

# Umbrales

Revista de Derecho Constitucional

N.º 1, ene.-jun.2011

ISSN: 1390-6615

## Debate & Reflexión

- Teoría y práctica de la interpretación constitucional

## Jurisprudencia

- Extensiones tributarias: un derecho constitucional de las personas con discapacidad

## Reseñas

- Descifrando caminos. Del activismo social a la justicia constitucional
- Refundación del Estado en América Latina
- El derecho de los jueces



# umbral

Revista de Derecho Constitucional

ISSN: 1390-6615

N.º 1, ene.-jun.2011

Quito - Ecuador



---

Umbral: revista de derecho constitucional / Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional  
n.º 1- . Quito: CEDEC, 2011- .

ISSN: 1390-6615

1. Derecho constitucional. 2. Interpretación constitucional. 3. Derecho constitucional comparado. I.  
Montaña Pinto, Juan, dir. II. Título.

CDD: 342 CDU: 342 LC: K3154.C46 2011

*Catalogación en la fuente: Biblioteca Corte Constitucional*

## **Corte Constitucional para el Período de Transición**

### **Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC)**

Patricio Pazmiño Freire  
*Presidente de la Corte Constitucional  
para el Período de Transición*

Juan Montaña Pinto  
*Director Ejecutivo del CEDEC*

Dunia Martínez Molina  
*Coordinadora de Publicaciones del CEDEC*

Miguel Romero Flores  
*Corrector de Estilo*

Juan Francisco Salazar  
*Diseño de Portadas*

Corte Constitucional  
Av. 12 de Octubre N16-114  
y Pasaje Nicolás Jiménez. 2º piso.  
Tels.: (593-2) 2565-177 / 2565-170  
[www.corteconstitucional.gob.ec](http://www.corteconstitucional.gob.ec)

Diagramación e impresión  
*RisperGraf C.A.*  
Quito: Murgeón Oe2-25 y Jorge Juan

©Umbral n.º 1, ene.-jun.2011

---

*Todos los derechos reservados. Esta obra no expresa ni compromete el criterio de los jueces de la Corte Constitucional. Se autoriza su reproducción siempre que se cite la fuente.*

---

*Umbra*, revista de derecho constitucional, es una publicación semestral del Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, creada con el propósito de difundir y generar debate y reflexión sobre teoría jurídica, derecho constitucional ecuatoriano y comparado, derechos humanos e historia del derecho constitucional. Está dirigida a los actores jurídicos, abogados, investigadores, estudiantes y toda persona interesada en temas que contribuyan a la formación de una nueva cultura jurídica constitucional ecuatoriana.

Envío de artículos, información, solicitud de canje, así como suscripciones, pedidos y distribución: publicaciones@cce.gob.ec

---

**DIRECTOR DE UMBRAL**

Juan Montaña Pinto

**COMITÉ EDITORIAL NACIONAL**

Pablo Alarcón Peña

*Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador*

Carlos Castro Riera

*Universidad de Cuenca*

Gina Chávez Vallejo

*Instituto de Altos Estudios Nacionales*

Xavier Garaicoa

*Universidad Estatal de Guayaquil*

Juan Francisco Guerrero

*Pontificia Universidad Católica del Ecuador*

Agustín Grijalva Jiménez

*Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador*

Dunia Martínez Molina

*Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador*

Christian Masapanta Gallegos

*Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Sede Ibarra*

Juan Montaña Pinto

*Universidad Central del Ecuador*

*Universidad de Especialidades Espíritu Santo*

Angélica Porras

*Universidad de Especialidades Espíritu Santo*

Julio César Trujillo

*Pontificia Universidad Católica del Ecuador*

Xavier Zavala Egas

*Universidad de Especialidades Espíritu Santo*

---

---

**COMITÉ EDITORIAL INTERNACIONAL**

Víctor Abramovich  
*Universidad de Buenos Aires*

Antonio de Cabo de la Vega  
*Universidad Complutense de Madrid*

Bartolomé Clavero  
*Universidad de Sevilla*

Oscar Correas  
*Universidad Nacional Autónoma de México*

Roberto Gargarella  
*Universidad de Buenos Aires*

César Landa Arroyo  
*Pontificia Universidad Católica del Perú*

Diego López Medina  
*Universidad Nacional de Colombia*

Gerardo Pisarello  
*Universidad de Barcelona*

Esther Sánchez Botero  
*Universidad de Los Andes*

Humberto Sierra Porto  
*Universidad Externado de Colombia*

Claudia Storini  
*Universidad Pública de Navarra*

Eugenio Zaffaroni  
*Universidad de Buenos Aires*

Francisco Zúñiga Urbina  
*Universidad de Chile*

---

---

# umbral

Revista de Derecho Constitucional  
Corte Constitucional del Ecuador para el Período de Transición  
Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional  
N.º 1, ene.-jun.2011

---

## Índice

Presentación .....	7
<i>Patricio Pazmiño Freire</i>	
Editorial .....	9
<i>Juan Montaña Pinto</i>	
<b>Debate &amp; Reflexión</b>	
<b>Teoría y práctica de la interpretación constitucional</b>	
- La jurisprudencia como fuente del derecho. Visión histórica y comparada .....	21
<i>Diego López Medina</i>	
- Interpretación de la Constitución boliviana. Voluntad del constituyente vs. jurisprudencia interamericana .....	55
<i>Gustavo Medinaceli Rojas</i>	
- Jurisprudencia y precedente constitucional .....	67
<i>Patricio Herrera Betancourt</i>	
- Los métodos de interpretación constitucional. Mecanismos de transformación del derecho .....	83
<i>Daniel Fernando Uribe Terán</i>	
- Comentarios a la sentencia de la Ley de Minería .....	99
<i>Alexei Julio Estrada</i>	
- El territorio indígena en la jurisprudencia constitucional ecuatoriana .....	115
<i>Juan Montaña Pinto</i>	
- El control de constitucionalidad de los tratados internacionales .....	125
<i>Sebastián González Andrade</i>	

---

- La seguridad social en la justicia constitucional ecuatoriana .....	139
<i>Christian Masapanta Gallegos</i>	
- Influencia de las sentencias constitucionales en la cultura jurídica ecuatoriana .....	155
<i>Jhoel Escudero S.</i>	

### **Jurisprudencia**

Exenciones tributarias: un derecho constitucional de las personas con discapacidad .....	171
<i>Pablo Alarcón Peña</i>	

### **Reseñas**

Patricio Pazmiño <i>Descifrando caminos. Del activismo social a la justicia constitucional</i> .....	189
<i>Por Pamela Aguirre</i>	

Boaventura de Sousa Santos <i>Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del Sur</i> .....	193
<i>Por Danilo Caicedo Tapia</i>	

Diego López Medina <i>El derecho de los jueces</i> .....	199
<i>Por Johanna Romero Larco</i>	

<b>Colaboradores</b>	203
<b>Política editorial y normas de publicación</b>	207

# Presentación

Patricio Pazmiño Freire

---

Revista *Umbral* nace de la necesidad sostenida en el medio académico ecuatoriano de reflexionar sobre las particularidades del derecho constitucional de manera seria, técnica, con calidad y excelencia, enfoque que representa un gran desafío a la entidad que la publica: Corte Constitucional para el Período de Transición.

Para lograr los objetivos trazados el rigor académico, la perspectiva crítica y el respeto a la pluralidad del pensamiento, es la apuesta que nos permitirá construir de manera inclusiva una mejor solución a los problemas y retos que el cambio de paradigma constitucional exige.

*Umbral* es la primera revista especializada sobre Derecho Constitucional que se publica en nuestro país. Está organizada editorialmente con secciones que reconocen la importancia del estudio crítico-constructivo. Así, en base a un tema central, la sección *Debate & Reflexión* incorpora análisis teóri-

cos de temas de relevancia actual, mientras que la sección *Jurisprudencia* se acerca a la práctica jurídica y a los avances en la aplicación de la Constitución. Finalmente, las recensiones de libros publicados buscan resaltar análisis jurídicos destacados en el medio nacional e internacional.

Los aportes de este número son fundamentales para promover un cambio en la cultura constitucional y demuestran los primeros pasos en la consolidación de una jurisprudencia constitucional ecuatoriana. La juventud, capacidad y compromiso de los articulistas se demuestra en cada propuesta teórica presentada, mientras que el generoso aporte de los autores internacionales ilustra nuestra comprensión comparada, vía idónea para avanzar con una perspectiva más integral de los más recientes avances en la protección de derechos.

*Umbral* es parte de un plan integral de publicaciones concebido por el Centro de



---

Estudios y Difusión Constitucional de la Corte Constitucional que incluye diversas series y materiales de capacitación y divulgación ciudadana.

Esta apuesta a la divulgación del conocimiento jurídico demuestra con claridad el compromiso de la Corte Constitucional con la militancia académica, corazón del cambio y el empoderamiento ciudadano exigido por la ideología jurídica que propende la Constitución de 2008.

En nuestro país, no todas las instituciones públicas tienen esta vocación de generar doctrina y debate, con planificación y proyección transformadora, con objetivos claros y con total convicción de su importancia. Por eso, es motivo de orgullo para quienes trabajamos en la Corte Constitucional el poner al alcance ciudadano publicaciones como la revista *Umbral*.

En ese contexto, esta presentación es también una invitación a todos los estudiosos del derecho constitucional a escala nacional e internacional para que hagan de *Umbral* un lugar de encuentro y meditación. Así mismo, que nos envíen sus artículos y trabajos académicos para publicarlos.

Es nuestra esperanza de que este *Umbral* se constituya en un escalón importante para el desarrollo del penetrante y transformador derecho constitucional. Solo así con el poder del conocimiento, los derechos y garantías podrán llegar a quienes realmente están destinados.

*Patricio Pazmiño Freire*

Presidente de la Corte Constitucional  
para el Período de Transición

# Editorial

Juan Montaña Pinto\*

Más allá de cualquier consideración política, jurídica o mediática sobre el proceso constituyente, y de nuestra posición personal de apoyo o desaprobación a la Constitución resultante, es evidente que en el pensamiento de los *asambleístas constituyentes*, a la Corte Constitucional le corresponde jugar un papel central en la estructura y funcionamiento de la nueva democracia constitucional ecuatoriana.

En efecto, desde la promulgación de nuestra Carta fundamental, además de resolver los casos sometidos a su conocimiento en virtud de sus competencias jurisdiccionales,<sup>1</sup> es tarea primordial y urgentísima de la Corte Constitucional promover el cambio en la cultura jurídica e incentivar el debate sobre el nuevo rol del juez creador e intérprete autorizado del derecho, y los métodos y reglas que se deben implementar para reali-

zar adecuadamente la función que manda la Constitución.

Frente a esta labor de promoción y divulgación de la ideología jurídica que sostiene la Constitución de 2008, la presidencia del doctor Patricio Pazmiño Freire y el Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, entre otras iniciativas pedagógicas y de investigación, consideran necesario fundar un medio de difusión y discusión crítica de lo que simboliza y significará en el futuro el nuevo constitucionalismo ecuatoriano que se construye a partir de la aplicación e interpretación de los enunciados constitucionales, para lo cual piensa que una de las opciones más adecuadas es justamente la creación de una revista jurídica, que sirva de plataforma y órgano de difusión de los planteamientos teóricos y las prácticas que están detrás de las decisiones jurisdiccionales;

9

\* Abogado y especialista en derecho público, Universidad de Externado de Colombia; especialista en derecho constitucional y ciencia política, Centro de Estudios Constitucionales de Madrid; diplomado de estudios avanzados en derechos fundamentales, Universidad Autónoma de Madrid; máster en historia del derecho, Universidad Messina; doctor en derecho constitucional, Universidad de Alicante. Actualmente, director ejecutivo del Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional. Correo electrónico: [biofilopanclasta1971@gmail.com](mailto:biofilopanclasta1971@gmail.com)

1 Resumiendo y sistematizando las atribuciones de la Corte Constitucional establecidas esencialmente en el artículo 436 de la Constitución, a este organismo le corresponde garantizar en última instancia tanto la supremacía del texto constitucional frente al resto del ordenamiento jurídico, como garantizar la eficacia real de los derechos constitucionales de las personas y de la naturaleza.

pero además con la publicación de esta revista el Centro de Estudios pretende que se discuta la imagen y se proyecten críticamente las potencialidades y los problemas teóricos y prácticos de la nueva justicia constitucional que se quiere institucionalizar en el país.

En relación con la justicia constitucional, la Constitución de 2008 tradujo y convirtió en norma jurídica uno de los anhelos sociales más claros del pueblo ecuatoriano: la búsqueda de una justicia renovada y fortalecida, pluralista, libre, independiente, y autónoma; y como tal, dirigida esencialmente a la resolución concreta de los problemas cotidianos de las personas. En el caso de la justicia constitucional este imperativo ciudadano se traduce en la existencia de una Corte y unos jueces constitucionales, cuya principal misión es garantizar la supremacía de la Constitución y proteger los derechos de la naturaleza y de todas las personas que viven en Ecuador.

Tomada la decisión de fundar una revista jurídica, y clarificados sus propósitos académicos e institucionales, era necesario escoger el nombre de la publicación. Después de algunos debates, se concluyó que la expresión más feliz y que mejor encajaba con los propósitos del nuevo proyecto editorial de la Corte Constitucional y del Centro de Estudios era la palabra *Umbral*, pues a juicio de quienes hemos hecho parte del proyecto tal palabra resume la misión y los objetivos básicos de la nueva publicación.

Obviamente esta aseveración tan tajante requiere una explicación. ¿Qué tiene que ver un *umbral*, que según una acepción del diccionario de la Real Academia Española es “paso primero y principal o entrada de cualquier cosa”, con las necesidades de divulgación de un proyecto jurídico institucional?

La palabra sánscrita *antevasin* significa “persona que vive al límite”. Los practicantes

del yoga y de las distintas técnicas de meditación trascendental de origen budista, en muchos casos se autodefinen como *antevasin*. Esta caracterización tiene su origen en la descripción literal de un cuento hindú referente a un cierto personaje que en un momento de su vida había abandonado su mundo cotidiano y después de un viaje largo y peligroso terminó viviendo en el límite de una profunda selva, en cuyo interior solo podían vivir los dioses y los maestros espirituales que alcanzaron la iluminación. El *antevasin* del cuento no era ya un simple aldeano pues abandonó su casa y sus posesiones materiales, pero tampoco había recorrido el camino suficiente dentro de la filosofía hinduista para ser considerado un buda o un iluminado, y por tanto no podía vivir más allá de las fronteras de la Manigua. Era una persona que vivía en el medio, en la frontera, y como tal se comportaba. Conocía el mundo exterior, porque había vivido en él, pero también veía y podía adentrarse más allá de los linderos del bosque. Era el guardia que cuidaba el paso entre los dos mundos.

Si traducimos al castellano la palabra *antevasin* y la objetivamos, podríamos representarla como aquel camino que permite el tránsito entre la oscuridad y la luz, o como el umbral entre la ignorancia y el conocimiento. Si a su vez aplicamos este concepto al constitucionalismo ecuatoriano contemporáneo, tendríamos que, pasados apenas dos años y medio de vigencia de la Constitución, la ideología, la teoría y la praxis jurídica de nuestro país apenas ha iniciado el largo y tortuoso camino hacia la *iluminación*, que en nuestro caso, no es otra cosa que la realización plena de todos los valores, principios y reglas definidos en la Carta fundamental vigente.

En ese sentido, nuestra revista pretende ser aquel umbral que permite el paso entre el tradicional y viejo constitucionalismo

10



ecuatoriano<sup>2</sup> hacia el nuevo constitucionalismo,<sup>3</sup> que intenta prender en nuestro país de la mano de la Constitución.

Desde el punto de vista estructural la revista se organiza sobre tres pilares: una primera parte, denominada *Debate & Reflexión* en la que se desarrollará monográficamente el tema central escogido para cada número; una segunda parte dedicada al análisis de la *jurisprudencia* tanto de la Corte Constitucional ecuatoriana,<sup>4</sup> como de fallos y sentencias de otros tribunales que tengan influencia y relevancia para el desarrollo de la teoría jurídica; y una última sección titulada *Reseñas* en la que se recogen comentarios cortos de libros y artículos académicos que a juicio de los editores de la revista tienen actualidad o son importantes para el desarrollo de la teoría del derecho y del derecho constitucional ecuatorianos.

En lo que atañe al tema central de este primer número, organizado en la sección *Debate & Reflexión*, los editores de la revista hemos considerado primordial comenzar esta aventura editorial haciendo un análisis crítico de la teoría y práctica de la interpretación producida en la Corte Constitucional durante el período de transición. La razón de esta determinación es clara: aparte de que la interpretación es la cuestión central de los debates de la teoría jurídica y del derecho constitucional contemporáneos; en el caso concreto de nuestro país una de las tareas

más complejas a las que se ha enfrentado la nueva justicia ecuatoriana en esta materia ha sido justamente convencer a los jueces nacionales del rol central que cumplen en el contexto del Estado constitucional de derechos;<sup>5</sup> así como de la urgencia de transformar el ejercicio cotidiano de impartir justicia sobre la base de una nueva hermenéutica totalmente distinta, centrada en los contenidos constitucionales, tal como lo proclamara hace más de 200 años el juez Marshall, padre del control constitucional, según el cual no es lo mismo interpretar el texto constitucional que cualquier otra norma jurídica, siendo necesario plantear desde la teoría crítica elementos que permitan hacer esta labor de una manera más adecuada.

Es obvio que la misión más importante de una publicación jurídica especializada en temas constitucionales como la revista *Umbral*, es la de establecer un espacio crítico que permita discutir los temas jurídicos de mayor interés con el más alto nivel académico posible; en este caso queremos abordar el problema de la interpretación constitucional en el contexto ecuatoriano.

Sobre la cuestión general de la hermenéutica constitucional, en los últimos años se han escrito infinidad de libros y artículos especializados, por lo que abordar esta temática entraña un cierto riesgo de repetición e intrascendencia. Por eso, fue menester discutir y determinar cuál era el tono y el enfoque adecuado

2 Aquel emanado de la mala traducción del positivismo europeo en América Latina.

3 Como bien dice Boaventura de Sousa Santos, este nuevo constitucionalismo regional latinoamericano es una iniciativa jurídica y política experimental sustentada en el pluralismo ideológico y cultural; en el reposicionamiento del papel del juez en la arquitectura del poder y en el nuevo rol de los derechos humanos como valores que guían el trabajo jurídico. Véase Sousa Santos, Boaventura de. *Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del Sur*. Quito, Ediciones Abya-Yala, 2010.

4 Con particular énfasis en el examen de las sentencias sobre garantías de los derechos que constituyen jurisprudencia vinculante.

5 Desafortunadamente, los jueces ecuatorianos no han podido desprenderse aún de las formas tradicionales de aplicación del derecho basadas en el formalismo y en el literalismo, donde la letra de la ley es un dogma indiscutido y donde el juez es un mero autómatas. En términos generales en la cultura jurídica ecuatoriana no se entiende el papel de un juez garantista y comprometido con la eficacia real de la Constitución y de los derechos.



para darle a este primer número de la revista un talante diferente que constituya un aporte en algún grado novedoso a los jueces y operadores jurídicos en la resolución de los casos que están bajo su conocimiento. En ese contexto, se pensó en la realización de un examen estructural del ejercicio hermenéutico de la Corte tomando como objeto de análisis las primeras —y en algunos casos las más relevantes— sentencias expedidas por la Corte Constitucional para el Período de Transición en el primer año de su trabajo, es decir, entre octubre de 2008 y diciembre de 2009.

Las sentencias que fundamentan el análisis realizado en los artículos de este número de *Umbral*, se incluyen en el CD adjunto que contiene además el texto completo de la revista.

Específicamente el lector encontrará análisis de las sentencias, así como los métodos utilizados por los jueces constitucionales durante este difícil y complejo proceso de cambio institucional, poniendo especial atención en el impacto del nuevo modelo constitucional garantista en el *iter* de la primera jurisprudencia constitucional ecuatoriana, entendido el término jurisprudencia en su acepción fuerte.

La primera versión de la sección *Debate & Reflexión* comienza con una suerte de *marco teórico*, compuesto a tres bandas. En primer lugar aparece un artículo de *Diego López* sobre el valor de la jurisprudencia como fuente del derecho en el contexto de América Latina. En este artículo el conocido profesor colombiano marca la cancha, desde la perspectiva histórica y comparada, de lo que a su juicio debe ser el entendimiento de la jurisprudencia como fuente directa del derecho en los ordenamientos constitucionales latinoamericanos contemporáneos, nociones que en el contexto ecuatoriano son particular-

mente relevantes por la fuerza que el constituyente quiso darles a los jueces dentro de la estructura del Estado.

Seguidamente, *Gustavo Medinaceli* propone que, a pesar de que la Constitución boliviana de 2009 establece dos criterios interpretativos para el Tribunal Constitucional Plurinacional (la voluntad del constituyente y la jurisprudencia Interamericana de Derechos Humanos), hay fuertes razones teóricas para aplicar preferentemente la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

A continuación se publica un artículo de *Patricio Herrera*, juez de la Corte, quien intenta esclarecer teóricamente la tradicional distinción doctrinaria entre jurisprudencia y precedente constitucional, a partir del examen de la novedosa atribución de expedir jurisprudencia vinculante que tiene la Corte Constitucional ecuatoriana según lo establecido en el artículo 436 de la Constitución, lo cual resulta un interesante ejercicio de reflexión sobre el deber ser y las potencialidades de la justicia constitucional en Ecuador.

Como corolario de esta parte introductoria se pone a consideración del lector un artículo de *Daniel Uribe Terán*<sup>6</sup> en el cual el autor plantea una sugestiva relación entre la utilización de los métodos de interpretación de la Constitución por parte de jueces y operadores jurídicos y el carácter emancipatorio y transformador que ha asumido el derecho y particularmente la jurisprudencia en el contexto de las democracias constitucionales que han tomado como guía y faro el nuevo constitucionalismo latinoamericano.

Los siguientes cinco artículos constituyen propiamente el núcleo duro de la propuesta de este primer número de *Umbral*. Se trata del análisis interno de los primeros fallos de la Corte Constitucional para el Período de Transición, realizados por funcionarios y

6 Asesor de la Corte Constitucional.

exfuncionarios del organismo que vivieron ese primer momento de la transición. En ellos se examina, desde distintas perspectivas metodológicas,<sup>7</sup> el primer intento de la Corte Constitucional para la transición de utilizar los métodos de interpretación constitucional que recoge la Carta fundamental; y finalmente, los escritos recogidos en el primer número de *Umbral* analizan sentencias que en su momento fueron relevantes ya sea porque constituyen un ensayo inicial de desarrollo teórico de la Constitución desde el punto de vista jurisprudencial, fueron un hito en la protección de alguno de los derechos constitucionales, o fueron importantes para el desarrollo institucional del nuevo Estado ecuatoriano.

Los dos primeros artículos de esta parte central de la revista tienen como protagonistas el tratamiento jurisprudencial que la Corte Constitucional para el Período de Transición ha dado a los derechos de los pueblos indígenas, particularmente a dos de ellos que constituyen el eje de las reivindicaciones políticas y jurídicas de los pueblos y nacionalidades indígenas: el derecho a la consulta y el derecho al territorio.

En el primer artículo, el magistrado auxiliar de la Corte Constitucional colombiana *Alexei Julio Estrada* analiza desde la lógica del derecho comparado y del derecho internacional, y particularmente desde la óptica de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la sentencia de la Corte Constitucional ecuatoriana que revisó la constitucionalidad de la sentencia acerca de la Ley de Minería y que determinó el alcance del derecho a la consulta prelegislativa.

Más allá del debate político y jurídico suscitado con ocasión de la expedición de la

sentencia, el autor resalta en su ensayo la importancia de la sentencia en cuanto que precisa el carácter sustancial de la consulta prelegislativa, y destaca la decisión jurídica concreta de la Corte ecuatoriana de sustraer a las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas del ámbito de aplicación de la ley, a efectos de proteger sus derechos colectivos y especialmente su derecho al territorio. Así mismo, el autor hace un interesante y estrecho vínculo entre la decisión de la Corte Constitucional ecuatoriana y las regulaciones que hacen parte del *soft law* y que regulan el derecho a la consulta previa. Esta vinculación es importante precisamente porque nos recuerda que el constituyente de Montecristi le dio pleno valor jurídico y aplicación directa a todos los instrumentos internacionales de Derechos Humanos, sin importar si están o no suscritos y ratificados por el Ecuador.

El siguiente artículo, este de mi autoría, aborda nuevamente la cuestión de la protección judicial del derecho colectivo al territorio indígena del pueblo Huaorani. En este texto intento mostrar la potencialidad de la interpretación constitucional en el contexto de la nueva Constitución. Para ello tomo como referencia un caso importante decidido por el antiguo Tribunal Constitucional, donde, a pesar de las limitaciones formales derivadas de la estructura institucional anterior a la Constitución de 2008, una interpretación favorable a los derechos, permite superar estos límites y resolver un caso que pudo llegar a ser nefasto para el futuro de los derechos de los pueblos indígenas.

El caso era interesante, porque la decisión del juez de primera instancia mostraba nítidamente la clásica forma de abordar los problemas constitucionales por parte de los jueces

7 Aún así, en la mayoría de los casos los estudios jurisprudenciales que aparecen en esta parte de la revista se han hecho desde la perspectiva teórica y bajo los postulados del neoconstitucionalismo, pero también hay aportes desde lo que se conoce como nuevo constitucionalismo latinoamericano.



ecuatorianos, que en general, y particularmente en vigencia de la anterior Constitución, nunca se preguntaron cuál era el papel del juez frente a la defensa de los derechos y terminaron refugiándose en una interpretación administrativa formalista de las garantías, y luego por las posibilidades que tenía un Tribunal Constitucional de enmendar errores y garantizar la seguridad jurídica, si es que se tomaba en serio su papel como ordenador y unificador del derecho.

En el caso concreto, el anterior Tribunal Constitucional, no solo demostró el grave error del juez de primera instancia en la aplicación concreta del derecho vigente, sino que además definió, tal vez por primera vez en el Ecuador, el alcance, contenido y los límites del derecho colectivo al territorio.

Ahora bien, más allá del caso, el artículo demuestra cómo, si bien es cierto que existen pronunciadas diferencias entre la forma de interpretar una norma cualquiera y la Constitución, de lo que se desprende que existen métodos hermenéuticos propios para cada caso; en ciertas circunstancias, cuando el juez constitucional tiene una visión teleológica o finalista del derecho, la carencia de herramientas hermenéuticas especiales no impide hacer una aplicación del derecho conforme a la Constitución, y en ese sentido los métodos tradicionales de interpretación de la ley, como por ejemplo la subsunción, pueden servir para resolver graves conflictos constitucionales, si es que los operadores jurídicos están conscientes del carácter instrumental de las formas y de la naturaleza teleológica del derecho.

Los siguientes dos artículos incluidos en la revista intentan mostrar cuál es el escenario argumental de la Corte de transición respecto a la valoración constitucional de los tratados internacionales en el contexto del nuevo ordenamiento jurídico ecuatoriano.

Para ello se utilizan dos casos el dictamen de constitucionalidad del *Estatuto migratorio ecuatoriano-peruano*, y el dictamen respecto del *Convenio Iberoamericano de Seguridad Social*.

En el primer artículo realizado por *Sebastián González Andrade*, además de examinar los métodos de interpretación utilizados por la Corte en materia de tratados internacionales, se analizan los elementos y la potencialidad del principio de proporcionalidad en el contexto constitucional ecuatoriano. Así mismo se estudian críticamente los contornos jurisprudenciales del principio constitucional de ciudadanía universal y del derecho a la libre circulación de personas, así como la situación de los trabajadores migratorios de Ecuador y Perú.

Con la excusa de analizar la decisión de la Corte en relación con el Convenio Iberoamericano de Seguridad Social, el artículo de *Christian Masapanta Gallegos* analiza el problema de la tensión existente entre la visión y doctrina internacionalista del derecho y la concepción constitucional del ordenamiento jurídico. El interés fundamental del artículo es el análisis de la nueva posición que tienen los instrumentos internacionales de derechos humanos en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, los cuales por mandato constitucional tienen rango constitucional.

La última de estas semblanzas jurisprudenciales fue escrita por *Jhoel Escudero*, asesor de la Corte Constitucional, quien toma como ejemplo una sentencia en la que la Corte Constitucional resolvió una demanda de inconstitucionalidad del sistema de cobro de las tasas aeroportuarias en el aeropuerto de Quito, para demostrar la transformación que han sufrido las sentencias del máximo órgano de la justicia constitucional ecuatoriana, que se han convertido a su juicio en verdaderas fuentes directas del derecho; así

14



mismo el artículo examina la cuestión capital de cuál es la función que deben cumplir los tribunales constitucionales en el contexto de los estados constitucionales contemporáneos, y la capacidad normativa subsidiaria que estos tienen cuando el legislador ordinario no cumple adecuadamente con su función. Aborda el problema del alcance de las sentencias constitucionales que, según el autor, han dejado de tener esa estructura binaria en la cual se ratifica la constitucionalidad o se expulsa la norma del ordenamiento jurídico, para asumir la tarea de modular los efectos de las sentencias, innovación ciertamente revolucionaria en el contexto jurídico ecuatoriano.

