente relegan al desasosiego el aspecto funcional y de contenido.

vi) En esa línea, el bloque de constitucionalidad cuyo contenido lo describen como las normas que conforman los “tratados internacionales de derechos humanos” pasan a tener una función, esto es, ser *parámetro de control de la constitucionalidad* tanto en el ejercicio del control abstracto y concentrado a través del conocimiento de las diferentes acciones constitucionales. Finalmente señalan que esa normas internacionales tienen rango constitucional.

vii) De igual manera, en jurisprudencia reciente la Corte Constitucional echa mano de los *estándares mínimos de protección* de los derechos humanos desarrollados en las opiniones consultivas, observaciones generales, informes generales de organismos que pertenecen al sistema universal de protección de derechos humanos y los hacen suyos para el análisis y aplicación directa en la resolución de los casos puestos en su conocimiento. Entonces, por un lado, no hay distinción en la procedencia de la norma internacional ya sea por medio de un convenio o un tratado ratificado o no por el estado ecuatoriano en materia de derechos humanos, es decir, todo instrumento internacional que contenga un derecho más favorable al ser humano o derive de la dignidad del ser humano pertenece al bloque de la constitucionalidad; y, por otro, la Corte Constitucional vuelve a caer en un despropósito: confundir el control de constitucionalidad con el de convencionalidad.

viii) Por último, no existe una *sentencia hito* que funde un razonamiento jurídico determinado respecto a la naturaleza, función y contenido del bloque de constitucionalidad; lamentablemente la jurisprudencia no ha sido homogénea ni ha existido voluntad de que así sea, pues, observamos casi a ciegas e inferimos del análisis en cuanto al contenido que el bloque de constitucionalidad ecuatoriano lo integran los instrumentos del *corpus iuris* del sistema universal de los derechos humanos y el derecho humanitario y su función hasta ahora, es servir como *parámetro para el control de constitucionalidad*; sin embargo y a la vez,

hablan de adherencia e inserción de las normas internacionales al texto constitucional con vigencia, aplicación directa y fuerza obligatoria como una norma constitucional. En otras palabras, tal como está planteado el bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia analizada, parecería ser que es innecesaria la configuración de una *ficción* para su cumplimiento, habida cuenta que es norma constitucional, es Constitución.

Conclusiones

En las siguientes páginas trataremos de sistematizar las principales conclusiones arribadas en el presente trabajo, sin perder de vista las interrogantes planteadas al inicio del mismo, esto es, la naturaleza, función y contenido del bloque de constitucionalidad.

1. Como se evidenció, el constitucionalismo latinoamericano ha desarrollado su propia teoría de bloque de la constitucionalidad a partir de lo que es su momento llamaron *bloque de derechos fundamentales*, debido a la tendencia de *armonizar* el derecho internacional de los derechos humanos a los ordenamientos jurídicos locales, sobre todo, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH).

2. La tesis de la *primacía del derecho internacional de los derechos humanos* en la región tomó fuerza en respuesta a las dictaduras de los gobiernos militares y de facto que se instauraron. En contraposición, observamos el nacimiento de una *cultura de los derechos humanos* que ha afincado una nueva teoría del derecho con fundamento en los derechos humanos; entonces, afirmamos que el derecho internacional de los derechos humanos se convierte en *fundamento axiológico* en la mayoría de los ordenamientos constitucionales en Latinoamérica.

3. Sostenemos que ese esfuerzo de armonización en cuerpos normativos locales de los derechos humanos con el derecho constitucional trajo consigo una reinención del *bloc de constitutionnalité* francés, empero, acoplada a nuestra compleja realidad social y que dista de la elaborada por el Consejo Constitucional francés y del Tribunal Constitucional español en cuanto a su naturaleza y contenido.

4. En el caso francés, notamos que el bloque de constitucionalidad se mantiene como *categoría procesal-funcional* para realizar el control previo de constitucionalidad de la ley; sin embargo, su contenido es disperso e incluso incardina normas producidas en el pasado pero con fuerza normativa y vigencia en el presente. Son normas de referencia *supralegales*.

5. Observamos que en la doctrina española existe una diferencia entre bloque constitucional y bloque de la constitucionalidad. Ambas a partir del elemento *funcional* tienen su propia característica. La primera actúa para cerrar la indeterminación del texto constitucional por medio de remisiones a otras normas. La segunda sirve como parámetro de constitucionalidad realizando una función más bien procesal. El Tribunal Constitucional

español las usa como un *bloque-competencia* para dirimir conflictos de competencia o armonizar el ejercicio de las mismas y que surjan entre el Estado o las Comunidades Autónomas.