En definitiva, quienes editamos este primer número de revista *Umbral*, estamos convencidos de que la conjunción de todos estos elementos permite dar una perspectiva novedosa e interesante al tema de la interpretación constitucional, pues partiendo de unos elementos teóricos comunes al problema de la interpretación de la Constitución, refleja el estado de la cuestión en el contexto político, normativo e institucional ecuatoriano, desde la óptica de personas que viven y trabajan cotidianamente en el Ecuador, lo que de por sí representa un inmenso aporte en el intento necesario de construir teoría jurídica nacional.

La sección *Jurisprudencia* del número inaugural de la revista, por su parte, tiene por objeto el análisis crítico de la sentencia n.º 002-SAN-CC, que tanto por los aportes teóricos que incorpora, como por la importancia del problema social que atendió, es considerada una de las mejores sentencias de la Corte Constitucional para el Período de Transición.

Para el efecto, el artículo disecciona la sentencia citada desde tres encuadres dife-

rentes: el primero donde se examina la importancia social de la sentencia, el segundo relativo a los hallazgos estrictamente jurídicos del caso, y el último relacionado con el potencial teórico de la decisión de la Corte hacia el futuro.

En cuanto a la importancia social de la decisión de la Corte, el autor<sup>8</sup> rescata el valor de la sentencia respecto del potencial transformador de la decisión frente a la calidad de vida de los beneficiarios de la sentencia; en este caso un grupo de discapacitados, que a partir de la decisión del pleno de la Corte pudieron importar sin restricciones vehículos para lograr un mejoramiento sustancial de su movilidad.

En relación con los hallazgos jurídicos del caso, el artículo insiste en el valor de la sentencia en cuanto fundadora de línea respecto a dos ámbitos novedosos en el contexto ecuatoriano: en primer lugar, como bien dice el autor, esta sentencia inaugura el tratamiento jurídico y define los parámetros básicos de análisis de la acción de incumplimiento, una de las más desconocidas e importantes garantías jurisdiccionales de los derechos que trae la Constitución de 2008. En segundo lugar, el estudio analiza los aportes de la sentencia en cuanto al controvertido tema del control de oficio de constitucionalidad de normas conexas.

Con relación al potencial teórico de la sentencia con miras al futuro, a pesar de que no se trata de una jurisprudencia vinculante, en opinión del autor, la decisión de la Corte tendrá una incidencia dogmática clara por ser la primera en la que se definen los parámetros de utilización de los mecanismos especiales de interpretación constitucional que más adelante recogería la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional en su artículo 3.

8 El autor del artículo incluido en esta sección es Pablo Alarcón Peña, constitucionalista y asesor de la Corte Constitucional.



El lector atento podrá considerar injustificado y acaso redundante tener una sección especial de jurisprudencia en un número dedicado justamente al examen de la teoría de la interpretación presente en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. En este caso, cierto es que no existen diferencias estructurales entre el tipo de análisis que se hace en la sección central de la revista, frente del realizado en la sección dedicada a la jurisprudencia, y que perfectamente podrían fundirse las secciones; sin embargo, desde una óptica estrictamente editorial es importante establecer y conservar una estructura permanente y reconocible que le dé un talante propio a la publicación, el cual no puede ser cambiado en cada coyuntura editorial.

En la sección *Reseñas* este primer número de *Umbral* pasa revista a dos obras jurídicas de reciente aparición en el Ecuador: *Descifrando caminos. Del activismo social a la justicia constitucional*, de Patricio Pazmiño, presidente de la Corte Constitucional; y *Refundación del Estado en América Latina* del profesor portugués Boaventura de Sousa Santos.

En este número de *Umbral* también se hace un comentario al clásico<sup>9</sup> libro del profesor colombiano Diego López Medina, *El derecho de los jueces*, publicado en Bogotá en 2006, que desde su aparición en el mercado ecuatoriano ha tenido un enorme éxito.

El libro *Descifrando caminos. Del activismo social a la justicia constitucional* es auténtico, pero como lo muestra en su reseña Pamela Aguirre,<sup>10</sup> también es complejo, y en ese sentido comparable con un prisma. Puede ser leído, por ejemplo, como el testimonio escrito —el diario de campo— de la

vida académica y profesional del autor desde cuando era defensor de los derechos humanos y asesor jurídico de los indígenas de la sierra central ecuatoriana, hasta la actualidad cuando ha debido enfrentar el reto de dirigir la transición entre la justicia constitucional anterior y la nueva institucionalidad constitucional inaugurada por la Constitución de 2008; así mismo, puede interpretarse como una suerte de protocolo o manual práctico de cómo transformar el derecho de un instrumento de sometimiento de las clases dominantes sobre las subordinadas, a un mecanismo privilegiado de lucha y emancipación social pacífica y democrática. Finalmente, puede estudiarse como un manifiesto ideológico de lo que el nuevo derecho constitucional ecuatoriano, vinculado con el nuevo constitucionalismo latinoamericano, llegaría a ser si nos tomamos en serio el contenido de la Constitución.

En ese sentido, y siguiendo a la autora de la reseña, con independencia del ánimo que inspire al lector al momento de emprender su lectura, el libro del presidente de la Corte publicado por la Flacso se convertirá en una referencia obligada del proceso jurídico, social y político que vive el Ecuador.

*Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del Sur* es un libro de lectura muy recomendable, no solo por su autor, Boaventura de Sousa Santos, teórico brillante y activista irreductible de las causas populares en el mundo entero, sino fundamentalmente porque los distintos capítulos que contiene, encierran análisis y perspectivas teóricas y prácticas construidas con materiales sacados de nuestra propia realidad. Como lo demuestra

9 A pesar de que el libro apenas tiene cinco años desde su aparición en Bogotá, hablamos en este caso de un clásico por la influencia y repercusiones que el libro ha tenido para la teoría jurídica colombiana y latinoamericana de los últimos años.

10 Asesora de la Secretaría Técnica Jurisdiccional de la Corte.

Danilo Caicedo, existen muchas razones para leer el libro, pero la más importante es que muestra, con datos ecuatorianos, los márgenes del conflicto civilizatorio que se está viviendo en nuestro continente y la dificultad de establecer un diálogo entre el poder y la ciudadanía que no reproduzca las taras que el colonialismo interno y el capitalismo han generado.

Además, es un llamado a la acción política concreta en defensa de los postulados de las últimas constituciones latinoamericanas, la boliviana y la ecuatoriana, particularmente es un llamado a la lucha por la interculturalidad, lo cual a juicio del autor significa colocarse en la otra orilla, la del otro, la del diferente.

En ese sentido, estamos seguros, el libro de Boaventura se convertirá en un referente para quienes estamos interesados en el análisis de los procesos políticos y culturales que se viven en la región; y como tal debe ser leído y analizado críticamente. A eso invitamos al lector de *Umbral*, revista de derecho constitucional.

Como lo reseña Johanna Romero, el libro *El derecho de los jueces*, escrito por Diego López Medina, es un texto importante no solo para la teoría jurídica que se desarrolla y practica en Colombia, sino porque tiene una proyección continental.

En el caso ecuatoriano donde la mayoría de los juristas y operadores jurídicos tiene una formación neorromanista y positivista, y donde la jurisprudencia ha tenido tradicionalmente un papel marginal, la obra del profesor colombiano muestra un camino, una metodología posible para juristas y operadores jurídicos ecuatorianos en su empeño de hacer realidad el cambio cultural que es menester emprender para convertir a la jurisprudencia en fuente directa del derecho ecuatoriano.

En ese sentido, el libro es una invitación a la ruptura de certezas sobre cuestiones que normalmente no encuentran espacio en nuestro trabajo cotidiano, y en tal virtud, como se plantea en la reseña, debe ser leído con atención y espíritu crítico.

La profundidad de la reflexión de los trabajos presentados y el rigor de sus planteamientos corroboran el compromiso de la Corte Constitucional y del Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional de constituirse en un espacio abierto para la publicación de importantes estudios constitucionales. En este contexto, la participación de académicos nacionales e internacionales es trascendental. La invitación está lanzada, los objetivos trazados, confiamos en que esta puerta abierta nos permita discutir los requerimientos del cambio a una cultura constitucional ecuatoriana y coadyuvar a la realización efectiva del Estado constitucional de derechos y justicia.

*Juan Montaña Pinto*

Director de Umbral

Revista de Derecho Constitucional





# Debate & Reflexión



# La jurisprudencia como fuente del derecho.

## Visión histórica y comparada

Diego López Medina\*

### Resumen

Este artículo estudia el valor de la jurisprudencia como fuente del derecho en el contexto de América Latina. En este artículo se marca la cancha, desde la perspectiva histórica y comparada, de lo que a juicio del autor debe ser el entendimiento de la jurisprudencia como fuente directa del derecho en los ordenamientos constitucionales latinoamericanos contemporáneos, nociones que en el contexto ecuatoriano son particularmente relevantes por la fuerza que el constituyente dio a los jueces dentro de la estructura del Estado.

— umbral —

### 1. Planteamiento general del problema: la función normativa de la jurisprudencia en América Latina

Los sistemas jurídicos de América Latina, neorromanistas, francófilos y positivistas por filiación, han asumido tradicionalmente que (i) los jueces meramente aplican la ley, sin crearla, (ii) que los pronunciamientos judiciales son importantes para ilustrar las normas positivas solo cuando estas excepcionalmente pueden ser consideradas oscuras o ambiguas, (iii) que la obligación judicial de fallar conforme a derecho se cumple exclusivamente mediante la obediencia a alguna regla clara o evidente establecida por el legislador, y (iv) como corolario de lo anterior, que los jueces están atados a la ley pero son, en términos generales, “independientes” frente a las sentencias judiciales con las que se han fallado casos anteriores. La jurisprudencia, en ese sentido, ha sido tradicionalmente

21



*Jurisprudencia, fuente del derecho, jurisprudencia constante, doctrina legal, sistema de libre de jurisprudencia.*

\* Colombiano. Doctor en ciencias jurídicas (S.J.D.) y magister en leyes (LL.M.), Universidad de Harvard, en Cambridge (EE.UU.). Abogado y filósofo, Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá. Miembro fundador del Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad. Dedicado a la academia y a la consultoría en temas de derecho público y de derecho comparado. Actualmente es profesor asociado de la Universidad de los Andes y de la Universidad Nacional de Colombia, ambas en Bogotá. También es editor de la Colección “Nuevo pensamiento Jurídico” (Uniaendes / Siglo del Hombre editores) y coeditor de la Revista de Derecho Público de la Universidad de los Andes y de Global Jurist (Berkeley University Press).

considerada como una fuente “secundaria” o “auxiliar” del derecho que solo opera en casos de silencio de la fuente primaria. Como resultado de estas convicciones básicas, (v) el derecho se enseña en las escuelas como un cuerpo complejo de reglas primordialmente establecidas en normas jurídicas positivas de naturaleza legislativa y, además, frecuentemente codificadas; por esta misma razón, pues, el derecho judicial es escasamente conocido y estudiado ya que no resulta de fácil acceso, se encuentra pobremente ordenado y sistematizado y, en fin, no se le da mayor importancia cultural como fuente de conocimiento del derecho vigente.

22

- Frente a esta contundente primacía del derecho legislado y codificado, la jurisprudencia de los tribunales de cierre de los sistemas jurídicos latinoamericanos se limita, por regla general, a expedir fallos concretos. En este sentido la jurisprudencia tiene un valor, al que llamaremos “específico”, y que consiste en su capacidad de cerrar de manera definitiva contenciones jurídicas en torno a casos concretos que se presentan ante la judicatura. La jurisprudencia de los órganos judiciales de cierre, sin embargo, también suele tener un valor “sistémico”. Su propósito, en este caso, no se encamina tanto a la resolución del caso concreto sino a la fijación de doctrina jurisprudencial con vocación de universalización que ayude, por ejemplo, a resolver desacuerdos interpretativos entre los jueces y tribunales de instancia, a llenar vacíos o problemas de aplicación de la ley no previstos por el legislador, a conciliar potenciales contradicciones o antinomias que surgen al interior de sistemas jurídicos cada vez más complejos o, finalmente, a resolver problemas de balanceo, ponderación y jerarquización de intereses y derechos que surgen de la aplicación de la ley pero que no reciben

respuestas obvias o concluyentes a partir de los puros textos legislados. El mensaje implícito es, entonces, que el derecho legislado es superlativamente exitoso en la transmisión de órdenes y reglas precisas y coherentes, y que las texturas abiertas, ambigüedades, indeterminaciones o contradicciones de la ley escrita son excepcionales. Con ello se mantiene una idea cultural según la cual los jueces no toman decisiones (puesto que ellas ya han sido definitivamente tomadas en los textos legales de alguna forma) y, por tanto, no participan en el proceso de creación del derecho.

Esta imagen de la función del juez, sin embargo, ha sido rotundamente refutada por muy distintas corrientes de teoría jurídica que han desarrollado sus argumentos desde finales del siglo XIX hasta el presente y que pueden considerarse, sin temor a error, como dominantes en la discusión contemporánea. Llama la atención, por tanto, el porqué los juristas y jueces latinoamericanos no han tomado adecuada nota de este cambio paradigmático en las concepciones jurídicas fundamentales. El presente texto también intentará ofrecer algunas explicaciones (que no justificaciones) a esta resistencia cultural a aceptar una nueva teoría de la adjudicación que ya parece ser estándar entre autores de muy diversas corrientes y tradiciones iusfilosóficas.

Las cortes latinoamericanas, y en especial las centroamericanas, no han avanzado mucho en el cumplimiento de la función sistémica de la jurisprudencia y, en general, limitan su papel a la función específica de dirimir pleitos y casos específicos sin cumplir con su función de interpretar, fijar e integrar el derecho mediante su jurisprudencia. Fundamentan esta visión en una imagen excesivamente constreñida y parcializada de la función adjudicativa en la que se subraya,

quizás en exceso, la importancia del principio de legalidad. A este exceso los autores críticos lo han denominado “legocentrismo” o, incluso, “fetichismo legal”. Esta primacía de la legalidad, que no deja de ser importante, se entroniza, sin embargo, con costos muy altos para otros valores fundamentales de la función judicial contemporánea. Así, pues, una visión acrítica del principio de legalidad y de su contracara, la teoría mecánica de la adjudicación: (i) oscurece la naturaleza dialéctica de la argumentación judicial; (ii) reduce de manera muy significativa la transparencia de los argumentos y las complejidades en las que se hacen ponderaciones entre derechos e intereses enfrentados, negando tal complejidad y escondiéndola bajo el principio de legalidad; (iii) socava la responsabilidad social y política que los jueces tienen que asumir en la toma de decisiones en casos que son intrínsecamente difíciles o en los que el principio de legalidad no puede cerrar, por sí solo, las controversias sociales sobre la dirección y sentido en que el derecho debe resolver dichas situaciones; (iv) se formaliza excesivamente la jurisprudencia de los órganos de cierre generando una hipertrofia del derecho de casación (o de otras expresiones de ritualismos procesales) en detrimento del derecho sustantivo y de su interpretación; (v) se invisibiliza o reduce el papel de la Constitución y de los derechos fundamentales y humanos en la adjudicación contemporánea; y, finalmente, como consecuencia de todo lo anterior, (vi) se termina negando el papel efectivo que tiene la jurisprudencia como fuente del derecho y mecanismo poslegislativo de discusión y armonización social y política de criterios jurídicos intrínsecamente controversiales.

El objetivo de este artículo, por tanto, no consiste en negar el papel fundamental que juega el principio de legalidad en el manteni-

miento del estado de derecho sino, por el contrario, en realizar una explicación contemporánea del mismo que no impida a las cortes de cierre de la región el asumir las funciones sistémicas de unificación de la interpretación jurisprudencial que son exigidas por el derecho contemporáneo y su creciente complejidad normativa, política y social. El argumento principal de este artículo, pues, será mostrar cómo la función principal de una Corte de cierre consiste en cumplir fundamentalmente con la función sistémica de la jurisprudencia. Frente a esta, la resolución concreta de casos ocupa un distante papel secundario en las tareas político-constitucionales que se le encomiendan a las cortes con funciones de cierre del sistema jurídico.

Para el logro de sus objetivos, el presente artículo buscará hacer una reconstrucción histórica y comparada del papel que ha tenido la jurisprudencia en el derecho regional latinoamericano, con especial referencia a su desarrollo en los países de América Central. Allí se mostrará cómo los sistemas jurídicos de la región han seguido, en general, tres patrones fundamentales en el desarrollo del papel de la jurisprudencia y, con ella, de la función constitucional de sus cortes de cierre. Los distintos derechos nacionales en la región tienen, como no podría ser de otra forma, fortalezas y debilidades que el texto buscará mostrar con claridad para permitir, de un lado, el fortalecimiento de lo bueno pero también, del otro, el mejoramiento de lo regular y de lo malo.

## 2. La desconfianza frente a los jueces en la tradición jurídica franco-latinoamericana

En la historia del derecho latinoamericano la expedición de los códigos civiles tiene una





importancia histórica estructural. Con ellos se señaló el inicio o la profundización de la soberanía jurídica a la que aspiraban los nuevos estados independientes del poder colonial español. De igual forma, en dichos códigos se incorporaron elementos fundamentales de la cultura jurídica liberal del siglo XIX que siguen siendo centrales en las concepciones contemporáneas aún vigentes en la región. El liberalismo jurídico, por regla general, encontró expresión muy marcada en el Código Napoleón y en los otros instrumentos legislativos expedidos en Europa, que bebieron de esa misma fuente ideológica y que luego ejercieron influencia en la construcción de los sistemas jurídicos y judiciales de las jóvenes repúblicas hispanoamericanas. Con relación al papel de los jueces, el Código Civil francés de 1804 tenía una visión política muy clara, encarnada en varias de sus disposiciones:

Article 4: Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice.

Article 5: Il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises.

Article 6: On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes moeurs.

La recepción de la esta teoría liberal de la adjudicación se hizo en la región de forma lenta (pero muy profunda) a lo largo de los siglos XIX y XX. En una primera ola de recepción de la nueva legalidad francesa en el Caribe, Haití, en 1825, y luego la República Dominicana, en 1845, adoptaron directamente el Código francés como derecho nacional vigente. La traducción al castellano necesaria para el caso de República Dominicana habría

de esperar casi sesenta años (hasta 1884) cuando los artículos 4, 5 y 6 recibieron la siguiente traducción para el Código de la parte española de la isla:

Art. 4.- El juez que rehusare juzgar pretextando silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley, podrá ser perseguido como culpable de denegación de justicia.

Art. 5.- Se prohíbe a los jueces fallar por vía de disposición general y reglamentaria las causas sujetas a su decisión.

Art. 6.- Las leyes que interesan al orden público y a las buenas costumbres no pueden ser derogadas por convenciones particulares.

Versiones posteriores del legalismo liberal francés en la región recogieron en términos generales la misma ideología de la función judicial a pesar de que algunos autores han tratado de hablar de una “maduración” o “criollización” del proceso codificador.<sup>1</sup> Alejandro Guzmán Brito ha argumentado que, luego de estas traducciones más o menos directas del Code Civil en el Caribe, se inició a mediados del siglo XIX un proceso de codificación endógena en países como Perú (1852) y Chile (1855). Cualquiera que sea el valor de esta opinión, lo cierto es que la ideología judicial liberal del Código Civil no recibió cambio o matización alguna en esta segunda oleada de codificaciones civiles nacionales. El proceso de criollización de la codificación no implicó una diferenciación significativa en la visión de la función del juez en la región: antes por el contrario, la confirmó.

En esta segunda ola de códigos civiles, pues, también se evidencia la presencia clara del ideal montesquiano de juez que debe proteger la legalidad en la resolución de los casos individuales. Con esta teoría de la adjudicación se niega cualquier papel que el juez

1 Véase al respecto el libro de Guzmán Brito, Fernando. *Historia de la codificación civil en Iberoamérica*. Madrid, Aranzadi, 2006.

pueda tener en la creación del derecho; en consecuencia, estos códigos también niegan, como lo hiciese el artículo 5 del francés, el potencial valor “general” y “reglamentario” de la jurisprudencia. Con ello, pues, se generó la idea de que las sentencias de los jueces solo tenían efectos *inter partes* y que, por tanto, no podían generar reglas judiciales de derecho válidas *erga omnes*.

Así, por ejemplo, el Código Civil de Chile de 1855, redactado por don Andrés Bello y adoptado luego por varios países de la región, también recogió una visión de la función judicial en la que, por un lado, se resaltaba una enorme confianza en la capacidad de la ley de coordinar el comportamiento social y, por el otro, se mostraba una muy marcada antipatía frente al papel interpretativo de los jueces. En el artículo 5 del Código Napoleón, como ya hemos visto, se le prohibía a los jueces “fallar por vía de disposición general y reglamentaria sobre las causas sujetas a su decisión”.<sup>2</sup> El Código chileno incluso muestra con mayor claridad el sentido político de la original prohibición francesa. La concatenación de sus tres primeros artículos es un ejemplo señero de la ideología liberal, legalista y antijudicialista de la cultura jurídica liberal de la posrevolución:

Art. 1. La ley es una declaración de la voluntad soberana que, manifestada en la forma prescrita por la Constitución, manda, prohíbe o permite.

Art. 2. La costumbre no constituye derecho sino en los casos en que la ley se remite a ella.

Art. 3. Sólo toca al legislador explicar o interpretar la ley de un modo generalmente obligatorio.

Las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que actualmente se pronunciaren.

Como se ve en estos textos, la ley tiene predominancia total frente a la costumbre y a la jurisprudencia a las que concibe como fuentes del derecho en potencial competencia y a las que pretende dominar. En la Francia pre-revolucionaria la costumbre y la jurisprudencia eran formas de creación del derecho propias del detestado *ancien régime*. Los códigos posrevolucionarios, por tanto, prohíben su utilización como fuentes de derecho e impiden que estas usurpen la voluntad general soberana que solo se puede expresar por medio de la Ley. En especial, a la costumbre y a la jurisprudencia se les acusaba de tan solo representar voluntades políticas particulares (de la aristocracia feudal o de la nobleza de toga) y, por tanto, tendían a preservar derechos provenientes del estatus propio de sus intereses políticos, violando así las máximas de generalidad, impersonalidad e igualdad propias del nuevo derecho. Estas fuentes del derecho, pues, eran consideradas reaccionarias y se buscaba anular su capacidad de obstaculizar el desarrollo del nuevo derecho de base exclusivamente legal. Aunque las condiciones jurídico-políticas de la América hispana no eran idénticas a las de Francia, lo cierto era que el gobierno colonial español se expresó por intermedio de instituciones en las que, como la Real Audiencia, se mezclaban funciones administrativas y judiciales que hicieron igualmente detestable, a los ojos de los revolucionarios americanos, el papel de los jueces y de sus decisiones. Mientras que en Inglaterra los jueces eran parte de la revolución constitucional contra el poder absolutista del monarca, en Francia y en España el poder judicial era parte de tal despotismo, por lo menos ante los ojos de los revolucionarios.<sup>3</sup>

El juez colonial español pudo así caer en la misma situación de descrédito general con

2 Según las voces de la traducción dominicana de 1884.

3 Douglas North.



la que los ilustrados franceses fustigaron a los *parlements* franceses. Estas tenues, aunque plausibles, similitudes políticas hicieron factible la recepción y trasplante de esta prestigiosa y muy dominante teoría liberal de la adjudicación que constituía un elemento central de la ideología política contenida en la doctrina dominante de la época. Libros como *El contrato social* de Rousseau, *El espíritu de las leyes* de Montesquieu y *De los delitos y de las penas* de Beccaria y, luego, el derecho positivo francés, están enteramente embebidos de esta visión del papel de los jueces que, en consecuencia, terminó siendo altamente influyente en la creación de los derechos nacionales poscoloniales en toda la América Latina.

Por eso varios códigos de la región fueron adoptando en cadena una disposición normativa en la que se buscaba disminuir o anular el poder de los jueces para crear derecho. Así, por ejemplo, el artículo 3 del Código Civil de El Salvador de 1859 ordenó, acogiendo tan solo el primer inciso del artículo 3 del Código Bello, que “[s]ólo al legislador corresponde explicar o interpretar la ley de un modo generalmente obligatorio”. Idéntica disposición es recogida en el artículo 3 del Código Civil de Honduras de 1880. De igual forma el artículo 17 del Código Civil de la Federación colombiana (de 1872) dispuso que “[l]as sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que fueron pronunciadas. Es, por tanto, prohibido a los jueces proveer en los negocios de su competencia por vía de disposición general o reglamentaria”.<sup>4</sup>

Lo más importante, sin embargo, no son los textos positivos adoptados en los diferentes países de la región. Baste un ejemplo: aunque el Código de Nicaragua de 1880 tuvo la misma influencia general del chileno de

Bello, su texto no incorporó los artículos preliminares que venían de la tradición francesa y en los que se daba expresión a la teoría liberal de la adjudicación que se viene describiendo. Esta omisión, sin embargo, no resultó determinante: con norma o sin ella, los nicaragüenses también recibieron y aceptaron el clima ideológico general dominante en la época. El trasplante y la recepción de la ideología judicial francesa no requirió de la adopción de normas expresas: ella constituía, en realidad, la atmósfera cultural de la época que se impuso, bien sea mediante su recepción formal o por medio de procesos de aculturación más difusos. La jurisprudencia era vista con recelo como fuente del derecho y se esperaba que la función judicial funcionara de manera silogística, deductiva y mecánica con el propósito de salvaguardar la soberanía legislativa al tiempo que se extirpaba la posibilidad de arbitrariedad judicial. El liberalismo jurídico francés, así no se hubiera sido positivizado explícitamente (como en efecto no ocurrió en Nicaragua), era la ideología judicial compartida por las élites jurídicas latinoamericanas del siglo XIX.

A pesar de este origen aparentemente remoto, la persistencia de estos imaginarios se extiende de manera muy clara hasta el presente. La indagación hecha hasta ahora, por tanto, no tiene interés meramente histórico o de anticuario. El liberalismo jurídico y judicial del siglo XIX también lo ha sido de los siglos XX y del XXI. Constituye, por tanto, historia del presente que todavía determina, en buena medida, el papel y la función de los jueces latinoamericanos y, en especial, de sus cortes de cierre. En los países donde se adoptó la prohibición de que los jueces fallaran por vía general y reglamentaria (p. ej., en Haití, República Dominicana, Chile, El

4 Como lo puede observar el lector, la norma colombiana es una mezcla de la fraseología contenida en el artículo 5 del Código francés y del artículo 3 chileno.

Salvador, Honduras, Ecuador y Colombia) hay que reparar que tales textos son todavía derecho vigente que han soportado admirablemente los embates del tiempo y los cambios en ideología sobre la función judicial. En los países donde la norma no se adoptó expresamente, la teoría liberal de la adjudicación es ideología todavía actuante y dinámica en la manera de comprender efectivamente el derecho. Pero esta es, en realidad, tan solo la primera mitad de la historia.

### 3. La “jurisprudencia constante” en Francia y su influencia en América Latina

La otra mitad de la historia, mucho menos conocida pero no por ello menos influyente, es la siguiente: la posición anti-jurisprudencial y anti-judicialista del legocentrismo francés fue modificándose con el tiempo en la misma Europa continental. Ya desde la mitad del siglo XIX los franceses empezaron a reconocer el valor cognitivo de la *jurisprudence constante* que los tribunales iban formando con sus fallos; al mismo fenómeno se le denominó en España y sus códigos civiles liberales bajo el concepto de la “doctrina legal”.<sup>5</sup> Estas nuevas expresiones contenían un cambio muy importante en el concepto del derecho que el legalismo liberal había instaurado en estos dos países europeos. La interpretación radical del principio de legalidad apostaba a que todos los casos podían ser resueltos por el juez en estricta y literal obediencia de alguna disposición legal. Sin embargo, la práctica forense fue haciendo visible con los años que, de hecho, muchos casos no podían resolverse con referencia a la ley: los códigos

tenían muchos más vacíos, ambigüedades, contradicciones y choques de intereses y derechos de lo que preveía el ideal ilustrado de la codificación omnicompreensiva. De la misma forma el odio revolucionario frente al valor normativo de la jurisprudencia (fundamentado en estrictas razones político-constitucionales) resultaba siendo excesivo desde el punto de vista del crecimiento técnico y orgánico del derecho hacia situaciones imprevistas por el legislador y, en general, hacia los múltiples puntos contenciosos y controversiales que la práctica forense iba abriendo con el tiempo. Contra el espíritu revolucionario del legalismo y de la estricta exégesis de textos, empezaba a aceptarse con lentitud que la jurisprudencia podía, según primero se dijo, suplir criterios para casos que no estaban regulados explícitamente y, luego con mayor audacia, crear derecho sin que ello significara usurpar indebidamente la función legislativa. Esta constatación permitiría muy lentamente una cierta rehabilitación del valor normativo y del significado político de la jurisprudencia.

Según estos nuevos conceptos, la interpretación reiterada que hiciera la Corte de Casación sobre un mismo punto de derecho constituía autoridad persuasiva (en Francia) o incluso llegaba a obligar (en España) a los jueces inferiores. En las nuevas reglas de procedimiento civil españolas establecidas en 1855, la violación de la doctrina legal por el juez inferior fue declarada causal suficiente para casar el fallo de instancia. No se trataba de que los jueces tuvieran la obligación de decidir el caso de la misma manera como se habían decidido casos anteriores. La doctrina legal no era, en ese sentido, el mismo *stare decisis* que se había desarrollado ya por esta época en la tradición anglosajona.<sup>6</sup> Se trataba



5 Véase, al respecto, de Cruz, Peter. *Comparative Law in a Changing World*. Londres: Cavendish 1999, p. 245; Fon, Vincy y Parisi, Francesco. “Judicial Precedents in Civil Law Countries: A Dynamic Analysis”. George Mason University. Law and Economics Research Paper n.º 04-15 (abril 2004).

6 El principio de *stare decisis* es también producto del siglo XIX. Al respecto véase Glenn, H. Patrick. *Legal Traditions of the World*. Londres, Oxford, 2000, pp. 226-229.

más bien de obligar a los jueces inferiores a respetar el sentido o significado abstracto (esto es, sin relación a hechos concretos) que la Corte de Casación había dado a una disposición legal o a un concepto jurídico de manera constante: era, pues, una forma de respeto conceptual al sentido fijado para la norma en varias sentencias.<sup>7</sup> En el *stare decisis* anglosajón, en cambio, el énfasis se daba a la idea de que casos iguales se fallaran de manera igual a los casos ya fallados. Por tanto, en el *stare decisis* hay menos necesidad de respetar la definición interpretativa o normativa del caso anterior, pero mayor apremio a decidirlo de igual manera si sus hechos son análogos. Esto hacía, por ejemplo, que una única sentencia reciente de un tribunal anglosajón estuviera cubierta por la fuerza analógica del *stare decisis*.

Con esta recuperación paulatina de la fuerza normativa de la jurisprudencia empiezan a prepararse y publicarse en Francia y otros países europeos “colecciones” o “compendios” de jurisprudencia que, poco a poco, se van tornando indispensables en el trabajo diario de los abogados y de los jueces. La utilización forense de la jurisprudencia crece de manera notoria de la mano de la amplia disponibilidad que las sentencias empiezan a tener con estas formas de difusión. El propósito de estas colecciones consiste en ofrecer el criterio constante que los tribunales se han formado sobre un cierto concepto jurídico ya que empieza a aceptarse que tales doctrinas tienen fuerza persuasiva innegable frente a la creciente complejidad del sistema jurídico. Así, en Francia, se publica desde el año de 1827 el *Recueil* de sentencias de Armand Dalloz bajo el nombre de “Jurisprudence générale du Royaume: en matière civile,

commerciale et criminelle ou journal des audiences de la cour de cassation et des cours royales”. El mismo autor publica en 1835 el *Dictionnaire général et raisonné de législation, de doctrine et de jurisprudence*. En el prefacio de esta obra, Dalloz alerta que ya resulta difícil para los juristas de la época encontrar las soluciones adecuadas a los casos que se les presentan debido a la creciente dispersión de opiniones jurisprudenciales y doctrinales. Tal estado de cosas requiere el nuevo esfuerzo de sistematización de la jurisprudencia que Dalloz emprende en estas obras. Estas manifestaciones revelan que ya temprano en el siglo XIX la nítida ideología legalista de la codificación francesa estaba haciendo agua en el mar cada vez más bravío y complejo de una creciente literatura doctrinal y jurisprudencial.

Esta gran empresa de Dalloz (tanto en sentido intelectual como comercial) terminaría por consolidarse en el año de 1845 cuando aparece el “Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence en matière de droit civil, commercial, criminel, administratif, de droit des gens et de droit public”.<sup>8</sup> El *Répertoire*, tanto en sus aspectos teóricos como comerciales, tendría pronto un análogo funcional en España: José María Pantoja publicará entre 1867 y 1884 el repertorio de la jurisprudencia civil española, o compilación completa, metódica y ordenada por orden alfabético de las diversas reglas de jurisprudencia sentadas por el Tribunal Supremo de Justicia.<sup>9</sup> El énfasis de estas obras era doble: se aceptaba y presentaba la jurisprudencia para uso de los abogados pero, al mismo tiempo, se pretendía ordenarla o sistematizarla. Ya era

7 Este tema será tratado a mayor profundidad *infra* en este mismo texto cuando se diferencia entre usos analógicos y usos conceptuales de la jurisprudencia.

8 Bureau de la Jurisprudence générale du royaume, 1845-1873.

9 Imprenta de la Revista de la Legislación, Madrid.

claro, en ese entonces, el hecho que la jurisprudencia es una fuente útil de derecho pero que, sin la adecuada sistematización, es enormemente prolija, dispersa y potencialmente contradictoria. Los primeros editores de referencia jurisprudencial, pues, ya se preguntaban por cuáles eran los métodos de organización y sistematización de los fallos judiciales que los hicieran realmente aprovechables en la argumentación jurídica.<sup>10</sup>

La empresa recopiladora de Dalloz en Francia y de Pantoja en España encontraría, con el paso del tiempo, émulos en América Latina. En Colombia, por ejemplo, en el año de 1864, Secundino Álvarez ya está advirtiendo a la cultura jurídica local la necesidad de leer con cuidado la jurisprudencia como forma de complementar los vacíos necesariamente existentes en el derecho nacional. En un escrito titulado “Decisiones judiciales o estudios sobre el derecho patrio”, Álvarez reprende a la cultura jurídica nacional al notar que

el Derecho patrio no ha tenido hasta hoy un solo Espositor ni un simple Comentador. En nuestros archivos se encuentran doctrinas preciosas, decisiones admirables, en que resalta un criterio jurídico tan exacto y tan perfecto, que para nada necesita ir a mendigarse del foro francés —el más justamente afamado sin duda; pero todo yace en el olvido más deplorable, si ya no es también en la incuria i en el desgüeño más completos. Obtenida una decisión en un negocio cualquiera, surte sus efectos de actualidad... i luego va a confundirse en el voluminoso caudal de expedientes de un archivo, sin dejar la más pequeña huella luminosa para que encamine al litigante que viene

después, o aparte del mal sendero al que vaya extraviado, o contenga las pretensiones absurdas o temerarias del ignorante y malicioso, u obligue al juez voluntarioso a mantener i respetar las tradiciones de la lei.<sup>11</sup>

Como se ve en este texto, Pantoja está tratando de argumentar con cautela que detrás de los múltiples fallos con efectos *inter partes* se esconden doctrinas con un potencial general y sistemático de crear derecho, de orientar a los litigantes, en fin, de crear memoria jurídica en la que se recojan experiencias pasadas. Como ha ocurrido con Dalloz o Pantoja, la afirmación de Álvarez no es gratuita. La razón última de su argumento apunta a conseguir suscriptores que puedan sufragar por anticipado “diez pesos sencillos” para poder pagar los costos de impresión de su obra.<sup>12</sup> La oportunidad de negocio, sin embargo, solo es posible frente a un cambio fundamental de perspectiva teórica en el derecho:

Millares de las cuestiones que ocurren frecuentemente en los juzgados i tribunales de los Estados, aún no pueden decidirse exclusivamente de conformidad con las disposiciones de los Códigos modernos [...]. Para estos casos es entonces de un grande interés social una colección de decisiones judiciales, que irradiarán —por decirlo así— una gran luz en el campo del foro, i que ayudarán eficazmente a formar —por comparación— el juicio de los tribunales.<sup>13</sup>

Álvarez entiende perfectamente, conforme a la tradición jurídica francesa, que “[l]as decisiones judiciales, es verdad, no son un canon

10 Con posterioridad se profundizará en los métodos de organización y sistematización de la jurisprudencia.

11 Álvarez, Secundino. “Decisiones judiciales o estudios sobre el derecho patrio”. Bogotá, Biblioteca Nacional de Colombia, Fondo Pineda n.º 815, Folio 40, 1864. En la cita se ha conservado la ortografía de la época. Obsérvese como Álvarez utiliza en el texto el concepto de “doctrina” de manera muy técnica. Es preciso notar, de otro lado, que gran parte de la jurisprudencia de las altas cortes en América Latina, casi siglo y medio después, todavía sufre el lamentable destino contra el cual advertía Álvarez tan severamente.

12 A lo que agrega Álvarez: “Precio excesivamente módico atendida la extensión i calidad de la obra...”, *op. cit.*

13 *Ibid.*



ni aun para casos idénticos”. De todas formas, continúa,

[...] un cuerpo de doctrina basada en hechos reales, de naturaleza siempre diversa, revestidos de caracteres siempre cambiantes —a nuestro modo de ver— no puede menos que ofrecer una grande utilidad en las diferentes situaciones de la vida del hombre, en que por cualquier evento haya de ponerse en contacto con la siempre temible rejion del intrincado foro.<sup>14</sup>

La propuesta de Álvarez ya muestra que algunos juristas latinoamericanos de vanguardia estaban conectados con los cambios que sufría el valor de la jurisprudencia en la Europa de la época. Los franceses habían empezado desde hacía varios años a sistematizar y publicar los resultados de su jurisprudencia otorgándoles gran fuerza persuasiva, aunque sin variar formalmente su papel dentro del sistema de fuentes. El artículo 5 del *Code* seguía vigente y todavía irradiaba su enorme peso ideológico. A pesar de ello, podría decirse que el valor de la jurisprudencia francesa estaba aumentando por vía de la cultura forense. Su autoridad persuasiva iba así en aumento en la medida en que los operadores jurídicos podían usar las sentencias en labores prácticas de argumentación. Tal era el núcleo de la noción de *jurisprudence constante*. La “doctrina legal” fue, pues, el concepto específico bajo el cual España y América Latina empezaron a medirle el pulso a la “jurisprudencia constante” de sus tribunales. Tan importante llegaría a ser tal *jurisprudence constante* en Francia que a finales del siglo XIX gran parte del nuevo derecho francés era verdaderamente judicial como lo señalan de manera concluyente François Geny o León Duguit.<sup>15</sup>

#### 4. El concepto de “doctrina legal” en el derecho judicial español

Los españoles, como hemos visto, habían empezado a hablar de una noción de “doctrina legal” que encontró cabida, primero, en la legislación procesal civil y luego en el Código Civil de 1889. En el artículo 1.6 de esta última norma se afirma que “[l]a jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho”. En esta norma ya se deja ver que la desconfianza a la jurisprudencia como fuente de derecho estaba ya cediendo de forma considerable. Mientras que la posición clásica francesa negaba valor alguno a la jurisprudencia, el Código Civil español de 1889 ya aceptaba su papel “complementario” en la interpretación y aplicación de la ley. El cambio parece sutil, pero en realidad reflejaba un acontecimiento cultural en la vida del derecho eurolatinoamericano.

El aumento del papel de la jurisprudencia, pues, llegó a América Latina por medio de la nueva función que debían asumir las cortes supremas de la región cuando se convirtieron en cortes de casación, casi siempre siguiendo en ello el modelo de la ley procesal civil española. Las cortes supremas de América Latina fueron asumiendo lentamente su función de Cortes de Casación en el último cuarto del siglo XIX y en los primeros años del siglo XX. La “doctrina legal” española, por oposición a la *jurisprudence constante* de los franceses, había llegado a adquirir reconocimiento normativo explícito y no meramente el cultural y profesional que ahora se reconocía a los célebres *arrêts* franceses. En muchos países, de hecho, los *arrêts* de la *Cour de Cassation* eran utilizados directamente como doctrina legal

<sup>14</sup> *Ibid.*

<sup>15</sup> Este tema es considerado a profundidad en mi obra: *Teoría impura del derecho: la transformación de la conciencia jurídica latinoamericana* (Bogotá, Legis, segunda reimpresión, 2005, capítulo 4).

en la solución de los casos contenciosos. Esta dependencia jurisprudencial de Francia es particularmente notoria, por ejemplo, en el caso de la Suprema Corte de República Dominicana que cita jurisprudencia francesa hasta bien entrado el siglo XX.

Para probar estas afirmaciones es menester realizar un breve recorrido por el período formativo de las cortes de casación en la región. Podría incluso adelantarse una conclusión al respecto: constituye un rasgo contemporáneo común del derecho de América Latina y, en especial, de América Central, la aceptación generalizada de que la jurisprudencia tiene valor como fuente de derecho bajo la forma de la “doctrina legal”.

El concepto general de “doctrina legal” fue tomado por los legisladores latinoamericanos, ya no del derecho francés, sino específicamente del ordenamiento procesal español.<sup>16</sup> Allí, en efecto, se había establecido desde el artículo 7 del Decreto de 4 de noviembre de 1838 que el recurso de nulidad podía fundarse mediante la citación de la ley o doctrina legal violada.<sup>17</sup> A mediados de siglo XIX el Supremo español adopta el modelo francés de casación con el cual se reemplaza el recurso de nulidad pero, con todo, conserva la casabilidad por violación de la doctrina legal: así en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 se afirmaba en

su artículo 1.012 que “[e]l recurso de casación puede fundarse: En que la Sentencia sea contra Ley o contra doctrina admitida por la Jurisprudencia de los Tribunales [...]”.<sup>18</sup> De la misma forma, en una Real Orden de 30 de enero de 1855, mediante la cual se reorganizaba la justicia española en las “provincias de Ultramar”, se permitió la casación por violación directa de la ley y por “violación de una doctrina legal recibida a falta de ley por la jurisprudencia de los tribunales”.<sup>19</sup>

Estos dos textos legales de 1855 claramente sugieren, como lo subraya Pedro de Pablo Contreras,<sup>20</sup> que la expresión “doctrina legal” no hacía referencia propiamente a las decisiones de los jueces sino a los principios u opiniones (cualquiera que fuera su fuente) que ellos “admitieran” o “recibieran”. Obsérvese un ejemplo de este uso en una sentencia española de 1867:

Es doctrina legal y admitida por la jurisprudencia la de que procede la excepción de cosa juzgada, aun cuando en el segundo pleito que se proponga se haya variado el nombre de la acción deducida en el primero, siendo idénticos el fundamento de ambos su objeto y la causa ó razón de pedir; en el supuesto de que, concurriendo los demás requisitos legales, se haya decidido también el pleito en que recayó la ejecutoria por el mismo fundamento y no por otro diferente.<sup>21</sup>

16 El desarrollo histórico de la “doctrina legal” en derecho español es juiciosamente expuesto por Ramón López Vilas en su libro *La jurisprudencia y su función complementaria del ordenamiento jurídico* (Madrid, Civitas, 2002, pp. 69 a 100); y por Jesús Peces Morate en su artículo “Valor de la jurisprudencia” publicado en el libro *La fuerza vinculante de la jurisprudencia*, editado por Joaquín Samper Juen (Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2001, pp. 31 a 48). La reconstrucción de la historia normativa española aquí presentada descansa parcialmente en estas obras y en el derecho positivo español consultado.

17 Debe dejarse constancia que, en todo caso, hay importantes discrepancias entre los autores españoles sobre el sentido de esta norma procesal. Véase al respecto Jesús Peces Morate, *op. cit.*, pp. 33-34.

18 Decía el artículo 1.012 de esta norma: “El recurso de casación puede fundarse: En que la Sentencia sea contra Ley o contra doctrina admitida por la Jurisprudencia de los Tribunales.”

19 Artículo 194.

20 Pedro de Pablo Contreras. “Problemas actuales de la casación foral en Aragón”. *Revista de Derecho Civil Aragonés* III, n.º 2.

21 Véase este y muchos otros ejemplos en la “Ley de enjuiciamiento civil de 3 de febrero de 1881 concordada y anotada con gran extensión según la doctrina de los autores a jurisprudencia del Tribunal Supremo por la redacción de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia bajo la dirección de D. Emilio Reus”. Madrid, Hijos de Reus editores, 2.ª edición, tomo I, 1907, p. 801.



Por tanto, las expresiones “doctrina legal” y “doctrina jurisprudencial” no eran originalmente sinónimas, aunque con el tiempo llegaron a serlo. En España al menos la noción de doctrina legal parecía estar abiertamente apegada a conceptos clásicos del romanismo europeo. Así, por ejemplo, a la idea de que la doctrina de los autores podía ser fuente de derecho si era autorizada por el legislador o recibida y aceptada por las cortes como había ocurrido de manera formal, por ejemplo, en la *Ley de Citas* del año 426 del Emperador Valentiniano III o en el mismo *Digesto* de Justiniano. Aunque esta interpretación neorromanística de la “doctrina recibida” no cruzó claramente el Atlántico a los derechos de América Latina, es imposible dejar de ver su presencia en el derecho español. Evidencia máxima de ello se encuentra, por ejemplo, en el artículo 1.729, num. 10.º de la Ley Española de Enjuiciamiento Civil de 1881 cuando se afirma que la casación no procede “cuando se citen como doctrina legal principios que no merezcan tal concepto, ó las opiniones de los Jurisconsultos á que la legislación del país no dé fuerza de ley”. En el Nuevo Mundo la doctrina legal fue rápidamente entendida como jurisprudencia de los jueces, quitando así el tinte de romanismo medieval y clásico que todavía connotan las normas españolas de finales del XIX.

El reconocimiento en España de la “doctrina legal” se puede entender, según Contreras:

desde la perspectiva de la superación del legalismo a ultranza propio de los primeros intentos codificadores. Como he indicado, el inicialmente llamado recurso de nulidad responde a la idea de que la ley es perfecta y completa, capaz por tanto de resolver todos los casos

posibles sin que el juez pueda interpretarla sino sólo aplicarla automáticamente: no hay en él, consecuentemente, lugar para regla subsidiaria alguna. Sin embargo, en 1855 parece ya superado este planteamiento y se piensa, con realismo, en la necesidad de establecer algún género de regla supletoria que pueda resolver los supuestos no previstos en la ley.<sup>22</sup>

Esta superación del legocentrismo no se hizo, empero, sin importantes hesitaciones. La separación de poderes y la soberanía legisfaciente del Congreso todavía constituyeron dogmas casi sagrados de la teoría liberal de la adjudicación. Por tal razón fueron obstáculos formidables al reconocimiento del valor ampliado de la jurisprudencia. Por eso, como veremos más adelante, la doctrina legal se recubrió en América Latina de todo tipo de salvaguardas y prevenciones para que no se percibiera como una indebida confusión entre los poderes legislativo y judicial.

Mientras tanto el aumento del valor de la jurisprudencia siguió su decurso en la historia del derecho español con la Ley de Casación Civil de 1870, cuyo título XXI, artículo 4 afirmaba: “El recurso de casación se fundará en una de las causas siguientes: 1.º Ser la Sentencia contra ley o doctrina legal [...]”.<sup>23</sup> Este movimiento evolutivo habría de terminar de consolidarse finalmente con la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 (tan solo derogada en el año 2000) al disponer en su artículo 1.691: “El recurso de casación habrá de fundarse en alguna de las causas siguientes: 1.ª) Infracción de la ley ó de doctrina legal en la parte depositiva de las sentencias [...]”.

22 Pedro de Pablo Contreras, *op. cit.*

23 Decía, a su vez, el artículo 4 del título XXI de la norma citada: “El recurso de casación se fundará en una de las causas siguientes: 1.º Ser la Sentencia contra ley o doctrina legal”.

## 5. La “doctrina legal” viaja a las Américas: el nacimiento del poder jurisprudencial de las cortes supremas en la región

Varias legislaciones latinoamericanas adoptaron el concepto de doctrina legal tomando como fuente inmediata o mediata este fondo legislativo español del siglo XIX. La adopción del instituto se hizo tanto en normas de procedimiento civil como en las legislaciones típicamente autóctonas de amparo de derechos fundamentales que se expandían también desde el siglo XIX por todo México y en la América Central. La doctrina legal y su particular concepción de vinculatoriedad de la jurisprudencia es masivamente recibida en América Latina en la década entre 1880 y 1890, así las motivaciones políticas en cada país fueran más o menos diferentes, más o menos explícitas. En todos los países de la región parece que se expresaba una tendencia difusa hacia la centralización de la producción del derecho, en fin, hacia la consolidación del Estado central frente a fuerzas regionales centrífugas. El positivismo jurídico y científico de la época quería la construcción de un orden social basado en sólidas bases científicas. La jurisprudencia podía hacer las veces de la “ciencia” que reclamaba el positivismo; el orden resultante era la vinculación de todos los jueces a la “doctrina” jurisprudencial y científica, a la vez, que emanaba de los tribunales.

Esta justificación política es particularmente cierta en los casos de México y Colombia donde sus Supremos adoptaron la jurisprudencia vinculante como mecanismo explícito para asegurar la unidad política del país frente a los conatos de un federalis-

mo judicial salido de cauce. En otros países de la región, en cambio, la tendencia a la centralización política no fue necesariamente tan explícita, y allí la pura imitación del derecho europeo parece ser la explicación (aunque no la causa) de la adopción del instituto. Esta diferencia calca con bastante precisión el debate general que los comparativistas han tenido con relación a la llamada “funcionalidad” de los trasplantes jurídicos: para algunos, los trasplantes jurídicos son respuestas funcionales a problemas sociales que los estados verdaderamente tienen; pero para otros, quizá más irracionalistas, los trasplantes normativos se explican como resultado, no de necesidades, sino de mecanismos de presión, prestigio y, finalmente, contingencia. Las nuevas leyes trasplantadas, según esta tesis, no buscaban solucionar nada, sino que apenas copiaban prestigiosos modelos por razones menos funcionales. Los casos de México y Colombia parecieran tener una causa política basada en la necesidad de controlar el federalismo; incluso en estos casos, sin embargo, es también evidente que la pura influencia de la por entonces nueva casación española se hizo notar de forma determinante para permitir así la construcción de muy pesados poderes de ordenación jurisprudencial en sus respectivas cortes supremas. Bajo una teoría o la otra, lo cierto es que las supremas cortes regionales estaban asumiendo poderes de ordenación jurisprudencial en contra de la visión clásica de la exégesis y del legocentrismo francés.

Así, como ejemplo de este proceso regional de expansión, la doctrina legal fue adoptada en Honduras en su Código de Procedimientos de 1880 y posteriormente en su nueva codificación de 1906;<sup>24</sup> en México

24 Cuya derogación solo vino a ser efectiva en mayo de 2009 cuando terminó la *vacatio legis* del nuevo Código Procesal Civil (Decreto 211 de 2006) y en el que se adopta un sistema muy diferente con relación al papel de la jurisprudencia en Honduras.



en la Ley Federal de Amparo de 1882;<sup>25</sup> en Colombia en su Ley de Casación de 1886; en El Salvador en su Ley de Casación de 1953; y en Guatemala en su Código Procesal Civil y Mercantil de 1964. Obsérvese que, sin embargo, mientras los Códigos Procesales adoptaban el concepto de “doctrina legal” de la España de finales del XIX, sus contrapartes Civiles se apegaban al ideal ilustrado y dieciochesco de la más rigurosa legalidad. Esta antinomia ideológica y normativa nunca fue resuelta en realidad; se ha mantenido constante, si bien sumergida en el subconsciente colectivo, en la práctica y la teoría de los sistemas jurídicos regionales.

34

Un ejemplo temprano de esta tendencia de recepción de la doctrina legal en América Latina se encuentra en el artículo 739 del Código de Procedimientos de la República de Honduras de 1880:

El recurso de casación ha de fundarse precisamente en alguna o algunas de las causas siguientes:

1.º En haber sido dada la sentencia contra lei o contra doctrina legal.

Se entiende por doctrina legal, para el efecto de este artículo, la que, derivada más o menos directamente de la lei o de los principios i reglas de derecho, se halla jeneralmente recibida por la jurisprudencia de los tribunales.<sup>26</sup>

En la norma que se acaba de citar es evidente la ansiedad del legislador para evitar que los jueces usurpen su poder legisfaciente. Por tanto se exige que las proposiciones normativas expresadas en la doctrina legal sean “derivada[s] más o menos directamente de la

lei...” El “más o menos” de la norma es teóricamente fascinante y muestra la profunda ambivalencia de la mentalidad legocéntrica frente al poder de los jueces, cuya capacidad de creación del derecho no puede negar al tiempo que intenta atarla, de alguna manera, al principio de legalidad.

## 6. “Cinco ejecutorias uniformes”: la prothistoria del sistema mexicano de jurisprudencia

La recepción del valor ampliado de la jurisprudencia en México es particularmente interesante y está firmemente atada a la necesidad del poder federal de la nación de lograr la centralización de la jurisdicción frente a los jueces de las entidades federativas. La Ley de Amparo de 1869 ya contenía este objetivo político de forma clara, pero en realidad no tomó mayores precauciones para obligar a los jueces a obedecer las órdenes dadas por la Corte Suprema cuando, según las voces de su artículo 1, se violaran las garantías individuales, se vulnerara o restringiera la soberanía de los estados o se invadiera la esfera de la autoridad federal. La excesiva amplitud de esta norma le da un papel de arbitraje político general a la judicatura federal, pero en el esquema de la Ley de 1869 no se adoptaron suficientes medidas para asegurar de forma eficiente la preeminencia del poder federal sobre el estatal. Como respuesta a esta situación se expide una nueva Ley de Amparo en el año de 1882. Entre las leyes de 1862 y 1889 se deja leer con facilidad la historia de unos jueces federales que debían

25 La recepción de la jurisprudencia en México es particularmente interesante: la Ley de Amparo de 1869 no contiene ninguna norma al respecto. La primera noticia de la institución proviene de la Ley de Amparo de 1882 donde se afirma en su artículo 70: “La concesión o denegación del amparo contra texto expreso de la Constitución ó contra su interpretación, fijada por la Suprema Corte, por lo menos en cinco ejecutorias uniformes, se castigará con la pérdida del empleo, y con prisión de seis meses a tres años, si el juez ha obrado dolosamente: si obró por ignorancia ó descuido, quedará suspenso de sus funciones por un año.”

26 En esta cita, como en otras del período, se ha conservado la ortografía original del texto.

imponer la autoridad de la Federación sobre los estados pero que permitían con facilidad que el amparo federal fuera neutralizado con diversas tácticas procesales o que, incluso, los jueces fueran cooptados o amedrentados por los poderes locales. En un texto de 1882 se hace un diagnóstico claro del funcionamiento del Amparo: “Así pues [presenciamos] multitud de amparos estacionarios; los derechos discutidos indecisos; á la jurisprudencia federal sin jurisprudencia y, en fin, á la institución del amparo convertida en un sarcasmo. ¿Es esto sostenible? No, sin duda”.<sup>27</sup> En respuesta a esta situación, la Ley de 1882 buscó aumentar tanto el poder como los apremios aplicables a los jueces federales para lograr la aplicación efectiva del amparo. Uno de los institutos fundamentales que trajo la ley fue el de intentar vincular muy estrictamente a los jueces a la jurisprudencia de la Suprema Corte.

Así, pues, en esta nueva ley se introdujeron tres normas que prefiguran algunas de las bases fundamentales del que, al día de hoy, sigue siendo el sistema jurisprudencial mexicano vigente. Entre estas normas hay una cierta tensión que no resulta fácil de explicar jurídica o ideológicamente. En este triángulo normativo algunas reglas parecen aumentar el poder normativo de la jurisprudencia; en otra, parece adoptarse la teoría francesa según la cual la jurisprudencia no puede “disponer por vía general o reglamentaria”.

De un lado, pues, el artículo 34 dispuso que

[l]as sentencias pronunciadas por los jueces serán en todo caso fundadas en el texto constitucional de cuya aplicación se trate. Para su debida interpretación se atenderá al sentido que le hayan dado las ejecutorias de la Suprema Corte y las doctrinas de los autores”.

Esta norma, sin embargo, no expresa con claridad suficiente la ferocidad<sup>28</sup> con la que en realidad se quería instaurar la supremacía interpretativa del Supremo Federal. Esta se revela plenamente en el artículo 70 de la ley que es, hasta donde este autor conoce, uno de los sistemas más draconianos que se han intentado para lograr la obligatoriedad vertical de la jurisprudencia:

La concesión o denegación del amparo contra texto expreso de la Constitución ó contra su interpretación, fijada por la Suprema Corte, por lo menos en cinco ejecutorias uniformes, se castigará con la pérdida del empleo, y con prisión de seis meses a tres años, si el juez ha obrado dolosamente; si obró por ignorancia ó descuido, quedará suspenso de sus funciones por un año.

¡Mientras que en el resto de los países de la región, siguiendo el modelo español, la violación de jurisprudencia era causal de casación, en México llegó a convertirse en delito penal y administrativo, incluso por mera culpa! Esta marcada diferencia en la sanción muestra el enorme peso de las consideraciones políticas que había detrás de la norma mexicana.

Del otro lado, no obstante, la misma Ley de 1882 traía un artículo mucho más suave, más francófilo si se quiere, en el que se parecía reconocer el mero valor *inter partes* de las sentencias de los jueces: “Las sentencias de amparo solo favorecen á los que hayan litigado. En consecuencia no podrán alegarse por otros como ejecutorias para dejar de cumplir las leyes ó providencias que las motivaren”.

La incongruencia es aparente y, si logramos explicarla, el punto nos permitirá entender algunas características básicas de cómo

27 Vega, Fernando. “La nueva ley de amparo de garantías individuales. Comentarios acerca de sus disposiciones más importantes. Ensayo crítico filosófico de la ley”. México, Imprenta de J. Guzmán, 1883, p. 249.