6. Concluimos que, la recepción de este instituto en Latinoamérica tuvo otra dinámica y cariz. La etiqueta del término y la *función procesal* de este instituto fueron recibidas de forma acrítica y admitidas con ciertas particularidades; sin embargo, su naturaleza, función y contenido fue diferente a la concebida por los europeos.

7. Es de notar que en los procesos de recepción y estructuración del “bloque de constitucionalidad” en la región, las fuentes del derecho se diversificaron debido al acoplamiento del derecho internacional de los derechos humanos; en consecuencia, la ley como norma primigenia fue desplazada.

8. Inferimos que la prelación jerárquica que los estados dieron al derecho internacional de los derechos humanos fue posible por varios factores, entre otros, por el reconocimiento de *cláusulas de derechos innominados o implícitos* que obligaban a no desconocer la existencia de otros derechos que no constando en el texto constitucional tenían igual jerarquía y fuerza normativa que la Constitución. Es allí que el principio *pro homine* se erige como *pauta de interpretación* para la aplicación directa de los derechos fundamentales y humanos.

9. Verificamos que varias Constituciones latinoamericanas tienden a reconocer *aquellas categorías constitucionales abstractas* antes señaladas, por la adaptación del artículo 29 del CADH a los ordenamientos jurídicos locales y que alude a derechos implícitos que a pesar de no constar formalmente en el texto constitucional, sí derivan de la dignidad del ser humano, poseen plena vigencia, jerarquía y eficacia.

10. Entonces, colegimos que bajo las afirmaciones antes expuestas se ha ido hilvanando un *bloque de constitucionalidad de los derechos fundamentales* asegurados por fuente constitucional o internacional de los derechos humanos.

11. El bloque de constitucionalidad ha adquirido una función casi idéntica en los países que fueron analizados, pues, en algunos casos es **i) norma de interpretación** y en otros casos funciona como **ii) parámetro del control de la constitucionalidad**.

12. Por otro lado, advertimos que Argentina es el único país de Sudamérica que tiene en su Constitución un listado taxativo de normas internacionales que integran su bloque de constitucionalidad. Bolivia, en cambio, es el único país de la región que utiliza el término

“bloque de constitucionalidad” en su texto constitucional para determinar el contenido del mismo.

13. Otra conclusión importante a la que arribamos es que no se puede considerar al derecho internacional de los derechos humanos y al derecho constitucional de forma aislada, se articulan de forma integral, armonizan el sistema jurídico, son fuente de un mismo sistema; en consecuencia, el derecho constitucional queda delimitado en su accionar a su propio texto y a las normas del derecho internacional de los derechos humanos, debiendo aplicar sus contenidos cuando sean más favorables a la dignidad del ser humano –*principio pro homine*.

14. El bloque de constitucionalidad ecuatoriano toma forma y obtiene mayor claridad a partir de la Constitución del año 2008 –eso no significa que no existió antes-, pues, el artículo 11 numeral 7 estableció una *cláusula de remisión cerrada de naturaleza indeterminada* que ordena el reconocimiento y garantía de los derechos que no sólo se encuentran en el texto constitucional y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, sino también todos aquellos derechos que deriven de la dignidad de las personas y el derecho internacional humanitario. Este sería *a priori* el contenido del bloque de constitucionalidad en Ecuador.

15. Coincidimos que el modelo constitucional ecuatoriano con preeminencia en la parte dogmática de la Constitución, incorporó con fuerza vinculante al derecho internacional de los derechos humanos y le dotó de rango constitucional. A diferencia de la Constitución del año de 1998 donde los tratados y convenios tenían una jerarquía *supralegal*.

16. Creemos que nuestro modelo de estado constitucional ha superado al constitucionalismo clásico, la carga dogmática sustentada teóricamente en lo que tratamos de describir como “Neoconstitucionalismo(s)”, nos permite observar a lo largo del texto constitucional todo un contingente de principios que rigen el ejercicio de los derechos, sean como principios de aplicación o sustantivos, que obligan a los operadores de justicia a realizar un ejercicio complejo de argumentación e interpretación constitucional.