28 En un momento el lector concordará que el uso de esta palabra no es excesiva.



entienden los mexicanos (y con ellos los latinoamericanos en general)<sup>29</sup> el poder normativo de la jurisprudencia. Las normas de 1892 parecen aumentar y disminuir el valor de la jurisprudencia al unísono. ¿Cómo resultó compatible esto para el legislador mexicano? Para empezar a resolver la paradoja la primera pregunta que hay que hacerse es la siguiente: ¿quiénes son los destinatarios de estas normas sobre valor de la jurisprudencia? Y, en segundo lugar, una vez expedida una jurisprudencia constante con cinco ejecutorias uniformes ¿quién puede considerarse como el destinatario de este derecho de origen judicial? La respuesta a estas preguntas parece ser esta: la jurisprudencia constante es obligatoria para los jueces, no para la sociedad en su conjunto. Los fallos de los jueces de instancia, en casos donde llegase a existir jurisprudencia constante, debían acomodarse al criterio de la Suprema. Los ciudadanos, de otro lado, no parecen ser destinatarios directos de la jurisprudencia. Su comportamiento *ex ante* no parece estar condicionado por el derecho judicial ya que, en estricto sentido, las sentencias solo obligan entre las partes del proceso. *Res iudicatae pro veritate habetur, inter partes*, según el clásico aforismo de derecho civil. Las partes, pues, pueden regresar ante los jueces con causas y argumentos en los que intenten de nuevo forzar el cambio jurisprudencial: si se ha dicho cinco veces que una ley tributaria es constitucional, esto no afecta como derecho objetivo la posición de todos, no obliga a los particulares a variar la planeación *ex ante* de sus negocios como si la jurisprudencia fuese verdadero derecho. El particular puede intentar por sexta vez la inconstitucionalidad de la norma.<sup>30</sup>

Desde ese punto de vista puede ser inconveniente, impráctico, incluso estúpido, no atender la jurisprudencia, pero no resulta ilegal, ilícito o antijurídico: las cinco ejecutorias uniformes son fundamentalmente obligatorias para los jueces a quienes se les obliga a la coherencia (que es en realidad obediencia, desde un punto de vista político) decisional con el superior. Pero la jurisprudencia no es derecho propiamente dicho para los particulares. Desde este punto de vista, y siguiendo la conocida distinción de H. L. A. Hart, la jurisprudencia no constituye realmente un conjunto de “normas primarias”, esto es, reglas sustantivas aplicables en la planeación y creación de expectativas de los ciudadanos, sino que la jurisprudencia es apenas un conjunto de “normas secundarias”, parte de las llamadas “reglas de adjudicación” que los abogados invocan en los procesos, pero que los ciudadanos no sienten como parte nuclear de su deber de obediencia al derecho. La jurisprudencia, pues, suministra argumentos que pueden ser utilizados en el proceso, constituye un motivo fuerte para que los jueces fallen en uno u otro sentido, pero no es parte de las “normas primarias” que se imponen a la sociedad.

La jurisprudencia, pues, no es aplicable ante terceros que no hayan participado en algún proceso anterior (artículo 46), pero los jueces deben basar sus decisiones en la misma (artículo 34), incluso so pena de terminar en la cárcel (artículo 70). ¿Se precisa prueba irrefutable de esta interpretación? Repárese en lo siguiente: contrario a lo que le puede ocurrir a los jueces, los particulares no van a la cárcel, no tienen apremio penal por la violación de la jurisprudencia; no existe el

29 De forma más amplia, esta comprensión epistemológica también es aplicable a la jurisprudencia europea.

30 El ejemplo en realidad es de Vega para explicar cómo las decisiones de inconstitucionalidad por vía de control difuso no pueden considerarse, *erga omnes*, como una verdadera derogación de la ley.

delito ni la responsabilidad civil basada en la violación del “derecho consuetudinario”, en la expresión inexacta, pero categórica, con que Vega caracterizaba la jurisprudencia mexicana. El injusto penal del artículo 70, por así decirlo, es la violación de la autoridad de la Corte, no la violación del contenido del derecho sustantivo expresado en sus normas. Por esta vía, pues, se nota el papel de la jurisprudencia: mecanismo de disciplina judicial, incluso argumento procesal válido, pero no regla primaria de planeación y conducción de la vida social. En ello, pues, radica fundamentalmente la diferencia de significado social y cultural entre la “jurisprudencia constante” eurolatinoamericana y la institución social del *case law* angloamericano.

Este estricto sistema de jurisprudencia, con esta oscilante espada de Damocles pendiendo sobre los cuellos de los jueces, no podía llegar a funcionar en la realidad. Casi desde su primer comentarista, don Fernando de Vega,<sup>31</sup> se le dio una aceptación muy reticente a la voluntad del legislador mexicano. Por un lado se aceptó como apenas natural el sentido del artículo 34 que quería reconocer el carácter doctrinario a la jurisprudencia dictada por la Corte. Para Vega, pues, cinco ejecutorias “uniformes” de la Suprema constituían “jurisprudencia constante” (usando así el concepto francés), pues formaba una “doctrina” o un “criterio científico”. Con relación a este artículo 34 se manifestó Vega:

Este [...] precepto [tiene una] claridad [que] no necesita comentario. El Juez debe fundar expresamente su sentencia en un texto constitucional y en el sentido que le haya dado la jurisprudencia de la Suprema Corte. Siendo este Tribunal el intérprete legítimo de la

Constitución sus decisiones son finales y envuelven la verdad científica como regla de decisión. Basta que esa verdad científica esté revelada en cinco ejecutorias uniformes (art. 70) para que la teoría que consagren pueda invocarse como una interpretación usual y con los honores de un motivo científico para pronunciar un fallo. Si no se ha fijado la jurisprudencia con la uniformidad que el art. 70 exige pueden motivarse los fallos en las doctrinas de publicistas aceptados interpretando la Constitución. Forma racional, medio muy legítimo para obtener á su influjo la unidad de las decisiones y el derecho público nacional.<sup>32</sup>

Lo que no podía aceptar Vega (y que en realidad nunca terminó por ser operativo) fueron dos proposiciones jurídicas que fluían del artículo 70. La primera de ellas, explícita, daba tratamiento penal o disciplinario a los jueces federales que desobedecieran la jurisprudencia. Para Vega se trata de un “sistema terrorista [que] sembrará tal pánico en nuestros funcionarios, que solamente á impulsos de una abnegación sin ejemplo abordarán en lo futuro el ejercicio de las augustas funciones de un Juez federal [...]”.<sup>33</sup> La segunda, sugerida en sentencias de la Suprema Corte mexicana del año de 1882, ordenaba a los jueces rechazar *in límine* las demandas que plantearan un criterio contrario a la jurisprudencia constante. Con ello se buscaba reducir la carga judicial pero, según Vega, se impedía a los jueces que revisaran su jurisprudencia sin siquiera considerar en sentencia de fondo los argumentos de los litigantes:

¿La jurisprudencia es inmutable? La jurisprudencia es el conjunto de principios sancionados bajo la égida [sic] de la ley escrita; es el conjunto de teorías elaboradas al calor de la

31 Vega, Fernando. “La nueva ley de amparo de garantías individuales. Comentarios acerca de sus disposiciones más importantes. Ensayo crítico filosófico de la ley”. México, Imprenta de J. Guzmán, 1883.

32 *Ibid.*, p. 154.

33 *Ibid.*, p. 283.



interpretación que aseguran la eficacia de las leyes terminantes que explican las dudosas ú oscuras y que suplen también las que no satisfacen las necesidades de los ciudadanos: en otros términos es el derecho no escrito. Y si la ley escrita es mudable, si su existencia obedece á los impulsos de las evoluciones sociales, por los cuales se muda y se transforma ¿la no escrita podría escapar á esa fuerza invencible? De ningún modo, y sin embargo tal es la pretensión que engendra la nueva faz que acaba de imprimirse á las teorías que me estoy permitiendo combatir, porque á fuerza de rehusar de desechar sin solemnidades las demandas de amparo que imploran alguna teoría des acorde con la jurisprudencia establecida, esta jurisprudencia queda inalterable y revestida de cierto carácter de infalibilidad, que la hará más poderosa que la ley misma, más omnimoda y sobre todo más imperecedera, casi inmortal.<sup>34</sup>

En el ambiente cultural mexicano flotaba ya la jurisprudencia como fuente de renovación del derecho. Autores extranjeros y locales hablan profusamente de ella en el nuevo tipo de exposición doctrinal que se estila. La doctrina científica del derecho ya parece provenir de las elaboraciones de los jueces. La expresión legislativa que recibió esta tendencia, no obstante, resultó excesivamente dura, represiva y formalista. “Terrorista”, incluso la llamó Vega. Una nueva reforma al procedimiento de amparo, ahora en el unificado Código de Procedimientos Civiles Federales de 1897 acoge estas dudas sobre el excesivo valor de la jurisprudencia y regresa a una solución más clásica. En la exposición de motivos al Código se explica cómo el nuevo procedimiento de amparo “se asimilará en cuanto fuere posible al del orden común para unificar la legislación aprovechando, sin embargo, las

lecciones de la experiencia á fin de no incurrir en los defectos de los Códigos vigentes”.<sup>35</sup> El octavo fundamento de la reforma manda que “[l]a jurisprudencia que formen los Tribunales federales no tendrá fuerza obligatoria y será considerada sólo como especulación científica”.<sup>36</sup> Para lograr ese propósito el triángulo normativo del Código de 1882 queda reducido a un solo elemento. En efecto, el artículo 826 del nuevo Código dice que “[l]as sentencias de amparo sólo favorecen á los que hayan litigado en el juicio y no podrán alegarse por otros como ejecutorias para dejar de cumplir las leyes ó providencias que las motivaren”. Y con ello, fin del asunto. Quedan así atrás los apremios penales y disciplinarios y parece regresarse a la idea de que la jurisprudencia es meramente asunto *inter partes*.

A pesar de estas oscilaciones, sin embargo, el poder federal mexicano ya había ganado un enorme poder de disciplinamiento de sus propios jueces y de los jueces estatales. Esto se reflejará luego en las normas de la Ley de Amparo de 1936 que sigue vigente al día de hoy y que constituyen el núcleo del actual sistema mexicano de jurisprudencia. Su artículo 192 define las condiciones de formación de la jurisprudencia y las consecuencias de ello:

La jurisprudencia que establezca la Suprema Corte de Justicia, funcionando en pleno o en salas, es obligatoria para estas en tratándose de las que decreta el pleno, y además para los tribunales unitarios y colegiados de circuito, los juzgados de distritos los tribunales militares y judiciales del orden común de los estados y del distrito federal; y tribunales administrativos y del trabajo, locales o federales.

34 *Ibid.*, pp. 262-263.

35 Véase al respecto el “Código de procedimientos civiles federales con las anotaciones hechas por Lic. Antonio de J. Lozano”. México, Herrero Hermanos editores, 1901, p. 13.

36 *Ibid.*, p. 14.

Las resoluciones constituirán jurisprudencia, siempre que lo resuelto en ellas se sustenten en cinco sentencias ejecutorias ininterrumpidas por otra en contrario, que hayan sido aprobadas por lo menos por ocho ministros si se tratara de jurisprudencia del pleno, o por cuatro ministros, en los casos de jurisprudencia de las salas.

También constituyen jurisprudencia las resoluciones que dilucidan las contradicciones de tesis de salas y de tribunales colegiados.

Es doctrina legal la interpretación que la Corte Suprema dé a unas mismas leyes en tres decisiones uniformes. También constituyen doctrina legal las declaraciones que haga la misma Corte, en tres decisiones uniformes, para llenar los vacíos que ocurran, es decir, en fuerza de la necesidad de que una cuestión dada no quede sin resolver por no existir leyes apropiadas al caso. La Corte, para interpretar la leyes, tendrá en cuenta lo dispuesto en los artículos de 27 á 32 del actual Código Civil de la Nación.

## 7. La ambivalencia colombiana: ¿“doctrina legal” o “sistema libre de jurisprudencia”?

Pero las salvaguardias regionales que la doctrina legal habría de asumir se empiezan a ver con más claridad y detalle, por ejemplo, en la norma de casación colombiana de 1886. El desarrollo del papel de la jurisprudencia en Colombia acusó a finales del siglo XIX la marcada influencia de los acontecimientos europeos. Con la expedición de la Ley 61 de 1886 se organizó el poder judicial de la nueva república reconstruida después de la guerra civil de 1885-1886, ocasionada por luchas regionales y federales. En el artículo 36 de esta ley se establecía el recurso de casación “con el fin principal de unificar la Jurisprudencia”. Esta función adquiría toda su dimensión en el artículo 37, cuando establecía en la causal primera de casación lo siguiente: “Son causales de nulidad, para el efecto de interponer el recurso de casación, los hechos siguientes: 1.º Ser la sentencia, en su parte dispositiva, violatoria de la ley sustantiva ó de doctrina legal, ó fundarse en una interpretación errónea de la una ó de la otra.”

El artículo 39 se apresuraba a definir el concepto de doctrina legal exactamente dentro de las líneas de la tradición española que estudiamos más arriba:

El desarrollo del papel de la jurisprudencia en Colombia acusó a finales del siglo XIX la influencia de una tradición jurídica europea que ya empezaba a dar muestras de conflicto interno y de acelerada renovación. La discusión subsiguiente sobre el valor de la jurisprudencia en Colombia se da entonces dentro del marco del establecimiento de una Corte Suprema de Justicia con funciones de casación y unificación de la jurisprudencia nacional. Las luchas sobre el valor de la jurisprudencia en Colombia también muestran las dudas, flujos y reflejos que vimos para el caso de México en el período 1882-1898. La oscilación colombiana se haría en un tiempo algo más corto y nunca habría de regresar, al menos durante el siglo XX, a un sistema obligatorio de jurisprudencia. Esto nos exige hacer un seguimiento desarrollo al recurso de casación en la rápida sucesión de reformas que tuvo la noción de doctrina legal en el decenio 1886-1896, después de la expedición de la Ley 61. Esta década concentró la discusión en torno al valor de la jurisprudencia de la Corte Suprema. En los últimos años del siglo XIX se alcanzó una definición más bien estable del tema que ha dominado hasta ahora en la cultura jurídica colombiana. El caso es también paradigmático de la situación latinoamericana en general.

Bajo la Constitución colombiana de Rionegro de 1863 se habían creado sistemas



judiciales estatales con plena independencia para interpretar el derecho soberano de los estados federados<sup>37</sup> y, por tanto, con capacidad de establecer criterios propios de interpretación de la ley.<sup>38</sup> Luego de una cruenta guerra civil el partido nacionalista se impone y expide la Constitución centralista de 1886 en la que se da entierro de segunda al experimento de los “Estados Unidos de Colombia”. En la medida en que el Código Civil chileno de Bello había sido uniforme (aunque independiente y soberanamente) promulgado por los estados de la unión federal en el período 1863-1885, resultaba perfectamente posible que en el país ya existiera jurisprudencia discordante sobre este mismo texto legal. La Ley 61 de 1886, que organizaba el poder judicial luego de la expedición de la nueva Constitución de 1886, no escondía el propósito de “nacionalización” de la jurisprudencia: “Ninguna de las atribuciones asignadas á la Corte Suprema en la Constitución ó en esta ley será ejercida por los Tribunales de Distrito, aun cuando conforme a la legislación de alguno de los extinguidos estados, correspondiera ejercerla al Tribunal Superior del Estado”.<sup>39</sup> El recurso de casación aseguraba la unificación jurisprudencial de manera mucho más clara ya que, como hemos visto, la violación o interpretación errónea de la doctrina legal era causal de infirmación de las sentencias de instancia.

El respeto de la “doctrina legal” solo era posible a nivel práctico si las sentencias de la Corte Suprema de Justicia eran difundidas de la manera más masiva posible. Se crea así

la “Gaceta Judicial, Órgano oficial de Corte Suprema de Justicia”.<sup>40</sup> Su primer número de 12 de febrero de 1887 muestra sus objetivos políticos y jurídicos con gran fuerza:

Objeto de este periódico.

El régimen federal que imperó en la República desde 1863, había creado diferencias más o menos profundas y sustanciales en la legislación de los nueve Estados que al presente son Departamentos nacionales, produciendo discordancias en la vida social, en la familia, en la constitución de la propiedad, y en los procedimientos judiciales de los colombianos, que á la verdad no tenían razón de ser en el seno de un pueblo natural e históricamente unido por comunes sentimientos, caracteres y necesidades. Al mal de la diversidad de nueve cuerpos de legislación se añadía toda la legislación propiamente nacional, y nada era más difícil que hacer imperar en Colombia la unidad del Derecho y la uniformidad de la Justicia.

Guiado por altos propósitos de concordia nacional y de unificación de todos los grandes elementos de prosperidad con que contaba el país, el Consejo Nacional Constituyente reconoció la verdad de los hechos históricos y la necesidad de acomodar á ellos las instituciones políticas, y resueltamente proclamó la unidad de la República, como la base fundamental de la reconstitución y de toda reforma en lo futuro. Procediendo con la necesaria consecuencia, dio nuevas formas al Poder Judicial, y admitió los recursos de casación, entre los nuevos procedimientos judiciales, con el fin muy loable de asegurar la justicia en todas partes y abrir campo á la fijación, por medio del más alto Tribunal, de principios y reglas que, estableciendo una Jurisprudencia nacional,

37 Decía, en efecto, el artículo 21 de la Constitución de 1863: “El poder judicial de los Estados es independiente. Las causas en ellos iniciadas conforme a su legislación especial, y en asuntos de su exclusiva competencia, terminarán en los mismos Estados, sin sujeción al examen de ninguna autoridad extraña”.

38 Al explicar el nacimiento del recurso de casación en Colombia, Murcia Ballén afirma: “Antes de 1886 no existió en Colombia el recurso de casación, porque el régimen político entonces imperante era contrario a la unificación jurisprudencial, puesto que los Estados soberanos tenían su propia legislación”. Murcia Ballén, Humberto. *Recurso de casación civil*. Bogotá, Editorial “El foro de la justicia”, 1983.

39 Ley 61 de 1886, artículo 99.

40 Este periódico oficial, existente hasta el día de hoy, fue establecido por el Decreto 62 de 1887.



serviesen de sólida garantía á todos los intereses que tienen en la ley su salvaguardia.<sup>41</sup>

Se presentaba así una tensión evidente entre dos textos fundadores del derecho positivo colombiano de finales del siglo XIX:<sup>42</sup> de un lado, el Código Civil se hacía eco a la lucha que los revolucionarios franceses habían llevado a cabo en contra del poder normativo general de la jurisprudencia de los tribunales del antiguo régimen y con confianza en el poder normativo plenario y completo de la Ley general y abstracta; del otro lado, sin embargo, la ley 61 y los objetivos anunciados en la Gaceta Judicial desde su creación buscaban unificar una jurisprudencia probablemente ya dispersa y con ello, se hacían eco, del clima de “judicialismo” e incluso de “jurisprudencialismo” que ya era tan notorio en la cultura jurídica europea que llegaba al Nuevo Mundo. Ese objetivo sólo era posible ordenándole a los Tribunales de Distrito que respetaran la doctrina legal de la Corte Suprema, so pena de casación de los fallos que la ignorasen. La noción de “doctrina legal”, igualmente, parecía denunciar los límites de la ley para la solución de todos los

casos presentados. Frente a este hecho se requería establecer una fuente complementaria y vinculante como lo había demostrado la experiencia española en donde se había reconocido el valor de la “doctrina legal” recibida.<sup>43</sup>

Como hemos visto, la ley 61 de 1886 le ordenaba a la Corte Suprema casar los fallos que violaran o interpretaran erróneamente la doctrina legal. Este sistema de disciplina jurisprudencial fue completado en el año de 1887 con la expedición de la Ley 153.<sup>44</sup> Lo que en la Ley 61 era apenas una causal de casación por violación de la doctrina legal se volvió en la Ley 153 una regla hermenéutica general aplicable por todos los jueces en casos dudosos. Esta orden directa a los jueces de instancia afianzaba así la causal de casación mediante la vinculación de los jueces inferiores a la jurisprudencia de la Corte en casos dudosos. En ese orden de ideas el artículo 10 de la ley 153 de 1887 dispuso que

[e]n casos dudosos, los Jueces aplicarán la doctrina legal más probable. Tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema, como Tribunal de Casación, sobre un mismo punto

- 41 República de Colombia. Gaceta Judicial: Órgano oficial de la Corte Suprema de Justicia. n.º 1, 12 de febrero de 1887, p. 1.
- 42 Aunque, como hemos afirmado varias veces, esta tensión es estructural en el derecho de muchos países de América Latina donde, a pesar de la consagración de la “doctrina legal”, los jueces reclaman para sí una muy fuerte autonomía judicial.
- 43 López Vilas hace notar con toda claridad la profunda tensión que también existía en España entre el Código Civil y las normas procesales. El Código Civil español de 1851 también reproducía, como el Código Bello, la norma del artículo 5 del Código Napoleón: “Se prohíbe a los Jueces proveer en los negocios de su competencia por vía de disposición general y reglamentaria”. Las normas procesales españolas, como hemos visto, aceptaban la noción de “doctrina legal”. Al respecto véase López Vilas, Ramón. *La jurisprudencia y su función complementaria del ordenamiento jurídico*, p. 72.
- 44 La Ley 153 de 1887 sirve como punto final del momento constituyente de la Regeneración al declarar, en su artículo 321 que “por virtud de [esta ley], el artículo H transitorio de la Constitución ha surtido sus efectos íntegros”. Dicho artículo transitorio disponía que “[m]ientras el Poder Legislativo no disponga otra cosa, continuará rigiendo en cada Departamento la legislación de dicho Estado”. La Ley 153, por tanto, declara abolidas completamente las legislaciones de los estados debido a que ahora existe un cuerpo completo de leyes nacionales que las reemplazan. La última pieza de esa refundación legal la hace la misma Ley 153 al dar reglas generales cada vez “que se advierta incongruencia entre las leyes, ú ocurra oposición entre ley anterior y ley posterior, ó trata de establecerse el tránsito legal de derecho antiguo á derecho nuevo” (artículo 1). Con esto, la Ley 153 cumplía con dos propósitos fundamentales: en su parte primera consagraba “reglas generales sobre validez y aplicación de la leyes”. Si se examina con cuidado, la primera parte de la Ley 153 es un cuerpo normativo autosuficiente. Consta de 49 artículos y termina con un artículo de derogaciones y modificaciones. El proyecto fue presentado y defendido por el presidente del Senado e ideólogo de la



de derecho, constituyen doctrina legal probable".<sup>45</sup> La Ley 61 y la ley 153, entonces, establecían en su conjunto una doctrina de respeto vertical fuerte a la jurisprudencia de la Corte Suprema pero sin llegar nunca al "sistema terrorista..."

...que por entonces intentó la legislación mexicana. El respeto a la jurisprudencia se consideraba tan importante en el proyecto político de la época que la Ley 153 vino además a añadir una nueva causal de casación, ya no por violación de la doctrina legal de la Corte, sino por violación del autprecedente al nivel de los tribunales superiores. El objetivo era lograr con la mayor rapidez posible la consolidación de un derecho nacional que anulara las inconvenientes diferencias locales engendradas por el federalismo.<sup>46</sup>

Una modificación posterior, en el artículo 371 de la ley 105 de 1890, incluso reducía el número de sentencias uniformes requeridas para declarar la existencia de la "doctrina legal", facilitando por tanto su creación:

Es doctrina legal la interpretación que la Corte Suprema dé a unas mismas leyes en dos decisiones uniformes. También constituyen doctrina legal las declaraciones que la misma Corte

haga en dos decisiones uniformes para llenar los vacíos que ocurran, es decir, en fuerza de la necesidad de que una cuestión dada no quede sin resolver por no existir ley apropiada al caso.

El artículo 369, 1.º de la misma ley mantenía como causal de casación la violación de la ley sustantiva y de la doctrina legal. El sistema se hacía aún más rígido ya que el artículo 383 de la misma Ley obligaba a que la Corte anunciara en cada sentencia, a manera de regla de derecho explícita, la doctrina legal allí definida "en términos claros, precisos y generales".<sup>47</sup> Esta obligación del artículo 383 llevó a la Corte a pensar que la doctrina legal una vez pronunciada, sería inmodificable en sede judicial y requeriría de reforma legal. Bajo esa comprensión, por supuesto, se trataba de un sistema excesivamente rígido de jurisprudencia vinculante.

## 8. La crítica a la doctrina legal

Curiosamente, sin embargo, el enorme poder que la doctrina legal parecía otorgarle a la Corte Suprema colombiana desde 1886 fue

---

Regeneración, don Miguel Antonio Caro. Al señor Caro le correspondió la explicación de la parte primera de la ley, lo cual hizo en la sesión congresional de 3 de agosto de 1887. Los artículos fueron aprobados sin modificación alguna con excepción del 1.º. El segundo objetivo general de la ley consistió en introducir variaciones, sobre todo en derecho de familia y penal, que permitían articular más adecuadamente la visión moral, política y económica de los regeneradores frente a la "liberalización" y, por tanto, "amoralización" del derecho civil que habían efectuado el radicalismo. Al respecto pueden verse a guisa de ejemplo los artículos 50 a 53, 73, 185 ss., 192 a 206, etc. de la Ley 153. La "liberalización" del derecho civil efectuada por la Convención de Rionegro se puede apreciar con toda claridad en las condiciones materiales que imponían los artículos 6, 7, 8 y 15 (entre otros) de la Constitución de 1863 a la "legislación civil" expedida por los estados federados.

- 45 La interpretación usual del artículo se inclinó por sostener que la inflexión verbal "aplicarán" señalaba, no una potestad, sino un deber de cumplimiento obligatorio.
- 46 En efecto, el artículo 239 de la Ley 153 de 1887 dispuso lo siguiente: "Agrégase a las causales para interponer el recurso de casación, en todos los negocios civiles y criminales en que las leyes lo otorgan, la de ser la decisión contraria en un punto de derecho a otra decisión dictada por el mismo Tribunal ó por dos Tribunales diferentes, siempre que las dos decisiones contrarias sean posteriores a la época en que empezó a regir la unidad legislativa". Con esta norma, sorprendentemente, quedó solidificada en Colombia la necesidad de respetar tanto el precedente horizontal como el vertical.
- 47 Decía literalmente el artículo 383: "Respecto de la primera causal de las mencionadas en el artículo 369, la Corte fijará siempre en dicha parte resolutive, en términos claros precisos y generales, que constituyan regla de derecho, la genuina inteligencia de las leyes aplicadas..." (Énfasis añadido.)

rechazado algunos años después por ella misma.<sup>48</sup> Este argumento, a primera vista curioso, es sin embargo estructural en América Latina: la obligación de respeto a la doctrina legal le quita, en vez de darle, poder a las cortes de cierre. ¿Cómo es esto posible? El sistema de la doctrina legal terminaba siendo en realidad, en opinión de la Corte, excesivamente rígido. En sus informes al Congreso (en una versión local del referé legislativo francés establecido por la Ley 61 de 1886)<sup>49</sup> la Corte se quejaba de los “defectos” de “incoherencia” que tenía el sistema de la doctrina legal frente a la cultura jurídica nacional. En el informe de 1892 al Congreso, la Corte “pasa a daros cuenta de las dudas, vacíos, contradicciones e inconvenientes que ha notado en la aplicación de las leyes”.<sup>50</sup> La crítica al sistema de la doctrina legal fue particularmente dura, en especial a la obligación cuasilegislativa de anunciarla en las sentencias “a manera de regla general de derecho” como establecía el artículo 383 de la Ley 105. La declaración de la Corte también examina implícitamente el problema relacionado con la identificación precisa (“a manera de regla

general de derecho”) de la *ratio decidendi* de sus fallos:

La Corte ha procurado decían los magistrados en 1892<sup>51</sup> llenar hasta donde le ha sido posible esta grave y difícil atribución [del art. 383 de la Ley 105]:<sup>52</sup> pero ha observado que ella aminora en gran parte el fin primordial del recurso, que consiste en la discusión y aplicación de las leyes y doctrinas de derecho a los casos particulares, para que del estudio de sus sentencias pueda deducirse la verdadera doctrina legal y lograrse poco a poco la uniformidad de la jurisprudencia, como sucede en las naciones que han establecido este recurso, especialmente en Francia donde tuvo su origen, y de donde, en consideración a sus plausibles resultados, se ha ido extendiendo a diversos países.

Pero reducida la doctrina legal a los estrechos límites de una declaración general y abstracta sobre un punto de derecho, formulada como un verdadero artículo de ley, la Corte viene a asumir las atribuciones del legislador, sin la libertad de este: porque el Cuerpo Legislativo puede reformar las leyes y debe hacerlo cuando de su aplicación resultan inconvenientes, y la Corte, según la estrechez de nuestra ley de

48 En el trámite de la Ley 61 de 1886 los magistrados de la Corte Suprema no solamente no se opusieron a la “doctrina legal”, como a partir de 1892 lo empiezan a hacer, sino que abiertamente le dieron la bienvenida. Véase al respecto la intervención del magistrado Angarita en la sesión de 22 de octubre de 1886, D.O. Año XXII, n.º 6858, p. 1201.

49 Se disponía en el artículo 135 que “en todo caso en que la Corte Suprema ó algún Tribunal Superior de Distrito encontraren, al fallar en cualquier causa, que hay algún defecto en la legislación, por incoherencia, contradicción ó vacío, ó que por causa de defectos en la administración pública sufren perjuicio los intereses nacionales, deberán dirigir las indicaciones del caso al Congreso, ó al Gobierno, según la naturaleza de los defectos notados, a fin de que puedan ser corregidos por quien corresponda.” Sobre la institución del *referé* legislativo, véase López Medina, Diego. *Teoría impura del derecho*. Bogotá, Legis, p. 258

50 Gaceta Judicial, 16 de agosto de 1892 año VII, n.º 348, p. 28.

51 En 1892 la Corte Suprema de Justicia estaba conformada por siete magistrados según lo disponía el artículo 146 original de la Constitución de 1886. Eran ellos los señores Lucio Pombo, Luis Isaza, Jesús Casas, Manuel Ezequiel Corrales, Mariano Medina, Emilio Ruiz y Juan Evangelista Trujillo.