17. Por otro lado, observamos que no existe ninguna diferencia en la Constitución entre “tratado” o “convenio”, pues, se refiere de manera general a “instrumentos internacionales de derechos humanos”, lo que *prima facie* conllevaría a un dilema en cuanto a la conformación del bloque de constitucionalidad ecuatoriano: ¿lo conforman exclusivamente aquellos que han seguido el proceso de *ratificación* o no es necesario este

paso? Nuestra posición es que en materia de derechos humanos por la existencia de una cláusula de remisión cerrada de naturaleza indeterminada y por ser esta la norma que más favorece a la efectiva vigencia de los derechos; el bloque de constitucionalidad ecuatoriano lo conforman todas las normas que deriven de la dignidad del ser humano, indistintamente de su origen sea en el *hard law* o *soft law*. Esto no fue un error técnico o descuido del constituyente simplemente prefirió ampliar el campo de protección de los derechos humanos.

18. En lo que respecta al análisis de la jurisprudencia de la Corte Constitucional en relación al bloque de constitucionalidad destacamos algunos aspectos:

A) La determinación de su naturaleza desde temprana jurisprudencia ha sido *meramente referencial*, se menciona vagamente su presencia y se la utiliza sin mayor explicación de su contenido y función.

B) Luego, argumentan que el Estado no está únicamente obligado a cumplir con el contenido de la Constitución sino también con los tratados internacionales que han suscrito y ratificado, los mismos que pertenecen a lo que denominan: bloque de constitucionalidad, insertándose en el ordenamiento jurídico con rango constitucional

C) Persisten en la idea de que el bloque de constitucionalidad tiene como función la de *interpretar* normas constitucionales y tratados internacionales de derechos humanos, debido a que la Constitución no es un coto cerrado, es algo más que el texto escrito.

D) En los últimos 8 años la Corte Constitucional ha ido evolucionando en su percepción del bloque de constitucionalidad, dotándole de función como ***parámetro del control de la constitucionalidad***; sin embargo, no desarrolla el contenido del mismo. Ensayo una definición generalísima al referirse al conjunto de normas que no constando en el texto constitucional tienen jerarquía constitucional por mandato de la misma. Se tratan de los derechos humanos. Entendemos, que la naturaleza del bloque se configura por la obligación principal del Estado que es la protección de la dignidad del ser humano y apelan a lo prescrito en el artículo 11 numeral 7 *ibídem*.

E) Nos parece que la Corte Constitucional confunde lo que es el control de constitucionalidad y el control de convencionalidad, al menos utiliza estos dos términos sin explicar su fundamento para aplicar el bloque de constitucionalidad, incluso como sinonimia, configurando al bloque como una categoría sin función procesal y una ficción que contiene un conjunto de normas internacionales sobre derechos humanos que hay que tomar en cuenta.

F) El antedicho criterio tal cómo está configurado en sus sentencias tiene serias deficiencias, toda vez que la misma Corte-IDH ha diferenciado estos dos tipos de control en el fallo “*Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú*”. El primero lo realizan *ex officio* los órganos de justicia para garantizar la constitucionalidad de las normas del ordenamiento jurídico interno y, el segundo, con miras a evaluar la coincidencia de la norma constitucional o infraconstitucional con los instrumentos internacionales de derechos humanos.

G) La misma Corte-IDH ha sido enfática dentro del caso *Gelman vs. R.O. del Uruguay*, en señalar que aquel control de convencionalidad debe ser ampliado no sólo a los órganos de justicia sino a “cualquier autoridad pública”. Compartimos este criterio, porque los artículos 11.3 y 426 de la Carta Magna, abren esa posibilidad cuando las normas son más favorables a la propia Constitución y no han sido desarrolladas por normativa secundaria.

H) La Corte Constitucional utiliza los *estándares de protección* previstos en las *Observaciones Generales* tanto del CIDESC cuanto del CDH de la ONU, que a pesar de no tener jurisdicción contenciosa sus opiniones son las que mejor desarrollan derechos en favor de la persona.

19. A pesar de lo expuesto, advertimos que la Corte Constitucional ha sido reticente a la hora de definir de forma expresa la naturaleza y contenido del bloque de la constitucionalidad y determinar los efectos de su aplicación.

20. Nuestra posición es que el bloque de la constitucionalidad tiene una función de unificación, complementación y armonía entre el texto constitucional y todas las normas que deriven de la dignidad del ser humano que, por supuesto, no se encuentren en la Constitución. Podemos decir que el bloque de constitucionalidad es la misma Constitución.