52 Existen, en efecto, varias sentencias de esos años en las que la Corte cita la existencia “doctrina legal” ya formada como fundamentación incontrovertible de sus fallos: así, en sentencia de 16 de marzo de 1891 dice la Corte que no puede ocuparse de la revisión de una sentencia del Tribunal de Santander “porque ya ha establecido la doctrina, de acuerdo con las respectivas leyes de procedimiento, de que sólo pueden ser objeto del recurso de casación las sentencias que propiamente se consideran con el carácter de definitivas”. Véase al respecto Gaceta Judicial, año VI, n.º 267, abril 8 de 1891, p. 50. Otro ejemplo puede resultar útil: en sentencia de 29 de agosto de 1891 la Corte recuerda que ha “fijado una doctrina” con relación a la diferencia que hay entre la apelabilidad judicial de la imposición de multas y sanciones administrativas frente a las cláusulas penales de contratos civiles. Véase al respecto Gaceta Judicial, año VI, n.º 295, 21 octubre 1891, p. 294.



casación, quizá no puede variar una doctrina legal, aunque mejores estudios y el progreso constante de la ciencia jurídica demuestren el error en el que se había incurrido...

Por otra parte, reducida la fuerza de las doctrinas de la Corte de Casación a un principio formulado en los términos indicados, quedan sin valor alguno las consideraciones determinantes del fallo, que es en donde generalmente suelen encontrar las doctrinas que pueden servir de guía a los abogados, Jueces y Tribunales en casos semejantes.<sup>53</sup>

anunciada por la sentencia y no la *ratio decidendi* de la misma, es decir, los argumentos y consideraciones que permitían que un determinado caso se hubiera decidido de determinada forma. Se apreciará, en conclusión, que para la Corte de 1892 la objeción contra la doctrina legal no radicaba tanto en negar la importancia genérica de la jurisprudencia como fuente de derecho, sino más bien en oponerse (y con razón, según creo) a los contornos particulares del sistema excesivamente rígido implantado por las leyes 61 de 1886, 153 de 1887 y 105 de 1890.

La Corte, en su informe de 1894, reporta que “se complace en dar testimonio de que la mayor parte de las observaciones hechas” han sido acogidas por el Congreso y atendidas en varias leyes. En el caso de la doctrina legal ocurrió algo similar: el artículo 383 de la Ley 105 fue efectivamente derogado por el artículo 87 de la Ley 100 de 1892 (en respuesta a lo argumentado en el informe de ese año), con lo que quedó suprimida la obligación de dar forma cuasilegislativa a las subreglas jurisprudenciales elaboradas en las sentencias de casación. Pero esta modificación del sistema no era suficiente ante los ojos de la Corte: en el informe de 1894 la Corte vuelve a insistir en su crítica a la doctrina legal, ahora con argumentos de mayor alcance a los propuestos en 1892. En primer lugar, era claro que la derogatoria del artículo 383 no resolvía definitivamente el problema ya que subsistían otras normas “que deben ser abolidas en interés de los principios y por conveniencia pública”.<sup>54</sup> La Corte se refería, por supuesto, a la norma que establecían una causal de casación por violación de la doctrina legal. Esta norma resultaba inconveniente para la Corte Suprema porque:

44

Para la Ley 105, por tanto, la doctrina legal debía ser disecada en forma definitiva como artículo de ley en “términos claros, preciso y generales”. La jurisprudencia se convertía así en productora de normas positivas que clarificaban problemas interpretativos o llenaban vacíos. Para la Corte, en cambio, “la verdadera doctrina legal” consistía en observar con detenimiento los argumentos que se utilizaban en la resolución del caso concreto para de allí extraer criterios de solución flexibles que fueran afinando el derecho en casos futuros. La idea de “verdadera doctrina legal” resultaba más flexible porque le permitía a la Corte (que para la época apenas era una institución joven en el primer decenio de su vida institucional) ir avanzando mediante prueba y error hasta lograr, con el tiempo, una verdadera tradición jurisprudencial. Para la Corte existía una doble razón para criticar la institución de la doctrina legal: primero, la resistencia a aplicar la doctrina legal (en el autoprecedente o precedente horizontal) radicaba en que “congelaba” prematuramente la jurisprudencia; y segundo, la objeción a la aplicación de la doctrina legal en la relación vertical con los jueces de instancia (ordenada en la Ley 153) radicaba en que obligaba a los inferiores a buscar la “regla general” explícitamente

53 Gaceta Judicial, 16 de agosto de 1892. Año VII, n.º 348, p. 291. (Énfasis añadido.)

54 Informe de la Corte Suprema de Justicia al Congreso de 1894. Gaceta Judicial, 7 septiembre 1894, año X, n.º 473, p. 34.

[a] establecerse en Francia y en otras naciones que ha seguido su ejemplo, los Tribunales de Casación, no se creyó que debía derogarse el principio de legislación universal de que las sentencias sólo tienen fuerza obligatoria en los juicios en que fueron pronunciadas, y de que el Juez, al contrario del Legislador, sólo resuelve sobre el pasado y sus fallos no afectan el porvenir.<sup>55</sup>

Con ello la Corte no niega que la jurisprudencia pueda tener algún nivel persuasivo, pero sin llegar a convertirse en fuente formal de derecho:

si las decisiones judiciales llegan a fijar la inteligencia de las leyes o a colmar los vacíos que en ella existan, no es por modo de disposición general, sino por la natural autoridad que sus doctrinas infunden, por la fuerza de las razones que expongan, y, sobre todo, si los Tribunales están en desacuerdo con esas doctrinas, al fin prevalecen las de la Corte Suprema, mediante el mismo recurso, ó son aceptadas las de los Tribunales, si en definitiva la Corte se persuade que ha errado en alguna doctrina, lo que acontece a veces, merced al adelanto continuo de la ciencia ó al mejor conocimiento de las fuentes del derecho y de la historia de su establecimiento.<sup>56</sup>

## 9. Nacimiento de la “doctrina probable” y del sistema libre de jurisprudencia

Las observaciones de la Corte tuvieron rápida acogida en el Congreso colombiano. La ley 169 de 1896 reformó el recurso de casación mediante dos disposiciones fundamentales: en primer lugar, el artículo 2 redefinió la causal primera de casación al establecer que podían ser atacadas “la sentencia violatoria de ley

sustantiva, ya sea efecto de una interpretación errónea de la misma ley, ya de indebida aplicación de ésta al caso del pleito”. Esta redacción, como resulta evidente, eliminaba la referencia expresa a la doctrina legal. En segundo lugar, el artículo 4 de la ley introdujo la regla sobre el valor de jurisprudencia que ha continuado vigente en Colombia hoy: tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema como Tribunal de Casación sobre un mismo punto de derecho constituyen doctrina probable, y los jueces podrán aplicarla en casos análogos, lo cual no obsta para que la Corte varíe la doctrina en caso de que juzgue erróneas las decisiones anteriores.<sup>57</sup>

La discusión dada entre 1886 y 1896 pone en contexto y permite apreciar de manera más clara el sentido de la nueva noción de “doctrina probable”. La nueva norma, como apreciará el lector, trata de resolver directamente los problemas señalados por la Corte en su informe al Congreso de 1894. Busca, primero, aclarar que la doctrina es tan solo “probable” y por tanto puede ser variada con el tiempo por la propia Corte, salvando así la excesiva rigidez cuasilegislativa del sistema de la “doctrina legal”. Observe el lector que en puridad ello no significa que la Corte no tenga que respetar su jurisprudencia constante, sino que la puede cambiar cuando esta sea errónea. Se trata, evidentemente, de dos proposiciones diferentes. De otro lado la norma posibilita (y por tanto no los obliga) a que los jueces utilicen la doctrina probable como fundamento de sus fallos.

Los comentaristas colombianos de la época rápidamente interpretaron el artículo 4 como el anhelado regreso a un “sistema libre de jurisprudencia” en el que los jueces podían

55 *Ibid.*, p. 34. (Énfasis añadido.)

56 *Ibid.*

57 Énfasis añadido. El artículo está todavía vigente en Colombia y fue declarado constitucional en la sentencia C-836/01. En esta sentencia, como se verá más adelante, el artículo es profundamente reinterpretado por la Corte Constitucional.



(o no) usar la jurisprudencia, y la Corte de Casación podía variarla. Esta visión del problema ya era articulada muy tempranamente por el civilista Antonio José Uribe en un texto de 1903:

Así como lo dice el artículo 17 del Código Civil, las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria [...] Sin embargo, el artículo 10 de la Ley 153 de 1887 contenía una disposición muy restrictiva de este principio [...] De este modo cuando la Corte Suprema había dictado tres decisiones uniformes sobre un mismo punto de derecho, los demás tribunales tenían que conformarse a su interpretación y en contra de lo establecido en la ley civil sustantiva,<sup>58</sup> la Corte gozaba de una atribución análoga a la de los antiguos Parlamentos: se declaraba que la tercera sentencia dictada por ella sobre un punto de derecho, conforme a las anteriores, valía como sentencia general y reglamentaria.

Quizá una disposición semejante tenía algunas ventajas prácticas; podía evitar recursos ante la Corte Suprema porque se juzgaran inútiles. Sin embargo, era contraria a la separación de los poderes legislativo y judicial, y podía originar serias dificultades.

En primer lugar, había que preguntar: ¿La Corte quedaba también ligada por tres decisiones suyas uniformes? Si se optaba por la afirmativa, resultaba que la Corte era poder Legislativo, con la sola obligación de decidir tres veces en el mismo sentido, obligación que también se impone, en cierto modo, al Congreso, con la exigencia constitucional de tres debates forzosos por cada proyecto de ley.<sup>59</sup> La experiencia demuestra que las cortes supremas modifican su jurisprudencia frecuentemente. Con el tiempo cambian las ideas y los

hombres. A veces después de diez, quince y más decisiones en el mismo sentido, la Corte de Casación francesa ha adoptado el sistema opuesto. Toca al legislador resolver las dificultades de una manera definitiva, pero es por todo extremo peligroso conferir un poder de tal clase a la Corte Suprema.

Si, por otra parte, como creemos que debía decidirse, la Corte no quedaba ligada por tres decisiones suyas uniformes, resultaba que los tribunales inferiores quedaban obligados por la ley a conformarse a una doctrina que la Corte Suprema podía variar. Así, suponiendo que un Tribunal hubiese fallado según la doctrina legal en asuntos en los cuales podía recurrirse a la Corte, si esta no cambiaba de opinión, se anulaba la sentencia, aunque estuviese conforme a la ley. Si el juez no se ajustaba a la disposición del artículo 10, era forzoso infirmar la sentencia por violación de dicho artículo, aunque la Corte estimara el fallo aceptable en el fondo. Como se ve, cualquiera que hubiese sido la interpretación del artículo 10 de la ley 153 de 1887, habría conducido a resultados inaceptables: si se admitía que la Corte quedaba ligada por sus propias decisiones, se la investía de facultades legislativas y se impedía el progreso de la jurisprudencia; sino, se llegaba a una extraordinaria confusión.

El artículo 371 de la Ley 105 de 1890 agravó el sistema de la doctrina legal de que estamos hablando [...]. La misma Ley 105 de 1890 concedía de una manera expresa (artículos 369 y 370) el derecho de interponer recurso de casación contra sentencias violatorias de la doctrina legal.

El Congreso de 1896 reformó, a solicitud de la Corte Suprema misma, las disposiciones anteriores, por medio del artículo 4.º de la Ley 169...<sup>60</sup>

58 La alusión de Uribe es al artículo 17 del Código Civil colombiano.

59 Se refiere aquí Uribe al numeral 1.º del artículo 81 de la Constitución de 1886 que exigía, para que un proyecto fuera Ley de la República, que este hubiera "sido aprobado en cada Cámara en tres debates, en distintos días, por mayoría absoluta de votos". Se trata de la época republicana anterior al estado administrativo contemporáneo en que todo el trabajo legislativo se hacía en plenarios y donde un proyecto de ley era considerado reiteradamente (seis debates en plenaria!) para asegurar su concordancia con el ideal político de la voluntad general.

60 En el texto original Uribe procede a esta altura a transcribir el artículo 4 de la Ley 169. En dicha transcripción, las expresiones "podrán" y "varíe" son destacadas en *italica* por el mismo Uribe. Se trata, por supuesto, de un gesto muy categórico.

La conclusión de los argumentos de Uribe es rotunda y constituye la idea dominante desde entonces hasta nuestros días. “Esto equivale a suprimir en absoluto el sistema de la doctrina legal, restableciendo la libertad para todos los jueces y tribunales, y habría bastado al efector derogar pura y simplemente las disposiciones que atrás hemos analizado.”<sup>61</sup>

### 10. A manera de recuento: características convergentes de la “doctrina legal” en América Latina

¿Puede hacerse un resumen de un conjunto tan vasto de elementos? ¿Es el panorama que acabo de mostrar tan solo la fantasía de un comparativista que busca (o quizá que fuerza) convergencias y paralelismos en experiencias históricas tan variadas y, sí, por qué no reconocerlo, tan fragmentadas? ¿Tiene sentido hablar de tendencias regionales de formación de jurisprudencia en América Latina?

Los hechos son tozudos y nos inclinan a ser optimistas sobre la posibilidad de tal reconstrucción panorámica. Veamos algunas similitudes regionales: en toda América Latina, por ejemplo, se utilizan conceptos tales como la “jurisprudencia constante” y la “doctrina legal” para determinar el valor normativo del derecho creado por los jueces. Este uso refleja la historia intelectual y normativa que se intentó resumir en párrafos anteriores. Estos conceptos, de otro lado, son apenas el campo en donde se desenvuelve, en toda la región, tensiones muy fuertes entre, de un lado, la necesidad de armo-

nizar criterios interpretativos en una misma jurisdicción con el reclamo y, del otro, la defensa, aún muy insistente, que se hace de la autonomía adjudicativa de los jueces y de su exclusiva dependencia y responsabilidad frente a la ley.

Para continuar con las convergencias hay que afirmar que hay otra, esta vez del lado de los destinatarios del derecho: en la mayoría de las sociedades y mercados latinoamericanos no se piensa, en realidad, que la jurisprudencia pueda establecer reglas primarias de conducta *ex ante*; a pesar de ello, ya iniciado el pleito judicial, *ex post* si se quiere, se usa el argumento basado en la jurisprudencia con innegable frecuencia. Esto se debe, además, a una característica fundamental de la jurisprudencia latinoamericana pero que con frecuencia permanece relativamente invisible: existe en muchos países de la región un exuberante florecimiento de jurisprudencia relativa al proceso judicial y sus múltiples incidentes, a la casación, a sus causales y a las formas cómo los abogados deben estructurar el recurso. En ese sentido, la jurisprudencia de los jueces parece ensimismada y autorreferencial: se mira su propio ombligo tratando de definir, a veces con exasperante detalle, la interpretación de normas procesales y casacionales.

A la luz de este panorama común, ¿se reconoce o no la jurisprudencia como fuente de derecho? Y si tiene algún valor normativo ¿en qué consiste con precisión? Lo que hemos intentado hasta ahora es una clarificación histórica y genealógica del concepto desarrollo del tema. En América Latina, podemos concluir, existe efectivamente una comunidad de sentido y estilo en el tratamiento de



61 Uribe, Antonio José. Introducción. *Jurisprudencia colombiana*, Bogotá, Imprenta Nacional, 1900, pp. XXX-XXXII (énfasis fuera de texto). La introducción está fechada en 1903 (agosto 12) aunque el libro aparece con fecha de publicación de 1900. Más arriba he sostenido que el artículo 4, si se lee en el contexto histórico de su promulgación, no es equivalente a la derogatoria pura y simple de las normas que establecían la doctrina legal. Sin embargo, es preciso aceptar que la interpretación de Uribe terminó siendo dominante desde entonces.

la jurisprudencia: basta hablar con jueces y abogados de diferentes jurisdicciones para entender que los distintos derechos nacionales no son, en realidad, una plétora de soluciones dispersas y particulares, sino más bien expresiones nacionales de un tronco jurídico-ideológico común. ¿Cómo explicar y entender ese tronco común? De nuevo, las páginas anteriores son un esfuerzo en ese sentido.

48 Y si es cierto que hay un tronco común, una estructura desde la cual entender el valor de la jurisprudencia en la región, ¿qué conclusiones se pueden sacar? Conviene aquí intentar un rápido recuento de lo que se ha aprendido hasta ahora. La primera conclusión firme puede ser esta: América Latina hizo el tránsito, de la mano de Europa, de una profunda fobia política hacia el derecho de los jueces, a la aceptación posterior de un “judicialismo” y un “jurisprudencialismo” que ya parece estar bien formado en el viejo continente a mediados del siglo XIX y que se empieza a recibir en América a finales del mismo. Este giro hacia el “jurisprudencialismo” se nota con toda claridad, como marca de época, en los libros, comentarios y sentencias que cruzaban el Atlántico y, luego, en la doctrina científica del derecho que empiezan a escribir las élites jurídicas criollas hacia 1880. La consolidación de las cortes supremas de justicia regionales (también después de 1880) se hizo en un momento en que ya no reinaba de forma suprema la ideología legalista de la revolución francesa, sino su adaptación más centralista, más autoritaria quizá, de la “doctrina legal” en el modelo de enjuiciamiento civil español.

Esta recepción del modelo español de la doctrina legal se explica por una confluencia de causas y circunstancias, no todas ellas “funcionales” o “racionales”: de un lado, en su vertiente más irracionalista, hay que reconocer el impacto todavía poderoso de la

influencia y de la estatura del derecho europeo en las culturas jurídicas locales que todavía (quizá como ahora) no se habían liberado completamente del trauma de la dependencia colonial; esta influencia de las ideas españolas, por otro lado, coincidió quizá contingentemente con necesidades políticas de centralización del poder en países cuyas dinámicas federalistas o regionalistas amenazaban la estabilidad nacional. Además, en la cultura general, las corrientes del positivismo científico de finales del siglo XIX estuvieron también relacionadas con el renacimiento del valor de la jurisprudencia, a la que le daba la estatura de doctrina científica en el campo del derecho. Este conjunto de factores no forma aún una explicación completa de las causas por las cuales el jurisprudencialismo europeo impactó el derecho local de Hispanoamérica. Sin embargo, son suficientes para explicar las líneas estructurales de una convergencia que se nota todavía al día de hoy en los conceptos, usos, prácticas y teorías del derecho en la región

¿Qué modelo de jurisprudencia se recibió en la región? Una característica de la doctrina legal es que se trata de un sistema relativamente formalista de jurisprudencia. Por “formalista” se quiere decir que el sistema está basado en reglas legales explícitas. Esta es una diferencia importante con el *common law* en donde el *case law* tiene una fuerza normativa de procedencia cultural o “consuetudinaria”, en quienes prefieren esta expresión hoy en día más bien inexacta. En América Latina la cultura jugó también su parte, como hemos visto, pero en todos los países se reputa como central la expedición de normas legales que definieron el valor normativo de la jurisprudencia. Estas normas, como hemos visto, no controlan definitivamente a la jurisprudencia, pero a los juristas de la región les es difícil analizar el tema por

fuera del estricto marco normativo. Se abre así un boquete entre el valor de iure de la jurisprudencia y su uso de facto. Desde el punto de vista de iure, el sistema latinoamericano de jurisprudencia es, pues, formalista: lo define la ley que además precisa quién la puede expedir y certificar (regla de origen y certificación), con qué tanta uniformidad (regla de reiteración) y cuáles son las consecuencias de su violación (regla sancionatoria).

La primera y más importante de estas reglas es que no puede existir jurisprudencia vinculante sin “reiteración”. En la mayor parte de los países se exige un número fijo de sentencias en un mismo sentido: siguiendo a los españoles casi siempre se habló de 3 sentencias, pero el número llegó a aumentar a 5 (en México y Guatemala) o reducirse a 2 (en una ley colombiana de 1891), exigiéndose además que estas fueran “ininterrumpidas”. En otros países no existe una definición legal, pero existe la impresión que se requiere tal reiteración. En el *common law*, de otro lado, la existencia de jurisprudencia vinculante pro futuro es una cuestión hermenéutica (o cualitativa, si se prefiere) y no cuantitativa. Una sola decisión puede, dada las condiciones adecuadas, ser considerada la regla protegida por el principio de *stare decisis*. En América Latina la prueba de la reiteración jurisprudencial, pues, es legalmente exigida pero pronto se reveló como una debilidad del sistema. Incluso al día de hoy, con sistemas de búsqueda electrónica, las cortes supremas de la región en general no conservan un adecuado archivo histórico de sus líneas jurisprudenciales y por tanto tienen significativos problemas en anunciar, de manera formal, que existe el número de reiteraciones necesaria para declarar vinculante una doctrina. Es por esta razón que hablan de su jurisprudencia con gran frecuencia pero sin llegarle a dar el peso formal de doctrina legal.

La excepción a esta timidez en la declaración formal de jurisprudencia está en México: allí se cuenta desde 1936 con un sistema oficial de archivo y certificación de “tesis jurisprudenciales” vinculantes donde la Corte emprende directamente la labor de estudiar el material jurisprudencial y considerar formada una tesis o doctrina estable. Además, y a diferencia de los otros países, este trabajo de certificación es publicado oficialmente: existe así, pues, un digesto oficial de “tesis vinculantes” que, por tanto, recibe una deferencia muy diferente a los compendios meramente privados que se publican en el resto de la región. En la actualidad esta jurisprudencia mexicana está en su “Novena época” y se publica en el Semanario Judicial de la Federación que en varios tomos contiene la masa total de jurisprudencia que se considera vigente.

En el resto de América Latina las dificultades de probar formalmente la reiteración han hecho que todos los actores del sistema, tanto jueces como abogados, la invoquen de manera informal, pero sin pretender en realidad llegar a probar la existencia de una “doctrina legal”. Así, pues, es rarísimo encontrar cargos de casación que acusen directamente a una sentencia de instancia de violación de doctrina legal; en vez de ello, los litigantes y los jueces argumentan una violación directa del texto de la ley al tiempo que apoyan esos argumentos en citas jurisprudenciales. Nace así lo que he denominado el sistema jurisprudencial de facto: existe el sistema de “doctrina legal” pero decaído, obsoleto, incluso incomprendido; al tiempo que ello ocurre la jurisprudencia es profusamente citada en los documentos jurídicos pero para mostrar que, en realidad, se ha violado la ley de manera directa. Se forma así una extraña mezcla entre la cultura de la legalidad y el continuo uso y abuso de la jurisprudencia si no como



fuentes de derecho, al menos sí como cantera de argumentos jurídicos. Al preguntar a los operadores jurídicos si la jurisprudencia que invocan ha creado derecho, ignoran el problema asumiendo que la sentencia lo que hizo, de hecho, fue una interpretación estrictamente literal de la ley. Las normas de origen jurisprudencial se presentan así como argumentos estrictamente legales: lo que “la ley dice” se termina así confundiendo rápidamente con lo que la “jurisprudencia interpretó”. El derecho de los jueces pierde así autonomía y, a pesar de reconocer la creación judicial del derecho, la cultura jurídica se devuelve, casi que naturalmente, a una comprensión legocéntrica clásica del funcionamiento de las fuentes y de la interpretación. Este sistema jurisprudencial de facto se alimenta así de una cultura jurídica popular que, en general, no reconoce ni comparte el aliento “jurisprudencalista” que se intentó a finales del siglo XIX.

En segundo lugar, la jurisprudencia debe cumplir con una regla de origen: solo cuenta como tal la expedida por la Corte Suprema de Justicia. Esta regla de origen a veces estaba acompañada, como hemos visto, de una “regla de certificación” como ocurre en México. Este es quizás el mayor aporte de la experiencia mexicana: según esta regla, como hemos visto, le corresponde a la misma Suprema Corte decir con toda claridad cuáles proposiciones jurídicas extraídas de sus sentencias constituyen la jurisprudencia constante. Solo la Suprema Corte tiene acceso al repertorio total de sentencias y, luego de un proceso de acreditación por sí y ante sí, le corresponde a ella determinar qué dictámenes han tenido la suficiente reiteración y uniformidad como para poder ser anunciados ante la comunidad jurídica como doctrina legal o, en la expresión usada en México, tesis vinculantes.

A pesar de esta configuración de iure, las críticas a la doctrina legal no se hicieron esperar, incluso en los años tempranos de su implementación legal: la primera, como hemos visto, sostuvo que la doctrina legal solidificaba prematuramente el desarrollo de la jurisprudencia, impidiendo así su cambio orgánico y gradual, su necesaria flexibilidad; relacionado con lo anterior, los jueces inferiores reclamaron para sí una autonomía judicial muy fuerte, y por lo tanto se opusieron a la imposición de criterios jurisprudenciales por vía de autoridad y, particularmente, cuando estas eran draconianas como efectivamente llegaron a serlo. Estos argumentos son atendibles y razonables. Al menos esos fueron los que se escucharon y aún se escuchan en el debate público. Sin embargo, la resistencia al establecimiento de una disciplina jurisprudencial en la región también puede ser explicado de manera mucho más severa: con frecuencia se afirma que el sistema de la “doctrina legal” finalmente no fue aceptado porque, de haber ocurrido, hubiera significado en realidad pérdida del espacio estratégico que tienen los jueces para decidir los casos individuales ad hoc según conveniencias de naturaleza política o económica. Algunos jueces latinoamericanos piensan, al día de hoy, que no puede haber jurisprudencia en sentido muy estricto porque cada caso tiene particularidades tan relevantes que, en realidad, no se pueden formar patrones decisionales sometidos a precedentes. Este argumento lo hacen citando valores tales como una pretendida “equidad jurisprudencial” que se opondría, según piensan, a cualquier esfuerzo de coherencia judicial. Estos argumentos, en su entretienda y mientras no clarifiquemos su propósito último, siempre terminarán defendiendo la posibilidad de expedir decisiones ad hoc sin que pueda hacerse crítica a las mismas basadas en incoherencias con

el precedente. En este punto en concreto se abre uno de los abismos culturales más fuertes entre el derecho latinoamericano y el *common law* cuando este, desde su atalaya imperial, prescribe alguna versión del *stare decisis* como componente necesario del *rule of law* y de la *democratic governance* en el liberalismo contemporáneo. Esta comprensión del *stare decisis* niega que haya equidad jurisprudencial en el sentido en que juristas latinoamericanos aún lo defienden por razones históricas y quizá también estratégicas. La jurisprudencia latinoamericana no comparte completamente la metáfora angloamericana del *law as integrity* como uno de sus pilares fundamentales.

Finalmente, el sistema de la doctrina legal tenía que salvar otro escollo adicional a los ya presentados. Se le endilgaba y se le endilga un problema insalvable de ambigüedad en la determinación del contenido de las reglas jurisprudenciales: ¿qué proposición jurídica de las muchas que hay en una sentencia constituye verdaderamente doctrina? Si existen dificultades, quizás insalvables, en la determinación de las reglas de origen judicial, ¿cómo habrán de aplicarse los mecanismos de disciplina jurisprudencial? ¿Qué sentencias de instancia serán anulables por incoherencia jurisprudencial, y cuáles no? Y de forma más apremiante aún: ¿cómo se determina la doctrina jurisprudencial vigente cuya violación, en un caso extremo, llevaría a los jueces a exponer su responsabilidad penal? ¿Cómo tipificar este prevaricato jurisprudencial cuando la fuente de derecho es tan difusa, tan manipulable? Con razón llegaron a decir los comentaristas mexicanos que la responsabilidad penal de los jueces por violación de la jurisprudencia en realidad violaba el principio de reserva legal. Así pues, la jurisprudencia que buscaba cerrar la indeterminación de la ley era, ella misma, indeterminada. Y

esta característica lógica de su textura sería explotada muy efectivamente por los críticos para regresar, de iure o de facto, a un sistema libre de jurisprudencia.

Estas críticas y dificultades hicieron mella con el tiempo en el sistema de la doctrina legal. Proponentes y críticos se transaron en debates legislativos y judiciales cuyas marcas están en el archivo histórico y en la cultura jurídica de la región. En procesos de oscilación que se daban en períodos cortos las leyes procesales adoptaron, primero, sistemas de jurisprudencia muy estrictos y formales (en México en 1882 y en Colombia en 1886); muy pronto esos sistemas se relajaron de nuevo, hasta llegar a tener libertad jurisprudencial de iure o de facto (en México en 1898 y en Colombia en 1896). En estos países se pasó del legocentrismo napoleónico a la recepción de una rígida doctrina legal y, de nuevo de regreso, a un sistema libre de jurisprudencia. En otros países, en cambio, como los de la tradición centroamericana, se adoptó la doctrina legal pero ella, con el tiempo, no llegaría a desarrollarse plenamente. La causal de casación de sentencias por violación de la doctrina legal aún existe en los códigos procesales de Bolivia, Honduras, El Salvador y Guatemala. Sin embargo, es difícil encontrar en la jurisprudencia de estos países ejemplos específicos de sentencias de casación que hayan reprochado a los jueces este defecto en especial. De igual forma, los abogados hacen uso de la jurisprudencia tratando de persuadir al juez que mantenga algún criterio ya expuesto con anterioridad; sin embargo, los mismos abogados nunca aprietan el paso hasta llegar a restregar en la cara del juez del proceso la existencia probada de una doctrina legal. Así la doctrina legal existe en los códigos, pero parece ser una institución durmiente. Como conclusión podría decirse que en los sistemas de iure



actualmente vigentes en varios países de la región hay diferencias de detalle, pero se discierne un origen y un patrón común de desarrollo.

Y nos queda un último cabo suelto: en el sistema de facto existe también una importante y generalizada convergencia. Para explicar este sistema no podemos recurrir a normas positivas, sino a la cultura jurídica viviente que es en la que, al fin, se usa la jurisprudencia. En este sistema de facto los latinoamericanos (i) no asignan consecuencias formales a la violación de la jurisprudencia, a pesar de existir normas que lo exigirían; (ii) tratan a la misma como cantera argumentativa; (iii) la entienden como parte inseparable de la ley ya que piensan, en general, que las Cortes ofrecen interpretaciones textuales que tan solo explicitan la autoridad política del legislador en un ansioso esfuerzo por negar la creación legislativa y posjudicial de derecho; (iv) construyen jurisprudencia con especial prolijidad en temas procesales y casacionales; y, finalmente, (v) la jurisprudencia cuenta en general con relativo bajo impacto en el “derecho sustantivo” o, lo que es lo mismo, y en la conducción de actividades sociales y económicas extrajudiciales.

¿Cómo ofrecer sustento a estas afirmaciones? Piénsese en los siguientes puntos: las Cortes y los comentaristas jurisprudenciales de la región han consolidado, en general, pocos ejemplos de doctrina legal que sean realmente invocables como fundamento de casación de sentencias violatorias de la misma. En entrevistas con magistrados y litigantes en países como Guatemala, Honduras, El Salvador, Colombia, Ecuador, Bolivia y República Dominicana se reconoce abiertamente que la violación de la doctrina legal es rarísimamente invocada y que en la inmensa mayoría de los casos los casacionistas acusan las sentencias de los jueces

por violación de la ley y no por violación de la jurisprudencia. Igualmente se reconoce que el cuerpo de doctrina legal actualmente existente es exiguo y que los fallos de las Cortes, en general, se mueven con bajos niveles de articulación con sus fallos precedentes. Así, por tanto, las Cortes no construyen líneas jurisprudenciales con frecuencia y no vinculan los fallos nuevos con el principio de igualdad de trato. Existe la idea de que la relación directa del fallador con la ley permite que cada caso sea resuelto ad hoc, según argumentos directamente extraídos de la ley pero que no tienen obligación de coherencia decisonal horizontal con fallos preexistentes. La noción de doctrina legal, pues, no ha generado ni los hábitos ni las expectativas de construcción de líneas jurisprudenciales. Existe incluso la creencia abierta de que cada fallo responde a la lógica propia del análisis jurídico del caso y se hacen pocas vinculaciones con casos ubicados bajo conceptos, doctrinas o hechos similares o análogos.

Los actuales niveles de presentación y sistematización de las jurisprudencias nacionales (en toda América Central) también militan contra la posibilidad práctica de probar argumentativamente la existencia de doctrina legal en algún punto controversial. Así, pues, podría decirse que la doctrina legal define el espacio teórico de utilización de la jurisprudencia como fuente de derecho pero, que, a contrapelo, los protocolos reales de argumentación en el foro prefieren, y por mucho, argumentos basados en el texto literal de la ley, no en la construcción de jurisprudencia. La doctrina legal, pues, juega un papel fundamentalmente simbólico: existe, pero su desarrollo, presentación, sistematización y argumentación le dan otra función que no se parece en mucho, por ejemplo, a la disciplina del *stare decisis* angloamericana.



¿Se pueden ofrecer explicaciones para ello? Sin mayor pretensión se pueden ofrecer algunas hipótesis teóricas y prácticas: los códigos procesales de la región provienen culturalmente de finales del siglo XIX y, por tanto, reflejan en su letra el espíritu judicialista y jurisprudencialista que dominaba el derecho europeo de la época. Con el tiempo, sin embargo, el derecho europeo también abandonó este judicialismo y lo sustituyó, en el decurso de sus construcciones teóricas, con la adopción de una renovada versión de positivismo jurídico, de cuño kelseniano en la que no era para nada claro la fuerza de la jurisprudencia como fuente autónoma del derecho. Si la generación de Gény en 1890 celebraba la jurisprudencia de los jueces ello ya no resulta cierto para los coetáneos de Kelsen en 1930. Hubo así un regreso al legocentrismo, no basado ya en las teorías políticas de la revolución francesa que desconfiaban del poder judicial, sino más bien en el escepticismo epistemológico y hermenéutico de la *Teoría Pura del Derecho* de Hans Kelsen. Las leyes eran la forma arquetípica de norma jurídica; ¿cómo podía extraerse una verdadera proposición jurídica, en el estricto sentido kelseniano, de las sentencias judiciales? Al mismo tiempo, el optimismo europeo de finales del siglo XIX en el sentido de que el cambio social y jurídico sería jalonado por la jurisprudencia también perdió respaldo y credibilidad. La mayor parte de las transformaciones sociales del siglo XX ocurrieron de la mano de cambios legislativos que, si bien es cierto, a veces positivista daban soluciones jurisprudenciales, tampoco lo es menos que la fuente jurisprudencial quedaba con ello invisible.

De este núcleo cultural común, de la recepción de ideas europeas de “doctrina legal” y de “jurisprudencia constante” y de las vicisitudes que hemos visto en las mis-

mas, se puede desprender el desarrollo de la jurisprudencia latinoamericana en cuatro grandes vías. En primer lugar, (i) puede hablarse de los países que nunca abandonaron la tradición francófila de la revolución francesa y que nunca aceptaron de iure el valor de la jurisprudencia; en segundo lugar está la inmensa masa de países, que constituyen la corriente central en la región, en la que se adoptó alguna diversión de jurisprudencia constante o doctrina legal vinculante. En estos países, sin embargo, el sistema jurisprudencialista, (ii) o fue explícitamente derogado, (iii) o ha caído en desuso cultural. Ello significa que la jurisprudencia se usa como criterio argumentativo y persuasivo, pero que no se utilizan activamente las herramientas más fuertes de disciplina jurisprudencial que el sistema jurídico formalmente aún otorga. (iv) Finalmente está México donde desde 1936 se regresó a un sistema de precedentes muy formalizado que se utiliza de forma más enérgica que en el resto de la región.

Estas aparentes disparidades de detalle, sin embargo, no alcanzan a ocultar una tremenda convergencia de facto en la forma como se usa la jurisprudencia en la región: en República Dominicana, en México, en El Salvador, en Bolivia a pesar de diferencias de detalle en el desarrollo de sus sistemas jurisprudenciales, el uso actual revela que la jurisprudencia es frecuentemente usada y citada tanto por litigantes como por jueces, que esos usos tienden a ser persuasivos de la decisión judicial, que no se utilizan instrumentos más pesados para mantener la disciplina jurisprudencial (como lo sería la casación de las sentencias violatorias de jurisprudencia uniforme) y que, finalmente, los métodos de organización y sistematización jurisprudenciales son relativamente precarios por lo que se dificulta un uso continuo y técnico



de la jurisprudencia en la actividad jurídica. El país latinoamericano donde la doctrina legal tiene hoy en día el aparato institucional más complejo y desarrollado es, sin duda, México. A pesar de ello, y por las particulares maneras en que la Suprema Corte hace la identificación y sistematización de tesis jurisprudenciales, el caso mexicano no se aparta tanto como fuera de creerse de la descripción general que para la región se acaba de hacer.

Podría pensarse que hemos llegado al final de la historia. Ello no es cierto. Frente al sistema tradicional de jurisprudencia, construido en discusiones de derecho civil y de derechos procesal civil bajo la ideología de la cultura jurídica europea del siglo XIX, se contraponen un fenómeno mucho más reciente y de innegable intensidad. En toda la región, en los últimos años se ha venido planteando la necesidad de aceptar la fuerza normativa de la jurisprudencia constitucional. Se trata de un jurisprudencialismo de nuevo cuño, que busca, tal y como se hizo a finales del siglo XIX, aumentar el valor normativo de la jurisprudencia. Las razones políticas y constitucionales son completamente diferentes así como las técnicas jurídicas como se define y se utiliza el precedente. Este fenómeno reciente de la jurisprudencia constitucional procede de una matriz histórica diferente de la que hemos discutido hasta ahora, y ha impactado de forma significativa la comprensión tradicional de su valor normativo en Hispanoamérica.



# Interpretación de la Constitución boliviana. Voluntad del constituyente vs. jurisprudencia interamericana

Gustavo Medinaceli Rojas\*

## Resumen

En este artículo se analiza la posibilidad del Tribunal Constitucional Plurinacional de aplicar como criterio de interpretación la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de forma preferente a la voluntad del constituyente boliviano como otro criterio de interpretación dispuesto expresamente. A ese efecto se tendrá en cuenta el rol de la interpretación constitucional y su relación con las normas internacionales de derechos humanos; el análisis de la posición jurídica de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el sistema jurídico boliviano; el efecto de la jurisprudencia de la Corte en la protección de derechos humanos, y el análisis de esta jurisprudencia en relación con la voluntad del constituyente como criterios de interpretación.

## 1. Introducción

La concepción moderna del Derecho en los ordenamientos jurídicos se caracteriza por su constitucionalización, es decir, el sometimiento efectivo del poder político (Legislativo, Judicial y Administrativo) y de las normas jurídicas, a los postulados de la Constitución Política del Estado. A partir de ello, ocurre ciertamente, que a pesar de ser la Constitución una norma jurídica, sus distintas disposiciones están compuestas por principios y valores que necesitan ser precisados mediante interpretaciones,<sup>1</sup> para lograr un efectivo sometimiento a la ley suprema.

Encontramos entonces, que estas precisiones son realizadas por el órgano judicial por intermedio de los más altos tribunales de interpretación constitucional. En el caso boliviano esta facultad interpretativa está

55



*Corte Interamericana de Derechos Humanos, jurisprudencia, voluntad del constituyente, criterios de interpretación, derechos humanos.*

\* Boliviano. Licenciado en derecho por la Universidad Católica Boliviana "San Pablo", La Paz, Bolivia. Magíster en derecho con mención en derecho constitucional, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Correo electrónico: [medinaceligustavo@gmail.com](mailto:medinaceligustavo@gmail.com)

1 Véase Sagüés, Nestor Pedro. "Interpretación constitucional y alquimia constitucional. (El Arsenal Argumentativo de los Tribunales Supremos)". *Justicia Constitucional en Bolivia 1998-2003*. Sucre, 2003, pp. 177-199.

atribuida al Tribunal Constitucional.<sup>2</sup> Asimismo, a la par de esta tarea interpretativa han sido también muchos los intentos para someter las decisiones constitucionales a determinadas reglas para evitar la arbitrariedad y subjetividad en la tarea del último intérprete de la Constitución.

En ese orden de ideas, se tiene presente que en Bolivia se ha aprobado una nueva Constitución, en la que el constituyente en el intento de reglamentar la amplia facultad interpretativa del Tribunal Constitucional Plurinacional (en adelante TCPInal.), determinó en el artículo 196 de la referida norma, que en “su función interpretativa, el TCPInal. aplicará como criterio de interpretación, con preferencia, la voluntad del constituyente, de acuerdo con sus documentos, actas y resoluciones, así como el tenor literal del texto”.

De otro lado, en muchas ocasiones interpretar y aplicar la Constitución de un Estado conlleva interpretar y aplicar normas internacionales. Esto ocurre claramente respecto de las normas constitucionales que reconocen derechos fundamentales, las cuales son interpretadas tomando en consideración la norma internacional sobre derechos humanos, e incluso la jurisprudencia de los tribunales internacionales creados para asegurar la aplicación de la norma internacional.<sup>3</sup>

Habrá entonces que recordar, que Bolivia mediante Ley 1439, de 11 de febrero de 1993, dispuso la aprobación y ratificación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), de conformidad con los artículos 45 y 62 de la misma Convención. Reconociendo de forma obligatoria de pleno

derecho e incondicional y por plazo indefinido la jurisdicción y competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).

Esto último nos llevará a pensar que el TCPInal., al ser el supremo intérprete de la Constitución, según el artículo 196 de la referida norma, estará posibilitado a realizar interpretaciones tomando en consideración la norma internacional sobre derechos humanos antes aludida, como también tendrá luz verde para considerar la jurisprudencia de la CIDH, en su tarea interpretativa.

Si bien lo último se enmarca claramente dentro un sano razonar, es posible que surjan algunos inconvenientes a la hora de aplicar la Nueva Constitución Política del Estado (en adelante NCPE); pudiendo con ello generar determinados conflictos jurídicos y políticos. Esto se debe a lo dispuesto en el artículo 196.11 antes citado, ya que es clara la preferencia que debe considerar el TCPInal. a la hora de realizar su tarea interpretativa. Habrá entonces que considerar los siguientes cuestionamientos para el desarrollo del presente ensayo: ¿podrá el TCPInal. aplicar como criterio de interpretación la CADH? En su función interpretativa, ¿podrá el último intérprete de la Constitución, aplicar como criterio de interpretación la jurisprudencia de la CIDH, preferentemente a la voluntad del constituyente? ¿Podrá el Tribunal fundamentar la constitucionalidad de una acción, o bien la inconstitucionalidad de una norma, aplicando como criterio de interpretación la jurisprudencia de la CIDH?

Con ese conjunto de interrogantes habrá que determinar si el resultado de la

2 Sobre la facultad interpretativa del Tribunal Constitucional boliviano, véase Rivera Santibáñez, José Antonio. “La interpretación constitucional y su vinculatoriedad”. *Justicia Constitucional y Estado de Derecho — Memoria n.º 7 del Tribunal Constitucional Boliviano*. Sucre, 2003, pp. 55-77.

3 Sobre la importancia de incluir las normas internacionales sobre derechos humanos como criterios de interpretación constitucional, véase Ferrajoli, Luigi. “Pasado y futuro del Estado de Derecho”. *Estado de Derecho. Concepto, fundamentos y democratización en América Latina*. Miguel Carbonell et al. México, Siglo XXI Editores, S.A. de C.V. en coedición con el Instituto de Investigaciones de la UNAM y el Instituto Tecnológico Autónomo de México, 2002.



interpretación desarrollada y contenida en la jurisprudencia de la CIDH es vinculante y fuente directa del derecho en el nuevo constitucionalismo boliviano.

En ese ámbito de dudas, este ensayo pretende contribuir con algunos elementos de juicio para el análisis, reflexión y debate sobre el tema de interpretación constitucional con relación a la jurisprudencia de la CIDH. Por tanto, consciente de la complejidad del tema, se analizarán los aspectos básicos para extraer algunas conclusiones.

## 2. La interpretación constitucional y las normas internacionales de derechos humanos

Para entender adecuadamente el tema planteado resulta imprescindible señalar que la importancia de la interpretación constitucional deriva en primer lugar de su propio objeto, es decir, de la misma Constitución por ser la primera norma del ordenamiento jurídico; en otros términos, la tarea interpretativa de la Constitución deriva de la importancia cualitativa de la norma fundamental, al establecer valores y principios constitucionales, derechos y garantías fundamentales como límites al poder político del Estado. Así, la interpretación constitucional es aquella actividad desarrollada para averiguar el sentido o significado de la Constitución, ya que para que cumpla con su función debemos saber cuál es su sentido o significado a atribuir a sus palabras. Es decir, que la aplicación de la Constitución supone la averiguación del efecto previsto en la misma.

Tanto la ley como la Constitución, dotadas ambas de fuerza normativa vinculante,

representan solo una etapa del proceso de concretización del Derecho. El hecho de que cada supuesto concreto en el que una determinada disposición ha de ser aplicada requiere una interpretación particularizada de la misma; esta interpretación da lugar a un proceso que no se limita a explicar el enunciado normativo, considerado de manera abstracta, sino que lo transforma en regla concreta de decisión.<sup>4</sup>

Según Néstor Pedro Sagües, la interpretación constitucional es “averiguar el sentido de un precepto constitucional, o encontrar a la norma constitucional verdadera o mejor, cuando ella no es fácil de detectar, o cuando una misma regla constitucional permite varias interpretaciones”.

En ese contexto la interpretación constitucional tiene como objetivo lograr que mediante la Constitución formal se haga presente la Constitución material, adecuando las normas de esta a los cambios que se generan en el ámbito jurídico, social, económico y político, sin que por ello se desvirtúe la esencia de sus normas; lograr la estabilidad y permanencia de la Constitución será en resumen el objetivo inmediato de la interpretación constitucional.

Pero no hay que dejar de lado que el problema mayor en la tarea interpretativa, es que la Constitución y la norma en general, no son mandatos aislados. Se producen en un determinado contexto, tienen una determinada sede material, están dentro de determinado sistema inmediato, con una especial proximidad respecto de otros preceptos cercanos y forman parte de un determinado sector del ordenamiento, de un sector jurídico concreto.<sup>5</sup>

4 Véase Storini, Claudia. *La interpretación constitucional y el estado de las autonomías*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, p. 31.

5 Véase Solozabal Echevarría, Juan José. “Notas sobre Interpretación y Jurisprudencia Constitucional”. *Nueva Época. Revista de Estudios Políticos* (Madrid), 69 (julio-septiembre 1990): 175-188.



Por ello, en muchas situaciones interpretar la Constitución, implica interpretar y aplicar normas internacionales. Esto ocurre claramente con normas constitucionales que reconocen derechos fundamentales, y en las que para interpretarlos se recurre a normas internacionales sobre derechos humanos, e incluso a la jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales creados para asegurar la aplicación de la referida norma internacional.<sup>6</sup> Ello quiere decir que la Constitución se la interpretará a partir de normas internacionales y jurisprudencia de los tribunales internacionales.

58 Por eso, entre los muchos fundamentos de la tarea interpretativa, encontramos el que parte por considerar al sistema constitucional de un Estado como un orden normativo que, además de la Constitución, está integrada por disposiciones constitucionales de Derecho Internacional de los Derechos Humanos, formando un verdadero bloque de constitucionalidad.<sup>7</sup> Entonces, cuando se presentan omisiones normativas en determinados casos concretos se realiza la interpretación constitucional para integrar las disposiciones constitucionales.<sup>8</sup>

Dentro de ese orden de ideas será imprescindible identificar a ese tipo de interpretación como *interpretación sistemática*; esta permite desentrañar una disposición normativa o varias de ellas según el significado prescrito por un determinado sistema jurídico. Entendiendo que un sistema indica una conexión organizada en relación con un orden, como resultado de la interpretación.

Las normas que conforman un orden normativo están relacionadas entre ellas, por ello la interpretación de una norma es necesariamente sistemática, ya que dicha interpretación tendrá como resultado la sistematicidad del ordenamiento.

### 3. La posición jurídica de los tratados sobre derechos humanos

Con lo anotado hasta ahora, habrá que definir si los tratados internacionales sobre derechos humanos forman parte del sistema jurídico boliviano, determinar el rango constitucional de los mismos en el ordenamiento; para posteriormente determinar si corresponde que el intérprete máximo de nuestra Constitución pueda realizar su labor a partir de los resultados de la interpretación de tratados internacionales sobre derechos humanos; de ese resultado responderemos si será posible que el TCPInal. pueda interpretar la Constitución a partir de la CADH.

Para el referido análisis debemos remitirnos al artículo 410 de la Constitución, que establece lo siguiente:

La constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico boliviano y goza de primacía frente a cualquier otra disposición normativa. El bloque de constitucionalidad está integrado por Tratados y Convenios internacionales en materia de Derechos Humanos y las normas de Derecho Comunitario, ratificados por el país. La aplicación de las normas jurídicas se regirá por la siguiente jerarquía, de acuerdo a

6 Véase Luigi Ferrajoli, *op. cit.*

7 Sobre el alcance y contenido del bloque de constitucionalidad, véase Rubio Llorente, Francisco. "El Bloque de Constitucionalidad". *Revista Española de Derecho Constitucional* (Madrid), 27 (septiembre-diciembre 1989): 9-37, nos presenta el autor, aunque muy ligado al desarrollo de las autonomías españolas, un desarrollo doctrinal sobre el contenido del bloque de constitucionalidad y los efectos que tienen las normas del bloque en la aplicación judicial del Derecho. Por otro lado, con mucha más exactitud puede verse Uprimny, Rodrigo. *Bloque de constitucionalidad. Derechos Humanos y Nuevo Código de Procedimiento Penal.*

8 Véase José Antonio Rivera Santivañez, *op. cit.*

las competencias de las entidades territoriales:

1.- Constitución Política del Estado; 2.- Los tratados internacionales; 3.- Las leyes nacionales, los estatutos autonómicos, las cartas orgánicas y el resto de la legislación departamental, municipal e indígena; 4.- Los decretos, reglamentos y demás resoluciones emanadas de los órganos ejecutivos correspondientes.

A parte de establecer principios importantes como el de supremacía constitucional y el de jerarquía constitucional, el mismo artículo determina de cierta manera el contenido del bloque de constitucionalidad, lo que merece nuestra atención.

Dicha expresión es utilizada por la Constitución de forma expresa y únicamente en el artículo anotado, disponiendo que los tratados y convenios internacionales sobre derechos humanos sean parte del contenido del bloque de constitucionalidad, siempre que sean ratificados por la Asamblea Legislativa Plurinacional. Se puede apreciar que la voluntad del constituyente fue elevar las normas referidas a rango constitucional, cuyo respeto se debe imponer ante la ley y ante cualquier otra disposición normativa. Por eso, entre las normas internacionales con rango constitucional se encuentra la CADH, ya que forma parte del mismo bloque de constitucionalidad, al ser norma internacional sobre derechos humanos, lo que deriva a que se puede imponer su respeto ante la misma ley y las demás normas jurídicas.

Dicha disposición puede pasar por innecesaria ya que la misma Constitución en el mismo artículo establece que los tratados tienen jerarquía superior a las leyes, resultando innecesario elevar a rango constitucional normas que tienen su propia jerarquía en el sistema constitucional, aunque si bien por

debajo de la misma Constitución, cabe resaltar que se encuentran por encima de las leyes y demás disposiciones normativas, otorgándoseles un sitial privilegiado en el sistema jurídico boliviano.<sup>9</sup>

Corresponde ahora determinar si el TCPInal. puede interpretar la nueva Constitución a partir de la CADH, para ello debemos recordar que la Convención fue ratificada mediante Ley 1439, de 11 de febrero de 1993. Asimismo, debemos tener en cuenta el artículo 410.II, pero es necesario también remitirnos al artículo 13.IV de la NCPE, que determina que:

Los tratados y convenios internacionales ratificados por la Asamblea Legislativa Plurinacional, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los Estados de Excepción prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Constitución se interpretarán de conformidad con los Tratados Internacionales de derechos humanos ratificados por Bolivia.

A partir de ello resulta sencillo determinar que el TCPInal. puede utilizar como parámetro de interpretación la CADH, ya que las referidas disposiciones abren el camino para que el Tribunal, en su función de interpretación y aplicación de las normas constitucionales que reconozcan derechos, considere las normas internacionales sobre derechos humanos como marco de interpretación. Esto implica que en particular, la CADH sí puede y debe ser considerada como criterio para interpretar la NCPE, en lo que respecta a la aplicación de los derechos fundamentales reconocidos por la misma norma fundamental.

Es importante resaltar que el Tribunal al utilizar como parámetro de interpretación a la

9 Para esa misma posición véase Favores, Louis. "El bloque de constitucionalidad". *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* (Madrid), 5 (enero-marzo 1990), infiere el autor que entre las normas no incluidas en el bloque de constitucionalidad están las normas internacionales, por encontrarse en una autoridad superior al de las leyes ordinarias.



CADH, está indirectamente dando aplicación al Convenio, cumpliendo de esa forma con la protección primaria de los derechos humanos, que realiza conjuntamente con todos los tribunales internos, e implica que estos en conjunto tienen la competencia y la responsabilidad de conocer e interpretar las disposiciones pertinentes de los tratados de derechos humanos y en concreto de la CADH.<sup>10</sup>

No obstante, los actos internos de los Estados pueden venir a ser objeto de examen por parte de los órganos de supervisión internacionales [es decir, por la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos] cuando se trata de verificar su conformidad con las obligaciones internacionales de los Estados en materia de derechos humanos.<sup>11</sup>

60

Estos casos de supervisión pueden suscitarse, por ejemplo, cuando una decisión judicial interna haya dado una interpretación incorrecta del tratado sobre derechos humanos, lo cual podrá configurar responsabilidad internacional del Estado.

En ese sentido es posible que los órganos de supervisión internacional se ocupen de controlar la compatibilidad de la interpretación y aplicación del derecho interno con las obligaciones convencionales. Por lo tanto, acá ingresa a consideración, por parte de los tribunales internos, la jurisprudencia de la CIDH para buscar el sentido más acertado en la tarea de interpretar la CADH y evitar contradicciones o mala aplicación del Convenio.

#### 4. El efecto de la jurisprudencia de la Corte Interamericana en la protección de derechos humanos

Ahora bien, continuando con nuestro análisis, recordemos que como medios de protección de los derechos reconocidos en la CADH, se han implementado dos órganos con diferentes competencias, entre ellos se encuentra la CIDH, que de manera general tiene la competencia de conocer los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos asumidos por los estados partes, y de forma particular la Corte que tiene competencia para interpretar y aplicar las disposiciones de la referida convención, siempre y cuando se reconozca como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial, la competencia de la misma Corte sobre tales temas. En ese sentido, el Estado boliviano dispuso la aprobación y ratificación de la CADH, reconociendo al mismo tiempo de forma obligatoria e incondicional y por plazo indefinido la jurisdicción y competencia de la CIDH.

Aclarado que la CADH forma parte del bloque de constitucionalidad y que puede ser criterio para la interpretación de derechos consagrados en la Constitución; habrá que analizar si la jurisprudencia de la CIDH puede ingresar en la consideración del TCPInal., al momento de interpretar y aplicar disposiciones constitucionales que reconozcan derechos fundamentales; o simplemente será un instrumento de carácter consultivo para dicho Tribunal sin valor jurídico o eficacia alguna. Esto nos obliga a determinar el valor de dicha jurisprudencia en el sistema constitucional boliviano en el marco de la NCPE.

La calidad de la jurisprudencia de la Corte es un tema que no se encuentra regulado en

10 Cançado Trindade, Antonio Augusto. *El Derecho Internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*. Santiago de Chile, Editorial Jurídica Chile, 2006, p. 276.

11 *Ibid.*

la misma Constitución, pero de una interpretación contextualizada de la misma y a partir de un viable razonar jurídico, podemos aseverar que la jurisprudencia de la Corte sí debe ingresar como criterio de interpretación en la tarea hermenéutica del TCPInal., al igual que la misma CADH. El razonamiento que nos lleva a aseverar ello es sencillo. Los tratados y convenios internacionales en materia de derechos humanos ratificados por Bolivia tienen valor constitucional ya que forman parte del bloque de constitucionalidad. Asimismo, los tratados y convenios internacionales que reconocen derechos humanos y que prohíben su limitación en estados de excepción prevalecen en el orden interno. Al mismo tiempo, la Constitución ordena que las normas de tratados internacionales de derechos humanos sirvan de parámetro de interpretación para las cláusulas constitucionales que incluyan derechos fundamentales. Ahora bien, algunas de estas normas internacionales tienen como intérprete a la CIDH. En esa medida, al aplicar dichas disposiciones al ordenamiento interno, es necesario tener en cuenta, de manera particularmente relevante, la doctrina fijada por la Corte Interamericana.<sup>12</sup>

En ese sentido, nos introducimos al Derecho Comparado, y de manera auxiliar podemos indicar que Colombia tiene similar disposición constitucional sobre los tratados internacionales de derechos humanos,<sup>13</sup> lo

que nos permite anotar lo expresado por su Corte Constitucional que se adecua perfectamente al tema tratado:

La Corte coincide con el interviniente en que en esta materia es particularmente relevante la doctrina elaborada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que es el órgano judicial autorizado para interpretar autorizadamente la Convención Interamericana. En efecto, como lo ha señalado en varias oportunidades esta Corte Constitucional, en la medida en que la Carta señala en el artículo 93 que los derechos y deberes constitucionales deben interpretarse “de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”, es indudable que las jurisprudencias de las instancias internacionales, encargadas de interpretar esos tratados, constituye un criterio hermenéutico relevante para establecer el sentido de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales.<sup>14</sup>

Igualmente, la doctrina desarrollada por la CIDH mediante su jurisprudencia tiene un valor relevante en el sistema constitucional boliviano, por lo que posee un asemejado valor jurídico que la CADH. En consecuencia el TCPInal. debe interpretar y aplicar las normas constitucionales que reconozcan derechos fundamentales a partir, tanto de la Convención como de la jurisprudencia que desarrolla la Corte Interamericana.

12 Imagen expresada en la consideración de la jurisprudencia de la CIDH dentro el ordenamiento jurídico colombiano. Véase Córdoba Treviño, Jaime. “Aplicación de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos al Derecho Constitucional Colombiano”. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, t. II. Montevideo, Konrad - Adenauer-Stiftung, 2007, p. 667.

13 Artículo 93 de la Constitución colombiana: “Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”. Pero también definen los parámetros de adopción de las normas internacionales de derechos humanos en el orden interno colombiano, los artículos 9, 94, 53, 102 y 214 de la misma norma fundamental, según su Corte Constitucional, en Sentencia n.º C-067, 4 febrero 2003.

14 Sentencia C-010/00. En el mismo sentido véanse las sentencias n.ºs C-406/06, T-568/99 y T-1319/01, todas de la Corte Constitucional colombiana.



## 5. Criterios de interpretación. Jurisprudencia de la Corte vs. voluntad del constituyente

Si la CADH y la jurisprudencia de la Corte son criterios relevantes a considerarse en la tarea interpretativa del TCPlnal., dónde se ubicará la voluntad del constituyente, como criterio de interpretación preferente, que ordena se aplique la misma Constitución.<sup>15</sup> Nos queda, por tanto, absolver si el mismo intérprete de la Constitución podrá aplicar como criterio de interpretación la jurisprudencia de la CIDH preferentemente a la voluntad del constituyente como un criterio distinto de interpretación.