21. Al ser el bloque de constitucionalidad: Constitución, su aplicación es obligatoria por y ante cualquier juez, autoridad administrativa o servidor público por el *principio de aplicación directa* de las normas constitucionales y, en parte, para que las normas constitucionales no sean simples enunciados y su vigencia no se encuentre condicionada a la voluntad del legislador para que desarrolle normativa secundaria y los derechos constitucionales sean efectivos. Por último, que esos derechos establecidos en los “instrumentos internacionales de derechos humanos” sean justiciables.

22. De ninguna manera puede entenderse que el juez tiene autorización para *inaplicar* preceptos constitucionales creando una supuesta contradicción entre los artículos 426 y 428

de la Constitución, ya que si un operador de justicia establece una contradicción entre la norma infraconstitucional y la Constitución, no está facultado para declarar esa inconformidad y debe remitir el expediente en consulta a la Corte Constitucional. En otras palabras, la aplicación directa opera ante la ausencia de norma secundaria, empero, sí existe y es inconstitucional tendría que así resolverlo la Corte Constitucional.

23. Observamos, por ejemplo, que el Ecuador tienen una garantía jurisdiccional especial para hacer cumplir el *bloque de constitucionalidad*, esto es, la *acción por incumplimiento* prescrita en el artículo 436.5 de la Constitución. Este es un mecanismo que dota de una categoría procesal al bloque en caso de reticencia por parte de los obligados a cumplir la Constitución.

24. El caso SATYA es un claro ejemplo de la posibilidad de poder utilizar un mecanismo de tutela del bloque de constitucionalidad a través de la acción *por incumplimiento*, ya que bien pudieron los jueces constitucionales en el desarrollo de la acción extraordinaria de protección utilizar la regla de interpretación *iura novit curia* fundamentando su fallo en disposiciones constitucionales no señaladas por las partes, convirtiendo la EP en una *acción por incumplimiento* para una mejor tutela y ejercicio de los derechos que consideraban vulnerados.

25. Finalmente, sostenemos que las normas contenidas en el *corpus jure* del derecho internacional de los derechos humanos, el derecho humanitario y las que deriven de la dignidad del ser humano, en nuestra opinión no deberían ser parte de la categoría abstracta denominada “bloque de constitucionalidad” ya que dejan de ser parte de aquélla y pasan a ser “Constitución”.

26. Sin embargo, aquellas normas constitucionales que no contemplen determinadas materias, cuyo desarrollo ulterior corresponda al legislador y, que además comparten sobre todo un elemento *funcional* como es ser parámetro de control de la constitucionalidad, tratándose de “normas interpuestas”, es decir que no tienen rango constitucional pero se interponen entre la norma constitucional y la infraconstitucional sospechosa de inconstitucionalidad, en el examen de constitucionalidad, en nuestra opinión deberían pertenecer a la categoría “bloque de constitucionalidad”. Por citar ejemplos, por remisión de la Constitución podrían estar lo que contempla el artículo 126 (Ley y Reglamento de Asamblea Nacional) y 244 (Regiones autónomas) *ibídem*.

Bibliografía

Publicaciones

- Acevedo, Domingo E. 1992. “Relación entre el derecho internacional y el derecho interno”. *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, No. 16. http://iidh-websserver.iidh.ed.cr/multic/UserFiles/Biblioteca/IIDH/1_2014/ae2a03c1-584a-419b-acc5-2ad45a9757fd.pdf.
- Alegre, Marcelo. 2011. “Arriola, Bazterrica y la Igualdad Democrática”. *Universidad de Buenos Aires, Lecciones y Ensayos*, No. 89. <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/89/alegre-marcelo-arriola-bazterrica-y-la-igualdad-democratica.pdf>
- Ariza Clerici, Rodolfo. “Principio Pro Hominis”. *Círculo Doxa de la Ciudad de Buenos Aires*. <http://www.circulodoxa.org/documentos/Circulo%20Doxa%20-%20Hominis.pdf> Accedido: 17 de septiembre de 2017.
- Ávila Santamaría, Ramiro. “Ecuador Estado Constitucional de Derechos y Justicia”. En *La Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis desde la doctrina y el derecho comparado*, editado por Ramiro Ávila Santamaría. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del Ecuador, Serie Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- . *El neoconstitucionalismo transformador. El estado de derecho en la Constitución de 2008*. Quito: Abya Yala y UASB, 2011.
- . *El neoconstitucionalismo andino*. Quito: UASB, 2016.
- . *Los derechos y sus garantías. Ensayos críticos*. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición, 2012.
- Bidart Campos, Germán. “La interpretación de los derechos humanos en la jurisdicción internacional e interna.” En *V Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. México: UNAM, 1998.
- Bío bío Chile. 2014. “El poder FIFA: Brasil cambió ley para permitir venta de alcohol en estadio y no afectar a auspicios”. *biobiochile.cl*. 14 de junio. Accedido: 15 de marzo

- de 2017. <http://www.biobiochile.cl/noticias/2014/06/14/el-poder-fifa-brasil-cambio-ley-para-permitir-venta-de-alcohol-en-estadio-y-no-afectar-a-auspicios.shtml>
- Bonilla Maldonado, Daniel. “Teoría del derecho y trasplantes jurídicos: la estructura del debate”. En *Teoría del derecho y trasplantes jurídicos*”, editado por Daniel Bonilla. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana- Instituto Pensar, 2009.
- Caicedo Tapia, Danilo. “El bloque de constitucionalidad en el Ecuador. Derechos Humanos más allá de la Constitución”. En *Foro: Revista de Derecho*, No. 12 (2009).
- Cárdenas Zambonino, Álvaro. *Interpretación Constitucional. Mecanismos de sensibilización en la protección de derechos*. Quito: Cevallos editora jurídica, 2011.
- Comanducci, Paolo. “Formas de (Neo) Constitucionalismo: Un análisis metateórico”. En *Neoconstitucionalismo(s)*, editado por Miguel Carbonell. Madrid: Editorial Trotta y UNAM, 2009.
- Corte IDH, Opinión Consultiva OC-7/86. *Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta (Arts.14.1, 1.1, 2 de La Convención Americana sobre Derechos Humanos*. 29 de agosto de 1986.
- . Opinión Consultiva OC-24/17. *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*. 24 de noviembre de 2017.
- De Cabo de la Vega, Antonio. 1994. “Nota sobre el bloque de constitucionalidad”. *Revista Jueces para la democracia*, No. 24. dialnet.unirioja.es/servlet/fichero_articulo?codigo=2552692
- De la Torre Espinosa, Carlos. *De Velasco a Correa. Insurrecciones, populismos y elecciones en Ecuador, 1944-2013*. Quito: UASB, 2015.
- Diccionario de la lengua española, Real Academia Española, 22^a. Ed, 2 vol. Madrid: España, 2001.
- Escobar García, Claudia. *Transconstitucionalismo y diálogo jurídico*. Quito: Corte Constitucional del Ecuador para el período de transición y CEDEC, 2011.
- Favoreu, Louis. “El bloque de Constitucionalidad”. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales No. 5*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales (1990). [file:///C:/Users/Admin/Downloads/Dialnet-EIBloqueDeLaConstitucionalidad-1049150%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Admin/Downloads/Dialnet-EIBloqueDeLaConstitucionalidad-1049150%20(1).pdf)

- Feler, Alan Matías. 2015. “Soft law como herramienta de adecuación del derecho internacional a las nuevas coyunturas”. En *Lecciones y Ensayos*, Nro. 95. Accedido 03 de marzo. <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/95/soft-law-como-herramienta-de-adecuacion-del-derecho-internacional-a-las-nuevas-coyunturas.pdf>
- Fernández de Córdoba, Pedro. *Estudios de Derecho Comparado*. Cuenca: Pudeleco Editores, 1997.
- Ferrajoli, Luigi. “Pasado y futuro del Estado de Derecho”. En *Neoconstitucionalismo(s)*, editado por Miguel Carbonell. Madrid: Editorial Trotta y UNAM, 2009.
- Fuentes Contreras, Edgar. *Materialidad de la Constitución. La doctrina del Bloque de Constitucionalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional*. Bogotá: Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano y Grupo Editorial IBÁÑEZ 2010.
- García Figueroa, Alfonso. “La teoría del Derecho en tiempos del Constitucionalismo”. En *Neoconstitucionalismo(s)*, editado por Miguel Carbonell. Madrid: Editorial Trotta y UNAM, 2009.
- Góngora Mera, Manuel Eduardo. “La difusión del bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia latinoamericana y su potencial en la construcción del ius constitutionale commune latinoamericano”. En *Ius constitutionale commune en América Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos*, coordinadores: Héctor Fix Fierro, Armin von Bogdandy, Mariela Morales Antoniazzi. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2014. <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r31277.pdf> Consulta: 16 de marzo de 2017.
- . 2007. “El Bloque de Constitucionalidad en Argentina y su relevancia en la lucha contra la impunidad”. Centro de Derechos Humanos de Nuremberg. http://www.nmrz.de/wp-content/uploads/2009/11/Bloque_Constitucionalidad_Argentina_impunidad.pdf
- Gutiérrez Beltrán, Andrés. *El bloque de constitucionalidad. Conceptos y fundamentos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007.
- Guastini, Riccardo. “La constitucionalización del ordenamiento jurídico: El caso italiano”. En *Neoconstitucionalismo(s)*, editado por Miguel Carbonell. Madrid: Editorial Trotta y UNAM, 2009.