62



Para este análisis es pertinente mencionar previamente la estrecha relación entre la CADH como norma internacional de derechos humanos y la jurisprudencia que establece la CIDH, en el sentido que ambas fuentes de derecho no se las puede concebir de forma separada, ya que para aplicar como criterio de interpretación la jurisprudencia de la Corte se debe tener presente la aplicación previa de la CADH y viceversa, siendo que esta última es la norma sustantiva que reconoce derechos humanos y es a partir de ella que el órgano encargado de su interpretación generará la doctrina pertinente sobre los alcances de la referida norma internacional.

A partir de estas premisas ingresamos a considerar, señalando que de una tarea interpretativa de la Constitución se puede probar que la voluntad del constituyente ha sido otorgar a los tratados internacionales sobre derechos humanos un valor relevante en el

ordenamiento jurídico boliviano,<sup>16</sup> en cuanto se refiere a la interpretación y aplicación de los derechos fundamentales, ya que el mismo constituyente ha dispuesto normas de gran trascendencia, como los artículos 13.IV y 410.II de la NCPE, ya anotados. El primero dispone la obligación de interpretar los derechos y deberes consagrados en la Constitución de conformidad a los tratados internacionales sobre derechos humanos, y el segundo artículo establece que las mismas normas internacionales forman parte del bloque de constitucionalidad. Con ello se nota la relevancia que ha tenido para el constituyente las normas internacionales sobre derechos humanos; lo que nos permite afirmar que la voluntad del constituyente para definir e interpretar los derechos reconocidos en la Constitución ha sido precisar como parámetro de interpretación los mismos tratados que reconozcan derechos humanos, ingresándolos como parte del sistema jurídico constitucional.

Eso conlleva que en la aplicación de los derechos y deberes consagrados en la norma fundamental, el constituyente ha definido dejar de lado su voluntad, como criterio de interpretación, para que los mismos sean interpretados según el espíritu de las normas internacionales sobre derechos humanos, condicionando ello a que fuesen ratificados por el Estado boliviano. De ahí que surge la legitimidad de dichas normas en el constitucionalismo boliviano.

Habiendo definido que en materia de derechos humanos la voluntad del constituyente

15 El artículo 196 de la NCPE determina que en "su función interpretativa, el Tribunal Constitucional Plurinacional aplicará como criterio de interpretación, con preferencia, la voluntad del constituyente, de acuerdo con sus documentos, actos y resoluciones, así como el tenor literal del texto".

16 El impacto de los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos en las constituciones recientes ha generado este tipo de disposiciones, lo cual muestra que la nueva realidad en el plano internacional provoca cambios en la evolución interna y en el ordenamiento constitucional de los estados, generando un nuevo constitucionalismo de apertura a la internacionalización de la protección de los derechos humanos. Véase Antonio Augusto Cançado Trindade, *op. cit.*, pp. 272-275.

queda apartada como criterio de interpretación constitucional, en mérito a su propia decisión,<sup>17</sup> queda claro entonces, que el máximo intérprete de la Constitución, tiene luz verde para interpretar los derechos fundamentales de conformidad a la CADH. En ese mismo sentido se debe tener en consideración que existe un órgano con la plena competencia para interpretar y aplicar dicha convención, cuyo resultado genera jurisprudencia que crea doctrina en la materia, y que de cierta forma es vinculante en el sistema jurídico boliviano.

Así, en el entendido que la CADH y la jurisprudencia de la CIDH son algo inseparable a los efectos de interpretación y aplicación, y según todo el argumento ya desglosado anteriormente es que se logra también determinar que la jurisprudencia de la Corte puede ser aplicada como criterio de interpretación de manera preferente, a la voluntad del constituyente, debido al valor constitucional que tienen los derechos humanos y el rol que juega el mismo dentro de la tarea de interpretación de los derechos y deberes que consagra la Constitución. Asimismo, otro argumento que refuerza la aceptación de la jurisprudencia como criterio de interpretación es el uso de una de las formas de interpretación constitucional, denominada *interpretación sistemática*, en el entendido que esta permite concebir una conexión que no es causal sino organizada con relación a un orden. Lo que permite dar un encuentro entre la Constitución, la CADH y la jurisprudencia de la CIDH, para definir de una forma adecuada los criterios que deben usarse para la interpretación de derechos fundamentales en el sistema jurídico boliviano, que más que averiguar la preferencia de criterios de interpretación, debe buscarse la mejor y más favorable

interpretación para la persona que exige la aplicación de sus derechos y deberes constitucionales, entrando en conexión con la interpretación *pro homine*.<sup>18</sup>

Por otro lado, es igual de relevante definir que el TCPlnal. podrá fundamentar la inconstitucionalidad de una norma, aplicando como criterio de interpretación tanto la CADH como la jurisprudencia de la CIDH, siempre y cuando la declaratoria de inconstitucionalidad esté fundamentada en la vulneración de derechos fundamentales reconocidos por la misma Constitución, en virtud de que el Tribunal está plenamente posibilitado a interpretar los derechos, considerando la CADH, y la doctrina desarrollada por la Corte Interamericana, ya que ello sería lo más acorde con el espíritu de las normas constitucionales, y que a la vez reflejan la voluntad del constituyente en materia de protección de derechos fundamentales.

## 6. Conclusiones

Para finalizar, debemos señalar como conclusión la importancia de los tratados internacionales sobre derechos humanos en el sistema constitucional boliviano, y específicamente la relevancia de la CADH en cuanto criterio de interpretación para nuestro TCPlnal. Y no podemos apartarnos y dejar de mencionar el rol que debe tener la jurisprudencia de la CIDH en el ordenamiento jurídico en cuanto a la interpretación constitucional, ya que con su aplicación como instrumento de interpretación se hace realidad la presencia de la misma Convención en el ordenamiento, siendo que expresa la doctrina de un órgano competente que tiene por tarea principal aplicar e interpretar la CADH.

17 Decisión que se refleja en el artículo 13.IV de la NCPE.

18 Sobre el criterio de la primacía de la norma más favorable, véase Cançado Trindade, Antonio Augusto; *op. cit.*, p. 310.



Y como resultado de todo ello, podemos confirmar que la CADH sí puede ser un criterio de interpretación; que la jurisprudencia de la CIDH puede ser aplicada como un parámetro de interpretación de forma preferente en virtud de la misma voluntad del constituyente, por la forma en que ha estructurado el tema de aplicación e interpretación de derechos fundamentales. Y por último, es claro que el TCPInal. puede declarar la concesión de una acción de defensa de derechos o bien declarar la inconstitucionalidad de una norma, aplicando como criterio de interpretación la jurisprudencia de la CIDH, siempre que los fundamentos estén destinados al desarrollo y protección de derechos fundamentales.

Con ese conjunto de análisis podría aseverarse que con el tema de aplicación e interpretación de derechos fundamentales, la jurisprudencia de la Corte Interamericana debe ser aplicada de forma vinculante en el ordenamiento jurídico, debido al trato que ha dado el constituyente a los tratados y convenios sobre derechos humanos y a la fuerte conexión que existe con la CADH.

Y en esa medida ingresa la interpretación sistemática como instrumento para reforzar y complementar el papel que debe jugar la jurisprudencia de la Corte en el ordenamiento jurídico, a fin de lograr una verdadera sistematización entre el derecho interno y el derecho internacional en lo que respecta a los derechos de las personas.

Esas son algunas de las conclusiones que se pueden anotar del presente ensayo, que tratan de contribuir con algunos elementos de juicio, ante la presencia de una NCPE, que sin lugar a dudas ayudará en alguna medida al análisis, reflexión y debate sobre el tema; reconociendo a la vez la complejidad del tema y los muchos puntos que deben ser desarrollados, pero en un trabajo mucho más prolijo y detallado.

## 7. Bibliografía

- Cançado Trindade, Antonio Augusto. *El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*. Santiago de Chile, Editorial Jurídica Chile, 2006.
- Castillo Córdova, Luis. "El derecho fundamental a un juez imparcial: influencias de la jurisprudencia del TEDH sobre el Tribunal Constitucional Español". Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Internet. [www.juridicas.unam.mx](http://www.juridicas.unam.mx).
- Córdoba Triviño, Jaime. "Aplicación de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos al Derecho Constitucional Colombiano". *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, t. II. Konrad-Adenauer-Stiftung, 2007.
- Favoreu, Louis. "Bloque de Constitucionalidad". *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* (Madrid), 5 (enero-marzo 1990).
- Ferrajoli, Luigi. "Pasado y futuro del Estado de Derecho". *Revista Internacional de Filosofía Política* (Madrid), 17 (2001).
- Pinto, Mónica. "El valor jurídico de las decisiones de los órganos de control en materia de derechos humanos en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia". *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década*. Comps. Víctor Abramovich, Alberto Bovino y Christian Courtis. Buenos Aires, Editores del Puerto, 2007.
- Rey Cantor, Ernesto. "El Bloque de Constitucionalidad. Aplicación de Tratados Internacionales de Derechos Humanos". *Estudios Constitucionales*, (Santiago de Chile) 2, Centro de Estudios Constitucionales/Universidad de Talca (2006).
- Rivera Santivañez, José Antonio. "La interpretación constitucional y su vinculatoriedad". *Justicia Constitucional y Estado de Derecho - Memoria n.º 7 del Tribunal Constitucional Boliviano*. Sucre, 2003.

- Rubio Llorente, Francisco. “El Bloque de Constitucionalidad”. *Revista Española de Derecho Constitucional* (Madrid), 27 (septiembre-diciembre 1989).
- Sagüés, Néstor Pedro. “Interpretación Constitucional y Alquimia Constitucional. (El Arsenal Argumentativo de los Tribunales Supremos)”. *Justicia Constitucional en Bolivia 1998-2003*. Sucre, Tribunal Constitucional de Bolivia, 2003.
- Solozabal Echavarría, Juan José. “Notas sobre Interpretación y Jurisprudencia Constitucional”. *Nueva Época. Revista de Estudios Políticos* (Madrid), 69 (julio-septiembre 1990).
- Storini, Claudia. *La interpretación constitucional y el estado de las autonomías*. Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 2002.
- Uprimny, Rodrigo. *Bloque de constitucionalidad. Derechos Humanos y Nuevo Código de Procedimiento Penal*. Sin datos.



## Normas

- Convención Americana sobre Derechos Humanos. “Pacto de San José de Costa Rica”. Suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica, del 7 al 22 de noviembre de 1969. Adoptada en San José, Costa Rica el 22 de noviembre de 1969. Entrada en vigor: 18 de julio de 1978, conforme al artículo 74, numeral 2, de la Convención. Depositario: Secretaría General OEA (Instrumento Original y Ratificaciones). Serie sobre Tratados OEA n.º 36 – Registro ONU 27/08/1979 n.º 17955.
- Ley 1439 de 11 de febrero de 1993. Honorable Congreso de la República de Bolivia.
- Nueva Constitución Política del Estado. República de Bolivia. Asamblea Constituyente, Honorable Congreso Nacional, febrero 2009.



# Jurisprudencia y precedente constitucional\*

Patricio Herrera Betancourt\*\*

## Resumen

Este artículo busca esclarecer teóricamente la tradicional distinción doctrinaria entre *jurisprudencia* y *precedente constitucional*, a partir del examen de la novedosa atribución de expedir jurisprudencia vinculante que tiene la Corte Constitucional ecuatoriana sobre la base de lo establecido en el artículo 436 de la Constitución, lo cual resulta un interesante ejercicio de reflexión sobre el deber ser y las potencialidades de la justicia constitucional en Ecuador. En este sentido se analiza cómo la Corte Constitucional ecuatoriana ha emprendido en un proceso paulatino de selección de casos para una posible revisión, utilizando para el efecto la figura de la relevancia constitucional que ha sido plasmada en fichas técnicas que contienen los elementos previstos en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional de 2009.

## 1. Concepto de jurisprudencia

Dentro de la teoría del derecho, distintos conceptos se ha dado a este instituto. La palabra jurisprudencia puede significar dos cosas muy distintas. Puede ser, en primer lugar, el término empleado para describir la simple suma de las resoluciones emanadas de un tribunal o bien, puede ser —en una acepción más restringida y compleja— el concepto con que se designa al sistema relativamente coherente de soluciones y argumentaciones con que un ente jurisdiccional ha respondido a las preguntas y problemas que le han sido planteados.

De esta manera, y de acuerdo con el Diccionario de la Real Academia Española, la *jurisprudencia* es, en primer lugar, el “[c]onjunto de las sentencias de los tribunales, y doctrina que contienen”. En segundo lugar, la jurisprudencia es definida como el:

67



*Estado, seguridad jurídica, jurisprudencia, precedente, selección, revisión, garantías constitucionales.*

\* El presente ensayo corresponde a un resumen de los puntos primordiales del Capítulo II de la tesina titulada “La exigencia de la seguridad jurídica en la jurisprudencia constitucional” previa la obtención del título de “Especialista Superior en Procedimientos Constitucionales” por la Universidad de Guayaquil.

\*\* Abogado y doctor en jurisprudencia, Universidad Central del Ecuador. Diplomado en derechos fundamentales y justicia constitucional, Universidad de Guayaquil. Candidato a especialista y magister en derechos fundamentales y justicia constitucional, Universidad de Guayaquil. Juez de la Corte Constitucional desde junio de 2007; actual presidente de la Tercera Sala de dicho organismo.

“[c]riterio sobre un problema jurídico establecido por una pluralidad de sentencias concordantes”.

Con un sentido similar, aunque no idéntico, Máximo Pacheco alude a la *jurisprudencia* como un conjunto de principios generales emanados de los fallos uniformes de los tribunales, y por otra parte, se refiere a ella también como las normas jurídicas individuales emanadas de las sentencias pronunciadas por los tribunales.<sup>1</sup>

Ahora bien, para que la jurisprudencia pueda ser calificada como producción normativa, la doctrina constitucional chilena manifiesta que depende de la concurrencia de dos condiciones: en primer lugar, podrá hablarse de la jurisprudencia si las sentencias tienen su fundamento en una argumentación. En efecto, el papel de la jurisprudencia consiste en recoger no solo las resoluciones (es decir la *decisum*) del tribunal, sino también aquellos razonamientos que han conducido a ella (*ratio decidendi*). Esta exigencia de fundar las resoluciones tomando en consideración la jurisprudencia, no solo obliga al tribunal a identificar detenidamente los problemas que plantea cada caso concreto, sino que además, constituye una garantía eficaz contra fallos de inspiración puramente política. En segundo término, una jurisprudencia auténtica exige una relativa coherencia a través del tiempo en las argumentaciones y resoluciones enunciadas por el tribunal. El examen de este segundo elemento conduce, necesariamente, a tomar alguna posición frente a los precedentes jurisprudenciales de un tribunal que tienen un efecto vinculante sobre las decisiones que este mismo haya de adoptar en el futuro.<sup>2</sup>

En definitiva la jurisprudencia puede considerarse como la forma en la que el Derecho se expresa en casos concretos, las decisiones, fallos, resoluciones o sentencias emitidas por los órganos judiciales en ejercicio de su potestad jurisdiccional para conocer y resolver conflictos jurídicos, en las cuales el juzgador expresa su criterio jurídico sobre un punto de derecho discutido en un caso específico razón por la cual producen efectos individuales *inter partes*, sin involucrar necesariamente al rol integrador o unificador del derecho reservado al precedente.

## 2. Concepto de precedente constitucional

Dentro del tema de jurisprudencia, corresponde traer a colación un asunto de igual importancia y que se refiere al concepto de jurisprudencia constitucional vinculante, el cual implica que el órgano de control constitucional reitere en varias sentencias sus criterios interpretativos como órgano jurisdiccional de cierre de los problemas de raigambre constitucional.

Para el constitucionalista colombiano Diego López Medina, el precedente constitucional emana de una técnica de interpretación o hermenéutica constitucional, es decir, el precedente tiene conexión directa con la interpretación constitucional con miras a la unificación de la jurisprudencia en materia constitucional, así:

La postulación de principios generales de interpretación fue una de las formas en que la Corte buscó guiar y unificar la jurisprudencia de sus inferiores. Entre ellos, ya se ha dicho, la cláusula de “estado social de derecho” y varias otras máximas usualmente emparentadas con

1 Pacheco, Máximo. *Teoría del Derecho*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1984, pp. 346-347.

2 Zapata Larrain, Patricio. *Justicia constitucional: teoría y práctica en el derecho chileno y comparado*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, diciembre 2008, pp. 362, 364.

ella (como la prevalencia del derecho material sobre el adjetivo), fueron y son determinantes en la dirección del derecho constitucional colombiano. Adicionalmente, la Corte Constitucional también buscó darles a los jueces mecanismos adicionales que los ayudaran en la interpretación. Esta labor de liderazgo se ejerció mediante la creación jurisprudencial de dos técnicas hermenéuticas que buscaban orientar a los jueces inferiores en su labor de interpretación constitucional. Estas dos técnicas eran, primero, la disciplina del precedente y, segundo, la técnica de los “tests”.

Los objetivos interpretativos de la técnica del precedente siguen siendo dos fundamentalmente: (1) lograr que los jueces de instancia tengan una comprensión finalista y sistemática de la Constitución por oposición a lecturas literalistas del sistema jurídico; (2) lograr que los jueces de instancia apliquen, no sólo las reglas constitucionales, sino igualmente las “sub-reglas” jurisprudenciales en que dichas reglas se especifican.

[...] Mediante estas dos técnicas (precedente y balanceo) la Corte buscaba orientar la interpretación constitucional, disminuyendo así la proliferación de comprensiones encontradas de los textos constitucionales en las sentencias de instancia. Estas dos técnicas de interpretación se suman así a las tradicionales (texto, historia, sistema y fin)...<sup>3</sup>

Por su parte, el autor ecuatoriano Nicolás Castro Patiño destaca las características del precedente constitucional en tanto señala:

El sustantivo *precedente* se refiere a una fase de creación del Derecho distinta y posterior a la de su configuración dispositiva [...] La producción normativa no se agota en la configuración dispositiva. Posteriormente, el órgano de aplicación, debe asignarle un significado a la dis-

posición, para resolver el caso; para ello habrá de utilizar la interpretación o la integración.

[...] De ahí que cuando se habla de precedente, se alude a la norma que crea el juez, por la vía de la interpretación o integración del ordenamiento positivo, para resolver el caso planteado, y que debe o puede servir para resolver un caso futuro sustancialmente análogo, siempre que se trate de un precedente vinculante.

[...] El adjetivo *vinculante* entraña la fuerza con que se proyecta la creación de la norma para la solución de los casos futuros, sustancialmente idénticos a aquel en el que fuera establecido.

La noción de lo vinculante guarda relación con el concepto de fuente de Derecho...

[...] Estamos frente a un precedente vinculante cuando la norma creada a nivel jurisdiccional se incorpora al Derecho objetivo, con carácter general, obligando a los operadores jurídicos a aplicarla siempre que quede identificado el cumplimiento de su supuesto normativo.<sup>4</sup>

El precedente entonces involucra la noción de efecto vinculante no solamente en un caso concreto, sino en todos los casos similares razón por la cual produce efectos generales o *erga omnes*.

### 3. Diferencia entre jurisprudencia y precedente constitucional

A fin de poder apreciar las notas propias de estos dos términos que se ha dado a las sentencias, en este acápite exponemos, aunque sea brevemente, las particularidades de cada una de ellas:

La *jurisprudencia* es aquella que no tiene un momento específico de configuración, es

3 López Medina, Diego Eduardo. *Interpretación constitucional*. Bogotá, Consejo Superior de la Judicatura- Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla 2006, Unidad 7, 2006. Internet. [www.ramajudicial.gov.co](http://www.ramajudicial.gov.co), pp. 55-56.

4 Castro Patiño, Nicolás. *El precedente constitucional vinculante para el Ecuador*. Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2009, pp. 64-67.

difícilmente identificable con una norma perteneciente al Derecho objetivo y su efecto vinculante es relativo, ubicándose entre las denominadas fuentes-hechos.

El *precedente constitucional* nace en un momento específico, crea una norma que pasa a formar parte del Derecho objetivo y su efecto vinculante es pleno.

Al respecto, Nicolás Castro Patiño comenta:

En la tradición del *civil law* la jurisprudencia de los tribunales de la más alta jerarquía no se asocia con la capacidad de incorporar normas en el Derecho positivo, sino a algo más débil y difícilmente configurable.

[...] En la tradición continental la eventual incorporación de la jurisprudencia al Derecho objetivo sólo se produce por la reiteración de decisiones, en cuyo caso se habla de *línea o doctrina jurisprudencial*, en lugar de precedente.

La idea de jurisprudencia constitucional vinculante no se refiere al dictado de una sentencia por parte del órgano de control constitucional, sino a una repetición de criterios normativos contenidos en sus sentencias, y que por transmitir el claro parecer del supremo intérprete de la Constitución sobre un concreto asunto de relevancia constitucional, debe ser observado por todos los jueces y tribunales de la República.

La vinculación de los jueces y tribunales a la jurisprudencia constitucional está relativizada por el hecho de que su inobservancia no se identifica con una violación del Derecho vigente, aunque si se trata de supuestos de hechos sustancialmente idénticos, tal conducta implica una violación del derecho fundamental a la igualdad en la aplicación del ordenamiento jurídico.

Por estas razones en la tradición anglosajona el término jurisprudencia no se asocia a los tribunales, sino sólo el de precedente. La razón estriba en que en aquella no hay problema en

reconocer que los tribunales de mayor rango crean Derecho con los mismos alcances que puede hacerlo el propio legislador, mientras en la terminología continental el concepto de jurisprudencia no alude a la capacidad de crear Derecho, por lo que el concepto no puede ser receptado en los ordenamientos anglosajones.

De ahí que, establecido un precedente, al juez inferior le quedan estas alternativas:

I) Aplicar (*apply*) la regla del precedente, cuando los dos litigios son verdaderamente similares; II) Seguir (*follow*) la regla del precedente, cuando a pesar de que existen diferencias relevantes entre los dos casos, a juicio del tribunal, estas no justifican un trato jurídico distinto y extiende, por analogía, la regla del precedente al nuevo supuesto; o bien, III) Distinguir (*distinguish*) la regla del precedente, esto es, no aplicarla en el asunto que resuelve y crea una nueva regla cuando a criterio del tribunal las diferencias entre ambos casos son significativas y merecen un trato jurídico distinto. (Magaloni Kerpel, Ana. *El Precedente Constitucional en el Sistema Judicial Norteamericano*. Madrid, McGraw-Hill, 2001, p. 84) [...]<sup>5</sup>

Vistos estos antecedentes podemos concluir que no es lo mismo el concepto de jurisprudencia constitucional, que el de precedente constitucional vinculante puesto que la jurisprudencia constitucional es el conjunto de fallos constitucionales, pero el precedente es un criterio jurisprudencial obligatorio y vinculante, razón por la cual la jurisprudencia constitucional sirve de referencia, pero el precedente es imperativo.

En definitiva una jurisprudencia constitucional produce efectos *inter partes* en tanto que un precedente constitucional tiene efectos *erga omnes*.

5 *Ibid.*, pp. 69, 70.

#### 4. La evolución jurisprudencial: de la legalidad a la constitucionalidad

La antigua convicción que tenía todo operador jurídico sobre la jurisprudencia es que esta no era fuente de derecho sino criterio auxiliar para la aplicación de las normas de derecho en general. Simplemente cumplía una función rectora en un caso concreto que la sentencia decide (*inter partes*). Nunca la jurisprudencia creó o logró crear Derecho. Los jueces solo podían interpretar la ley, desentrañar el mandato del legislador, explicar la inteligencia de la norma; pero no podían extender su alcance ni adicionar otros imperativos contenidos en ella. La interpretación se realiza *intra legem* y no fuera o más allá de la norma.

Sin embargo desde la doctrina procesalista dicha labor del juez enraizada al apego a la legalidad ha sido objeto de crítica, los procesalistas más autorizados han expuesto que la labor del juez no es la sola aplicación de la ley, sino la realización de la justicia la misma que amerita una más amplia labor del juez no solo como aplicador mecánico de la ley, sino como un intérprete de sus connotaciones a la realidad social cambiante; es decir, propone la superación del estatismo legalista hacia la evolución interpretativa que arribe a la justicia.

El procesalista argentino Fernando de la Rúa expresa:

[P]or medio de la sentencia, la voluntad abstracta de la ley se hace real y operante en lo concreto. El poder del juez es amplio y fuerte. Él no es la ley, pero lleva la palabra de la ley, es la voz del Estado, que dice la justicia en el caso particular. Sus decisiones producen modificaciones en la realidad, y el conjunto de las que se pronuncian los distintos jueces tienen amplia repercusión social. La paz de una

colectividad depende en gran medida de su justicia, y se la pone en riesgo cuando esa justicia no convence o deja flotando sentimientos de arbitrariedad.<sup>6</sup>

El autor español Sergi Guasch Fernández expone:

[L]a evolución de la doctrina originada en los órganos superiores o en la confirmación de resoluciones suficientemente fundadas de los inferiores opera como una verdadera fuente contribuyendo a la creación de normas jurídicas y a la definición de normas jurídicas [...] Ello no significa que el sistema sea inmutable pues, la norma puede verse superada por hechos sociales que evolucionan con la propia sociedad y que el legislador no puede prever o que, simplemente, ha olvidado prever. La interpretación uniforme no equivale a una interpretación inmutable. La unidad del ordenamiento jurídico hace necesario que sea coherente en su estructura pero sin caer en un estatismo fosilizante e inerte, pues entonces se convertiría en un obstáculo más que en un factor de desarrollo e impulso social. De esta manera los hechos de la realidad fijados jurisprudencialmente podrán tener diversos sentidos, según los factores que incidan en su funcionamiento...<sup>7</sup>

Es así que dentro del Derecho ordinario la casación de las resoluciones judiciales se constituye en un mecanismo para que además de corregirse la aplicación indebida o falta de aplicación de la ley en la decisión judicial, se corrija las falencias de la interpretación legal, constituyéndose en este sentido el Tribunal de Casación en el máximo órgano de la justicia ordinaria para interpretar judicialmente las normas legales por medio de sus fallos de casación, habiéndose estatuido para el efecto en el Ecuador el conocido fallo de triple reiteración de aplicación obligatoria para

6 De la Rúa, Fernando. *Teoría General del Proceso*. Buenos Aires, Editorial De Palma, 1993, p. 136.

7 Guasch Fernández, Sergi. *El hecho y el derecho en la casación civil*. Barcelona, J.M. Bosch, 1998, pp. 158-159.



los órganos judiciales ordinarios de instancia, cuyo objetivo es la unificación del derecho en la jurisprudencia ordinaria a través de la llamada doctrina legal o doctrina jurisprudencial.

Al respecto Santiago Andrade expone:

En nuestra patria se hace muchas veces caso omiso de la jurisprudencia, incluso de la obligatoria, no obstante el claro mandato del art. 19 de la L. de C. (Ley de Casación), imbuidos todavía de la idea decimonónica de que el juez es la boca de la ley y que únicamente la aplica y no la interpreta [...] La Primera Sala de lo Civil y Mercantil (de la Corte Suprema de Justicia), sobre los precedentes jurisprudenciales, ha sostenido: [...] a partir de la vigencia de la Ley de Casación, esto es, desde el 18 de mayo de 1993, los fallos de casación constituyen precedentes, y la triple reiteración de los mismos constituye precedente jurisprudencial obligatorio y vinculante para la interpretación y aplicación de las leyes, excepto para la propia Corte Suprema de Justicia [...] (Resolución No. 296 de 09 de abril de 1998 [...] R.O. 318 de 15 de mayo de 1998) [...] Sobre este tema, la Primera Sala se ha pronunciado reiteradamente en el siguiente sentido: [...] El artículo 19 de la Ley de Casación [...] dota de valor normativo a los fallos de casación al disponer que constituyen precedentes para la aplicación de la ley, y en caso de triple reiteración, de precedente obligatorio y vinculante, lo cual se traduce en una fuerza obligatoria y vinculante para la interpretación y aplicación de las leyes para todos los jueces y magistrados, excepto para la propia Corte Suprema de Justicia [...] La Sala insiste en recordar que el fin del recurso de casación es el controlar la correcta aplicación de la Ley en las sentencias de instancia, velar por la uniformidad de la jurisprudencia y a través de ella ir formando lo que se conoce como doctrina jurisprudencial o doctrina legal

[...] (Resolución No. 121 de 28 de abril de 2003 [...] R.O. 100 de 02 de junio de 2003).<sup>8</sup>

La triple reiteración de fallos de casación constituye precedente jurisprudencial obligatorio y vinculante para la interpretación y aplicación de las leyes con un gran valor ilustrativo que guía a los jueces ordinarios de instancia en el proceso de elaboración de sus fallos; pero más aún, en virtud de la triple reiteración, esa jurisprudencia llega a constituirse en doctrina legal que debe ser obligatoriamente aplicada por los órganos de la justicia ordinaria.

Sin embargo de ello la falta de conocimiento respecto al valor normativo del fallo de triple reiteración ha ocasionado que a la hora de fallar, se observen cambios frecuentes de criterio, sin que se defina o discuta la doctrina jurisprudencial fijada para casos análogos. La distinta aplicación de la jurisprudencia genera aún mayor inseguridad jurídica, pues, a menor uso de jurisprudencia hay una utilización más fuerte de la ley como norma controlante en la decisión del caso, configurándose bajo la óptica de la doctrina legal a la jurisprudencia como una fuente secundaria frente a la fuente principal de origen legal.