- Hoyos, Arturo. *La interpretación constitucional*. Bogotá: Grupo Editorial IBÁÑEZ, 2012.
- López Medina, Diego. “¿Por qué hablar de una “Teoría Impura del Derecho” para América Latina? En *Teoría del derecho y trasplantes jurídicos*, editado por Daniel Bonilla Maldonado. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad de los Andes- Instituto Pensar, 2009.
- . 2007. “La reinención del bloc de constitutionnalité”. 25 de septiembre. <http://diegolopezmedina.net/wp-content/uploads/2014/07/%C3%81mbito-235.pdf>
- . *El derecho de los jueces*. Bogotá: Legis Editores, 2006.
- Masapanta, Christian. “El juez garantista, un nuevo rol de los actores judiciales en el constitucionalismo ecuatoriano”. En *Debate Constitucional*, editado por Luis Fernando Torres. Quito: Editorial Jurídica Cevallos, 2010.
- Médici, Alejandro. 2010. “Teoría constitucional y giro decolonial: narrativas y simbolismos de las constituciones. Reflexiones a propósito de la experiencia de Bolivia y Ecuador”. En *Revista de Estudios Críticos otros logos*, Año I, Nro.1. Accedido 03 de marzo. <http://www.ceapedi.com.ar/otroslogos/Revistas/0001/Medici.pdf>
- Meza Hurtado, Artemio. “El denominado bloque de constitucionalidad como parámetro de interpretación constitucional, ¿Es necesario en el Perú?”. En *Revista Oficial del Poder Judicial*, No. 8 y 9, (2012-2013).
- Montaña Pinto, Juan y Pazmiño, Patricio. “Algunas consideraciones acerca del nuevo modelo constitucional ecuatoriano”. En *Apuntes de derechos procesal constitucional*, editado por Juan Montaña Pinto. Quito: Centro de estudios y difusión de derecho constitucional, 2012.
- Montaña Pinto, Juan. “El sistema de fuentes del derecho en el nuevo constitucionalismo latinoamericano”. En *Apuntes de derechos procesal constitucional*, editado por Juan Montaña Pinto. Quito: Centro de estudios y difusión de derecho constitucional, 2012.
- . *Teoría utópica de las fuentes del derecho ecuatoriano*. Quito: Corte Constitucional del Ecuador y Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2012.
- Nino, Carlos Santiago. *Introducción al Análisis del Derecho*. Barcelona: editorial Ariel, 2013.
- Nogueira Alcalá, Humberto. 2007. “El bloque constitucional de derechos: La confluencia del derecho internacional y del derecho constitucional en el aseguramiento y garantía de

- los derechos fundamentales en América Latina.” Ponencia presentada en las Trigésimo Séptimas Jornadas Chilenas de Derecho Público. Fuentes del Derecho Público. Valparaíso, 8 y 9 de noviembre. [http://www.jornadasderechopublico.ucv.cl/ponencias/El%20bloque%20constitucion al%20de%20derechos.pdf](http://www.jornadasderechopublico.ucv.cl/ponencias/El%20bloque%20constitucion%20de%20derechos.pdf)
- ONU, Observación General “No discriminación” *Comité De Derechos Humano*. 10 de noviembre de 1989, núm. 18. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1404.pdf>
- Ospina Mejía, Laura. “Breve aproximación al ‘Bloque de Constitucionalidad’ en Francia”, Elementos de Juicio. *Revista de Temas Constitucionales*, No. 2. México, 2006. <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/elementos-de-juicio/article/view/10252/9336>
- Pásara, Luis. *El Uso de los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos en la Administración de Justicia*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del Ecuador, Serie Justicia y Derechos Humanos, 2012.
- Prieto Sanchís, Luis. “El Constitucionalismo de los Derechos”. En *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, editado por Miguel Carbonell. Madrid: Editorial Trotta y UNAM, 2007.
- . “Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial”. En *Neoconstitucionalismo(s)*, editado por Miguel Carbonell. Madrid: Editorial Trotta y UNAM, 2009.
- Pinto, Mónica. “El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”. Accedido: 16 de septiembre de 2017. <http://www.corteidh.or.cr/tablas/20185.pdf>
- Requejo Rodríguez, Paloma. *Bloque Constitucional y Bloque de la Constitucionalidad*. Oviedo: Servicio de Publicaciones, Universidad de Oviedo, 1997.
- Riofrío Martínez- Villalba, Juan Carlos. "El bloque de constitucionalidad pergeñado por el Tribunal Constitucional". En *Foro: Revista de derecho*, No. 16 II Semestre, 2006.
- Rubio Llorente, Francisco. 1989. “El Bloque de Constitucionalidad”. *Revista Española de Derecho Constitucional, Año 9, No. 27*. file:///C:/Users/Admin/Downloads/Dialnet-ElBloqueDeConstitucionalidad-79403.pdf

- . *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012.
- Steiner, Christian y Uribe, Patricia. *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*. Berlín: Konrad-Adenauer-Stiftung e. V y Plural editores, 2014.
- Uprimny, Rodrigo. 2005. “Bloque de Constitucionalidad, Derechos Humanos y Nuevo Procedimiento Penal”. En *Revista Djusticia*. http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.47.pdf
- . “Bloque de constitucionalidad, derechos humanos y nuevo procedimiento penal”. En *Reflexiones sobre el Nuevo Sistema Procesal Penal. Los grandes desafíos del Juez Penal Colombiano*. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa y Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2005.
- . *El bloque de constitucionalidad en Colombia. Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal*. Bogotá: Universidad Nacional-ENS Colombia, 2005.
- Vedel, Georges. “La place de la Déclaration de 1789 dans le bloc de constitutionnalité”. En *la Déclaration des droits de l’homme et du citoyen et la jurisprudence*. Francia: PUF, 1989.
- Zagrebelsky, Gustavo. *El derecho dúctil*. Madrid: Editorial Trotta, 2009.

Sentencias y fuentes jurisprudenciales

- Argentina, Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Fallo”. Causa No. 17.768, S.1767. XXXVIII *Fallo Simón, Julio Héctor y otros*. 14 de julio de 2005, <http://www.dipublico.org/3799/simon-julio-hector-y-otros/>
- , Corte Suprema de Justicia de la Nación. “Fallo”. *Caso Bazterrica, Gustavo Mario s/tenencia de estupefacientes*. 29 de agosto de 1986. <http://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-gustavo-mario-bazterrica-tenencia-estupefacientes-fa86000507-1986-08-29/123456789-705-0006-8ots-eupmocsollaf>
- , Corte Suprema de Justicia de la Nación. “Fallo”. *Caso Montalvo, Ernesto Alfredo*. s/n *INF. LEY 20.771*. 11 de diciembre de 1990,

- <http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoSumario.html?idDocumentoSumario=2540>
- , Corte Suprema de Justicia de la Nación. “Fallo”. N° 315: 1492. *Caso Ekmekdjian Miguel Ángel c/ Sofovich Gerardo*. 7 de julio de 1992, http://perio.unlp.edu.ar/sites/default/files/ekmekdjian_sofovich.pdf
- , Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Fallo.” En causa No. 9080, *caso Arriola, Sebastián y otros s/ Recurso de Hecho*. 25 de agosto de 2009. <http://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-arriola-sebastian-otros-recurso-hecho-causa-9080-fa09000059-2009-08-25/123456789-950-0009-0ots-eupmocsollaf>
- Chile. Corte Suprema de Justicia. “Sentencia”. Rol No. 3125-04. 13 de marzo de 2007. <http://132.248.9.34/hevila/Estudiosconstitucionales/2007/vol5/no1/19.pdf>
- Colombia. Corte Constitucional de Colombia. “Sentencia”. En causa C-225/95. 18 de mayo de 1995.
- . Corte Constitucional de Colombia. “Sentencia”. No. C-191/98, de 6 de mayo de 1998.
- . Corte Constitucional de Colombia. “Sentencia”. No. C-488/93, de 28 de octubre de 1993.
- Corte IDH, “Sentencia de 24 de febrero del 2012 (Fondo, reparaciones y costas)”. *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf
- , “Sentencia de 14 de marzo de 2001 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”. *Caso Barrios Altos vs. Perú*. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_75_esp.pdf
- Ecuador, Corte Constitucional del Ecuador para el periodo de transición. “Dictamen No. 009-09-DTI-CC”. Caso No. 0007-09-TI, 13 de agosto de 2009.
- , Corte Constitucional para el Período de Transición, “Acción de incumplimiento de sentencia”. No. 0001- 09-SIS-CC, Caso No. 0003-08-IS, 19 de mayo de 2009.
- , Corte Constitucional. “Sentencia No. 002-18-SIN-CC”. Casos No. 0035-15-IN, 0029-15-IN, 0032-15-IN, 0034-15-IN, 0095-15-IN y 0030-15-IN y acumulados.

- , Corte Constitucional. “Sentencia No. 004-14-SCN-CC”. Caso No. 0072-14-CN, 6 de agosto de 2014.
- , Corte Constitucional. “Sentencia Nro. 017-14-SEP-CC”. Caso Nro. 0401-13-EP, 22 de enero de 2014.
- , Corte Constitucional. “Sentencia Nro. 184-18-SEP-CC”. Caso Nro. 1692-12-EP, 29 de mayo de 2018.
- , Corte Constitucional. “Sentencia Nro. 309-16-SEP-CC”. Caso Nro. 1927-11-EP, 21 de septiembre de 2016.
- , Tribunal Constitucional. “*Declaratoria de inconstitucionalidad del artículo 225 inciso 2 del Código de Procedimiento Penal.*” Caso 001-2004-DI, 8 de junio de 2004. Registro Oficial No. 374, de 9 de julio de 2004.
- , Tribunal Constitucional. “Declaratoria de inconstitucionalidad de los artículos 88 y 108, de la Ley de Servicio Militar Obligatorio”. Caso No. 0035-2006-DI, 17 de abril de 2007. Suplemento Registro Oficial No. 114, de 27 de junio de 2007.
- , Tribunal Constitucional. “Resolución No. 0002-2005-DI”. *Declaratoria de inconstitucionalidad de los artículos 10, 11, 12, 14, 15, 16, 17, 28, 34, de la reformativa al Código de Procedimiento Penal*”, 26 de septiembre de 2006.
- España. Tribunal Constitucional. “Sobre el derecho de huelga”, en *Boletín Oficial del Estado*, 99, 25 de abril de 1981. http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.47.pdf
- Perú, Tribunal Constitucional “Sentencia”. Expediente. No. 007-2002-AI/TC, de 27 de agosto de 2003, <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00007-2002-AI.html>
- , Tribunal Constitucional. “Sentencia”. Expediente No. 0046-2004-PI/TC, de 15 de febrero de 2005, <http://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00046-2004-AI.html>
- , Tribunal Constitucional. “Sentencia”. Expediente. No. 1049-2003-AA/TC, de 30 de enero de 2004, < <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/01049-2003-AA.html> >.
- , Tribunal Constitucional. Expediente No. 0041-2004-AI/TC, de 11 de noviembre de 2004, <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00041-2004-AI.html>

Fuentes Normativas

Argentina, *Constitución de la Nación*. Suplemento Boletín Oficial de la República Argentina No. 27.959, 23 de agosto de 1994.

Colombia, *Constitución Política de la República*. Gaceta Constitucional número 114 del jueves 4 de julio de 1991.

Convención Americana sobre Derechos Humanos 1969. Ratificada por Ecuador mediante Acuerdo Ministerial 202 R.O. 801 de 06 de Agosto de 1984

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 23 de mayo de 1969, entró en vigor 27 de enero de 1980. Ratificada por Ecuador RO, No. 134, de 28 de Julio del 2003.

Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador* [1830]. RO s/n, 23 de septiembre de 1830.

Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador* 1978, [codificada en 1997]. RO, No. 2, de 13 de febrero de 1997.

Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador* [1998]. RO, No. 1, de 11 de agosto de 1998.

Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador* [2008]. RO, No. 449, 20 de octubre de 2008.

España, *Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*. *Boletín Oficial del Estado*, No.239, 5 de octubre de 1979.

Panamá, *Constitución Política de la República*. *Gaceta Oficial*, No. 25176, 15 de noviembre de 2004.

Perú, *Código Procesal Constitucional -Ley No. 28237-*, Diario Oficial El Peruano s/n 2004.

———, *Constitución Política*. Diario Oficial El Peruano s/n, 29 de diciembre de 1993.

———, *Ley Orgánica del Tribunal Constitucional –Ley No. 28301-*, Diario Oficial El Peruano s/n 2004.