La doctrina jurisprudencial o doctrina legal ha sido estudiada por Diego López Medina, quien afirma que la misma anclaba al juez ordinario a la mera aplicación legal, que fue paulatinamente superada por la influencia de la jurisprudencia constitucional, así:

Los jueces inferiores, mientras tanto, seguían aplicando de manera preferencial las leyes legítimamente expedidas [...] Peor aún: no era necesario, salvo en rarísimas ocasiones, consultar el texto o la doctrina constitucionales

8 Andrade Ubidia, Santiago. *La casación civil en el Ecuador: doctrina, análisis de la ley, su aplicación por las Salas de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, posibles reformas*. Capítulo VIII, "La Formación de la Doctrina Jurisprudencial". Quito, Andrade & Asociados Fondo Editorial, septiembre 2005, pp. 329 a 332.

para resolver los casos de la jurisdicción común. Para ello bastaba la ley y la doctrina legal [...] La acción de tutela, establecida en 1991, introdujo un cambio mayúsculo a este panorama: por su propia dinámica, la tutela terminó *constitucionalizando* de manera muy importante el litigio corriente [...]<sup>9</sup>

Lo expresado hasta aquí, constituye la razón que explica la evolución y reformulación de las fuentes de derecho, y en concreto la labor del juez frente a estas, en aras a deslindarse de la aplicación estricta de la ley valiéndose para ello de las demás fuentes a fin de asumir un rol activo de tal forma que lo convierta en un juez creador de derecho bajo la orientación de los principios constitucionales.

En este cambio de paradigma en la concepción de las fuentes de derecho, Luis Ociel Castaño expresa que:

Si la Constitución es la fuente de las fuentes de Derecho, si se le concibe como a la principalísima fuente del Derecho, por lo tanto, su depositaria natural no puede ser otra que la Corte Constitucional, con lo que accede, de manera “*sui generis*”, a ser igualmente órgano creador de derecho cuando su actuación excepcional así lo exija en cobijo del hacer efectivo el ordenamiento jurídico. El juez no solamente es un intérprete o un simple aplicador de derecho, ante todo, ha devenido en un creador del mismo. Esta facultad es apenas corolario de su específica función jurisdiccional. Es más, la naturaleza que distingue la actividad del juez del resto de los poderes constituidos es precisamente la facultad de crear normas jurídicas especialísimas...<sup>10</sup>

Entre tanto, Carlos Mesía sobre el tránsito de la labor mera legalista del juez hacia la cons-

titucionalización vía interpretación constitucional del derecho señala:

[A] veces como cultura jurídica se nos dice que para poder dar solución a un problema jurídico hay que ir a buscar la voluntad del legislador; este es el gran mito que hay que destruir, porque significa atar al juez a la ley, cuando en el fondo, el juez lo que tiene que hacer es empinarse sobre la Constitución que es una norma de principios y desde ahí resolver el problema mediante la vía de la interpretación [...] significa construir una voluntad que sea el resultado de un conjunto de valoraciones sociales, éticas, políticas que deben ser desentrañadas...<sup>11</sup>

Lo anterior implica que el juez deja de ser un mero aplicador mecánico de la ley, pasa a ser intérprete del derecho bajo el influjo de los principios constitucionales y en este sentido crea derecho; existe por lo tanto en el órgano judicial una asunción de un nuevo papel garantista dirigido a la protección del derecho, superando la mera aplicación de la legalidad por la profundización en la connotación de la constitucionalidad del asunto.

La Constitución de la República del Ecuador, promulgada en el Registro Oficial n.º 449, de 20 de octubre de 2008, establece la sujeción constitucional y legal del juez:

Art. 1.- El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia...

Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

[...] 8. El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y de las políticas públicas...

Art. 172.- Las juezas y jueces administrarán justicia con sujeción a la Constitución, a los



9 López Medina, Diego Eduardo. *Interpretación constitucional*. Bogotá, Consejo Superior de la Judicatura / Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla 2006, Unidad 7, 2006. Internet. [www.ramajudicial.gov.co](http://www.ramajudicial.gov.co), p. 39.

10 Ociel Castaño, Luis. *El Juez Constitucional y el llamado Nuevo Derecho*. pp. 188 a 189. Internet. [http://criteriojuridico.puj.edu.co/archivos/08\\_185\\_lociel\\_juez\\_constitucional.pdf](http://criteriojuridico.puj.edu.co/archivos/08_185_lociel_juez_constitucional.pdf).

11 Mesía, Carlos. “Justicia constitucional y creación de jurisprudencia del Derecho”. *Un cambio ineludible: la Corte Constitucional*. Quito, Tribunal Constitucional del Ecuador, 2007, p. 196.

instrumentos internacionales de derechos humanos y a la ley...

Ello no implica que el juez ha abandonado su tarea de aplicar la ley, sino el modo de hacerlo, de simple aplicador mecánico pasa a ser un operador crítico de la misma; es decir, al encontrarse sujeto a los derechos reconocidos en la Constitución y en los Instrumentos Internacionales se encuentra facultado de suplir los vacíos legales y solucionar las contradicciones entre las normas legales mediante la interpretación orientada por los principios constitucionales para proteger el derecho, siempre y cuando no incurra en arbitrariedad. Es decir, el juez debe seguir aplicando la ley cuando sea lo pertinente y justo al caso, pero siempre bajo el espectro de la constitucionalidad.

En este sentido, el precedente judicial ordinario emitido por la Corte de Casación, y el precedente constitucional expedido por la Corte Constitucional cumplen su funcionalidad en el ámbito al cual están inmersos: el primero en la legalidad y el segundo, en la constitucionalidad.

Sobre las relaciones entre casación y control constitucional, Agustín Grijalva señala:

Entre estas dos instituciones hay sin duda similitudes y relaciones. El examen de las mismas permite aclarar la forma como la Corte de Casación en Ecuador la actual Corte Nacional de Justicia, y la Corte Constitucional deben coordinar sus respectivas competencias.

Respecto a las similitudes como lo ha indicado Rosario Serra Cristóbal, destacan inmediatamente el carácter interpretativo y de unificación de jurisprudencia tanto de la casación como del control constitucional. La casación apunta a la adecuada interpretación de la ley, mientras que el control constitucional se con-

centra en la interpretación de la Constitución. Esa diferenciación, sin embargo no excluye cierta yuxtaposición de competencias, la cual se produce cuando ambas, Corte de Casación y Corte Constitucional, interpretan de forma distinta las mismas normas legales. Esta yuxtaposición puede derivar en diferencias, tensiones e incluso conflictos, pero existen una serie de principios, regulaciones y políticas que posibilitan la reducción de tales tensiones con miras a la coordinación o al menos comunicación entre ambas jurisdicciones.<sup>12</sup>

En definitiva, la legalidad y la constitucionalidad tienen sus órganos jurisdiccionales máximos que emiten la jurisprudencia vinculante en estos ámbitos, el fallo de triple reiteración de la Corte Nacional de Justicia en la aplicación de la ley, y la sentencia de jurisprudencia vinculante de la Corte Constitucional en el control e interpretación constitucional, debiéndose procurar mecanismos de coordinación entre la justicia ordinaria y la justicia constitucional para evitar la invasión indebida en las dos jurisdicciones, en aras de garantizar la seguridad jurídica.

##### **5. La Corte Constitucional como órgano encargado de desarrollar jurisprudencia constitucional vinculante**

La Constitución del 2008 plantea al Ecuador como un Estado constitucional de derechos y justicia en el cual el rol esencial del Estado es garantizar los derechos, enmarcándose dentro del paradigma constitucional garantista cuyo rol esencial del Estado es garantizar los derechos, al que se lo ha denominado como neoconstitucionalismo.

Conforme lo expone Luigi Ferrajoli, el constitucionalismo exige una jurisdicción garantista:

12 Grijalva, Agustín. "La acción extraordinaria de protección". *Teoría y práctica de la justicia constitucional*. Ed. Claudia Escobar García. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2010, pp. 665-666.

La jurisdicción ya no es la simple sujeción del juez a la ley, sino también análisis crítico de su significado como medio de controlar su legitimidad constitucional. Y la ciencia jurídica ha dejado de ser, supuesto que lo hubiera sido alguna vez, simple descripción, para ser crítica y proyección de su propio objeto: crítica del derecho inválido aunque vigente cuando se separa de la Constitución; reinterpretación del sistema normativo en su totalidad a la luz de los principios establecidos en aquélla; análisis de las antinomias y de las lagunas; elaboración y proyección de las garantías todavía inexistentes o inadecuadas...<sup>13</sup>

Siendo así el garantismo una tesis del constitucionalismo que propugna que a la par del reconocimiento de los derechos deben existir garantías para su efectivización, es decir, mecanismos para lograr su cumplimiento o reparación en caso de violación, debiendo el juez asumir su rol garantista en la protección del derecho mediante la interpretación crítica del ordenamiento jurídico para colmar su vacíos y solucionar sus antinomias a la luz de los principios constitucionales.

En el garantismo neoconstitucionalista se ha planteado la reformulación de las fuentes tradicionales del derecho y en el papel de la hermenéutica jurídica como método de interpretación propio del Derecho, puesto que más allá del mero reconocimiento de los derechos resulta trascendental el papel garantista del juez para garantizar, proteger, reparar y tutelar los derechos constitucionales, superándose su rol meramente legalista.

La doctrina constitucionalista internacional ha sostenido que la protección de las normas y los derechos constitucionales requiere

de un máximo órgano de control, interpretación y justicia constitucional, constituyéndose la Corte Constitucional en el garante de la Constitución.

El constitucionalista español Pablo Pérez Tremps afirma:

[E]l trabajo de la justicia constitucional debe ser fundamentalmente de garante de la Constitución, como intérprete supremo de ésta, actualizando el alcance de sus contenidos, adecuándolos a las cambiantes circunstancias políticas, sociales y culturales [...] Cumple así la justicia constitucional una función objetiva [...] de defensa e interpretación de la norma fundamental, e íntimamente ligada a ella, la justicia constitucional cumple una función subjetiva, de defensa de intereses y derechos concretos y específicos [...] No se trata de dos concepciones distintas de la justicia constitucional, ni de principios contrapuestos de la misma [...] no hay defensa de la Constitución si no hay defensa de derechos e intereses [...] los órganos encargados de administrar justicia constitucional deben poder valorar de manera liminar la viabilidad formal y material de una demanda constitucional, partiendo de los tres datos ya indicados: base legal para ello, intereses subjetivos en juego y trascendencia objetiva del objetivo del asunto...<sup>14</sup>

Para los constitucionalistas colombianos Catalina Botero, Mauricio García Villegas y Rodrigo Uprimny:

La acción de tutela colombiana tiene la virtud de condensar en su estructura el cumplimiento de estas dos importantes funciones: la protección inmediata de los derechos fundamentales de los ciudadanos —a través de la acción de tutela— y, la unificación del alcance y entendimiento de los derechos fundamentales de tal

13 Ferrajoli, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi. Madrid, Editorial Trotta, 2001, p. 68.

14 Pérez Tremps, Pablo. "La admisión en los procesos constitucionales". *Derecho procesal constitucional*. Coord. Pablo Pérez Tremps. Quito, Instituto de Derecho Público Comparado de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de la Universidad Carlos III de Madrid, Iniciativa Europea para la Democracia y los Derechos Humanos de la Comisión Europea. Tribunal Constitucional del Ecuador / Editora Nacional, 2005, pp. 90, 91 y 103.

manera que se apliquen de manera uniforme en todas las instancias judiciales y en todos los procesos —por la vía de la acción de tutela contra sentencias judiciales—. [...] la tutela cumple dos finalidades complementarias: de un lado corrige errores judiciales graves, que vulneren derechos fundamentales. Y de otro lado, unifica la interpretación sobre el alcance de los derechos fundamentales, gracias a la revisión eventual de los casos por la Corte Constitucional.

[...] la otra función de la TCS [tutela contra sentencias] que es la unificación de la interpretación de los derechos fundamentales, función esencial, pues distintas personas razonables pueden llegar (*sic*) entender de manera diversa el alcance de una disposición constitucional.

[...] Si creemos realmente en los derechos fundamentales, es entonces esencial que exista un tribunal que diga la última palabra sobre su sentido y alcance. Y por la naturaleza de sus funciones, es natural que ese órgano sea la Corte Constitucional, por lo que la facultad que se le confiere de revisar las sentencias de los otros tribunales no deriva de la especial genialidad de los jueces constitucionales sino que es simplemente una consecuencia lógica e institucional de la supremacía de la constitución y de la necesidad de unificar su interpretación.<sup>15</sup>

La Constitución de la República del Ecuador de 2008 consagra como garantías jurisdiccionales a las medidas cautelares, acción de protección, hábeas corpus, acción de acceso a la información pública y hábeas data, que las conocen y resuelven los juzgadores ordinarios en ejercicio de la jurisdicción constitucional (arts. 87 a 92). Por ello la Corte Constitucional como órgano de cierre del control, interpretación y justicia constitucional (art. 429, inciso primero) y como máximo

intérprete de la Constitución (art. 436, numeral 1) tiene la competencia para expedir la jurisprudencia vinculante en estas garantías mediante el proceso de selección y revisión (art. 436, numeral 6).

Al respecto, Agustín Grijalva señala:

[L]as sentencias de primera instancia sobre garantías jurisdiccionales podrán ser apeladas, no ante el Tribunal Constitucional sino “ante la corte provincial”, transformando así a una corte de instancia o apelación como actualmente lo es el Tribunal Constitucional, en una Corte para sentar jurisprudencia obligatoria. En otras palabras, a la Corte Constitucional no se podrá apelar de todas las sentencias de primera instancia, sino que será la propia Corte la que, con el fin de establecer jurisprudencia obligatoria, seleccionará casos tipo o especialmente complejos.

[...] La facultad de interpretación obligatoria de la Constitución por parte de la Corte Constitucional encuentra su proyección más concreta y, a su vez, más general, justamente en la posibilidad de dictar jurisprudencia obligatoria. En otras palabras, los numerales uno y seis del artículo 436 están estructuralmente vinculados.

Esta situación se visualiza claramente, por ejemplo, en el caso de las sentencias de amparo o acción de protección. Cuando la Corte dicta estas sentencias incluye en su parte motiva o “ratio decidendi” una interpretación del contenido o alcance del derecho o los derechos constitucionales correspondientes. Puesto que puede haber incluso cientos de amparos similares presentados ante los jueces constitucionales, la interpretación de la Corte debe proyectarse en el razonamiento judicial aplicado a todos estos casos similares.<sup>16</sup>

15 Botero, Catalina, Mauricio García Villegas y Rodrigo Uprimny. “Tutela contra sentencias: documentos para el debate”. Bogotá, De Justicia - Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, 2006. Internet. [http://dejusticia.org/inter-na.php?id\\_tipo\\_publicacion=5&id\\_publicacion=265](http://dejusticia.org/inter-na.php?id_tipo_publicacion=5&id_publicacion=265), pp. 12-13.

16 Grijalva, Agustín. “Perspectivas y desafíos de la Corte Constitucional”. *Desafíos constitucionales: la Constitución ecuatoriana de 2008 en perspectiva*. Eds. Ramiro Ávila Santamaría, Agustín Grijalva Jiménez y Rubén Martínez Dalmáu. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, p. 265.



La Corte Constitucional se estatuye entonces en el intérprete final y máximo de la Constitución y por medio de sus sentencias establece los criterios y parámetros para entender las normas y los derechos constitucionales, como órgano de cierre para dilucidar los problemas jurídicos en materia constitucional, más aun cuando emite una sentencia de jurisprudencia vinculante contentiva de una *ratio decidendi* de obligatorio cumplimiento en garantías jurisdiccionales.

La Constitución de la República del Ecuador de 2008 prevé también que la Corte Constitucional ejerza este rol de órgano de cierre en la justicia constitucional cuando conoce las garantías jurisdiccionales de la acción por incumplimiento de normas, de actos administrativos de carácter general, de sentencias y dictámenes de organismos internacionales, (arts. 93 y 436, numeral 5), la acción de incumplimiento de sentencias constitucionales (art. 436, numeral 9), así como la acción extraordinaria de protección (arts. 94 y 437) que son de su exclusiva competencia, en las cuales también ejerce la interpretación final de un punto de derecho en el ámbito constitucional.

Sobre el particular, Agustín Grijalva señala:

[L]a facultad de la Corte para dictar jurisprudencia vinculante en materia de garantías (art. 436 núm. 6) y el recurso extraordinario contra sentencias, autos y resoluciones violatorias de derechos constitucionales (arts. 94 y 437), siendo dos competencias diferenciables son en realidad complementarias, en el sentido de que el recurso extraordinario es el mecanismo procesal que termina asegurando la obligatoriedad de la jurisprudencia de la Corte. Por supuesto, ambas funciones son concreciones de la condición y facultad de la Corte como

intérprete jurídico final de la Constitución. La importancia de la unificación de fallos respecto a interpretación de derechos fundamentales es algo que prácticamente ha quedado antes argumentado. Como se ha dicho, los derechos constitucionales son el ineludible marco de actuación legítima de la justicia ordinaria y su rol de garante de la Constitución, pero no es posible desarrollar en la práctica este marco, si no existe algún sistema de unificación de fallos en la interpretación de estos derechos...<sup>17</sup>

Siendo así vale recalcar que la Corte Constitucional es el órgano de cierre de la justicia constitucional, que tiene la última palabra como intérprete final y máximo de la Norma Suprema y de los derechos que ella consagra, para de esta forma disipar las dudas que sobre el alcance de las disposiciones y derechos constitucionales han surgido de los casos en materia constitucional, principalmente cuando por medio de los procesos de selección y revisión crea jurisprudencia vinculante relativa a las garantías jurisdiccionales de acción de protección, acción de cumplimiento, hábeas corpus, hábeas data, acceso a la información pública; así como cuando dilucida si ha existido violación constitucional tratándose de la acción extraordinaria de protección; logrando con dicha labor la unificación de la interpretación en materia constitucional.

## 6. La trascendencia de los procesos de selección y revisión constitucional

Cabe indicar que la Corte Constitucional por medio de las Salas de Selección y de Revisión no se convierte en un órgano de apelación, sino que su papel es la generación de criterios y parámetros jurisprudenciales,

17 Grijalva, Agustín. "Interpretación constitucional, jurisdicción ordinaria y Corte Constitucional". *La Nueva Constitución del Ecuador. Estado, derechos e instituciones*. Eds. Santiago Andrade, Agustín Grijalva y Claudia Storini. Quito, Corporación Editora Nacional y Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2009, p. 285.



que originados en casos concretos de violación de derechos de las personas (derecho subjetivo), trascienden dicho ámbito y permiten establecer líneas jurisprudenciales sobre el conflicto constitucional trascendente (relevancia constitucional) basados en la *ratio decidendi* de las reglas jurisprudenciales (derecho objetivo).

En este sentido el análisis del derecho jurisprudencial debe tomar muy en cuenta conceptos clave como: problema jurídico constitucional, relevancia constitucional, *ratio decidendi*, regla jurisprudencial, línea jurisprudencial y precedente constitucional.

La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional promulgada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial n.º 52, de 22 de octubre de 2009, establece en el artículo 25, numerales 2 y 4, los elementos para la selección por parte de la Corte Constitucional de sentencias de garantías jurisdiccionales (Sala de Selección) para su posible revisión (Sala de Revisión), así:

Art. 15.- Selección de sentencias por la Corte Constitucional.- Para la selección de las sentencias por la Corte Constitucional, se tendrán en cuenta las siguientes reglas:

[...] 2. La Sala de Selección después de conocer las sentencias escogerá discrecionalmente aquellas sentencias objeto de la revisión. El caso seleccionado se hará conocer a través del portal de internet de la Corte Constitucional.

[...] 4. La Sala de Selección tendrá en cuenta los siguientes parámetros para la selección, que deberán ser explicados en el auto de selección:

- a) Gravedad del asunto.
- b) Novedad del caso e inexistencia de precedente judicial.

c) Negación de los precedentes judiciales fijados por la Corte Constitucional.

d) Relevancia o trascendencia nacional del asunto resuelto en sentencia.

Los procesos de selección y revisión son un mecanismo de disciplina jurisprudencial, en tal virtud su procedencia cabe cuando la Corte Constitucional estime que se trate de casos paradigmáticos con una denotada relevancia constitucional.

Sobre los casos paradigmáticos, Agustín Grijalva señala que:

[S]e ha propuesto en Ecuador darle al Tribunal o Corte Constitucional la posibilidad de seleccionar los casos [...] tal como sucede en otros países como Colombia y Estados Unidos. De esta forma mediante una comisión de admisiones del Tribunal, éste seleccionaría para decisión sólo aquellos casos paradigmáticos respecto a los cuales puede establecer jurisprudencia constitucional obligatoria para casos similares...<sup>18</sup>

Por su parte, Ramiro Ávila también sobre los casos paradigmáticos sostiene:

El Tribunal o Corte Constitucional deberá conocer sólo cuando el caso tenga características para sentar precedentes obligatorios [...] si el Tribunal Constitucional sienta precedentes de observación obligatoria para cualquier funcionario del Estado, debería dedicar su tiempo a conocer casos paradigmáticos...<sup>19</sup>

[...] Toda Corte que genera jurisprudencia obligatoria, que tiene la última palabra en interpretación constitucional, no debe ser de fácil acceso. Para ello, no se tiene el derecho a que el caso sea obligatoriamente conocido por la Corte, se debe tener procedimientos rigurosos de admisibilidad y, finalmente, los casos deben

18 Grijalva, Agustín. "Independencia, Acceso y Eficacia de la Justicia Constitucional en el Ecuador". *Plenos poderes y transformación constitucional*. Quito, Abya-Yala, Diagonal Capítulo Ecuador, 2008, p. 116.

19 Ávila Santamaría, Ramiro. "El amparo constitucional en el Estado Social de Derecho: restricción o fortalecimiento". *Plenos poderes y transformación constitucional*. Quito, Abya-Yala, 2008, p. 138.



ser realmente paradigmáticos. Por citar algunos ejemplos de cortes que no conocen los casos en segunda instancia: la Corte Suprema de los Estados Unidos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Constitucional de Colombia...<sup>20</sup>

En este contexto, la Corte Constitucional del Ecuador para la selección y posible revisión de las sentencias de garantías jurisdiccionales se encuentra consolidando la operatividad de dichos procesos, principalmente mediante informes periódicos de la Coordinación de Selección a los cuales se adjuntan las denominadas *fichas de relevancia constitucional*.<sup>21</sup>

Un ejemplo de precedente constitucional se encuentra en la Sentencia de Jurisprudencia Vinculante n.º 001-10-PJO-CC, de 22 de diciembre de 2010 publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial n.º 351, de 29 de diciembre de 2010, en la cual jurisprudencialmente se precisó la labor de las Salas de Selección y Revisión, llegándose en el fondo del asunto a considerar que la acción de incumplimiento de sentencia prevista constitucionalmente (art. 436, numeral 9) es una garantía jurisdiccional, ampliando de esta forma una garantía más al Título III Garantías Constitucionales, Capítulo Tercero, Garantías Jurisdiccionales de la Constitución (arts. 86 a 94) con efecto *erga omnes*, al señalar:

29.- Resulta evidente que el desarrollo de jurisprudencia constitucional vinculante en materia de garantías es una competencia exclusiva de la Corte Constitucional. Con ese fin debemos dejar en claro algunos aspectos:

b) En síntesis, las labores de las Salas de Selección y Revisión están encaminadas a garantizar los derechos a la igualdad y seguridad jurídica de las personas, conforme lo dispone el artículo 82 de la Constitución, logrando certeza en una novedosa fuente directa del derecho en el sistema constitucional ecuatoriano: la jurisprudencia constitucional.

[...] SENTENCIA

[...] I. JURISPRUDENCIA VINCULANTE

3.1. La Corte Constitucional, como consecuencia del problema jurídico reflejado en el caso, establece que los mecanismos constitucionales de cumplimiento de sentencias, dictámenes y resoluciones constitucionales se constituyen en garantías jurisdiccionales.

[...] Precedente Constitucional

La jurisprudencia vinculante desarrollada en esta sentencia constituye precedente constitucional y tiene efectos *erga omnes*...

79

## 7. Replanteamiento o modificación del precedente constitucional

La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional de 2009 en el artículo 2, numeral 3, determina:

Principios de la justicia constitucional.- Además de los principios establecidos en la Constitución, se tendrán en cuenta los siguientes principios generales para resolver las causas que se sometan a su conocimiento:

[...] 3. Obligatoriedad del precedente constitucional.- Los parámetros interpretativos de la Constitución fijados por la Corte Constitucional en los casos sometidos a su conocimiento tienen fuerza vinculante. La Corte podrá alejarse de sus precedentes de

20 Ávila Santamaría, Ramiro. "Las garantías: herramientas imprescindibles para el cumplimiento de los derechos. Avances conceptuales en la Constitución del 2008". *Desafíos constitucionales: la Constitución ecuatoriana de 2008 en perspectiva*. Eds. Ramiro Ávila Santamaría, Agustín Grijalva Jiménez y Rubén Martínez Dalmau. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, p. 101.

21 Las fichas de relevancia constitucional se encuentran en internet: [www.corteconstitucional.gob.ec](http://www.corteconstitucional.gob.ec), ir al icono *Relatoría Sala de Selección* colocando el número del caso.

forma explícita y argumentada garantizando la progresividad de los derechos y la vigencia del estado constitucional de derechos y justicia.

El profesor chileno Jorge Streeter ha explicado que la sujeción al precedente debe constituir la regla general al señalar:

[C]omo una manera de evitar la discrecionalidad arbitraria, la inseguridad jurídica y la imprevisión en el resultado de las conductas [...] hace jurídicamente obligatorio el respeto,

dente, el juez tendría que explicar las razones del giro y fundamentar adecuadamente su nueva interpretación. Este planteamiento, sin congelar una determinada interpretación de la Constitución, contribuye a evitar giros violentos o insospechados en la jurisprudencia.

Para el constitucionalista Diego López Medina cabe que el juez se aparte del precedente jurisprudencial ofreciendo una justificación suficiente y adecuada, por medio de argumentos legítimos (ver tabla).

ARGUMENTOS ILEGÍTIMOS	ARGUMENTOS LEGÍTIMOS
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Ignorancia o desconocimiento de la jurisprudencia</li> <li>• Desobediencia o renuencia frente a la jurisprudencia</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Disanalogía</li> <li>• Distinción entre <i>ratio decidendi</i> y <i>obiter dictum</i></li> <li>• Indeterminación de la jurisprudencia previa</li> <li>• Cambio de jurisprudencia<sup>23</sup></li> </ul>

Fuente: Diego López Medina, 2006, p. 192. Internet. [www.ramajudicial.gov.co](http://www.ramajudicial.gov.co)

pero en ningún caso la servil repetición, de los precedentes judiciales en materias similares. En todo caso me parece una exigencia de honradez intelectual que los fallos judiciales sobre materias que ya han sido objeto de pronunciamiento respeten la doctrina, la razón decisoria contemplada en los casos anteriores, a menos que existan muy buenas razones para apartarse de ellas, razones que el fallo debería hacer explícitas y fundamentar adecuadamente...<sup>22</sup>

La consideración o respeto al precedente no significa que el juez deba atenerse absolutamente al precedente, pero sí le impone la obligación de considerarlo como el necesario punto de partida en la solución del problema en examen.

Solamente las razones poderosas justificarán apartarse de una línea jurisprudencia previa. Para proceder a alejarse de un prece-

Se trata en síntesis, de una solución que propende, simultáneamente a rescatar la seguridad que emana del precedente constitucional, y a reconocer la posibilidad del progreso y la corrección de los errores, lo cual es permisible, toda vez que la Ley Orgánica de Garantías Constitucionales y Control Constitucional, en el artículo 3, numeral 4, dispone:

Art. 3.- [...] 4. Interpretación evolutiva o dinámica.- Las normas se entenderán a partir de las cambiantes situaciones que ellas regulan, con el objeto de no hacerlas inoperantes o ineficientes o de tornarlas contrarias a otras reglas o principios constitucionales.

En la sentencia de jurisprudencia vinculante n.º 001-10-PJO-CC, ya citada, se establece dicho criterio al señalar:

22 Streeter, Jorge. "El razonamiento jurídico". *Interpretación, integración y razonamientos jurídicos* (conferencias y ponencias presentadas en el Congreso realizado en Santiago y Viña del Mar, entre el 23 y el 25 de mayo de 1991. Editorial Jurídica Chile, 1992, p. 115.

23 López Medina, Diego Eduardo. *Interpretación constitucional*. Bogotá, Consejo Superior de la Judicatura - Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, Unidad 7, 2006. Internet. [www.ramajudicial.gov.co](http://www.ramajudicial.gov.co)

[...] 29 b) [...] Aquello será posible a partir del respeto a los precedentes jurisprudenciales dictados dentro de un determinado escenario constitucional. Cabe precisar que partiendo del *carácter* dinámico y sociológico de la jurisprudencia —derecho vivo— es claro, tal como lo señala el artículo 3 numeral 4 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, que los criterios jurisprudenciales, al igual que aquellos plasmados en las normas legislativas, no permanecen inmutables; por el contrario, a través de una adecuada carga de argumentación jurídica existen técnicas que configuran la posibilidad de un alejamiento de precedentes jurisprudenciales. Una realidad distinta, llevaría a que la jurisprudencia adolezca de los mismos problemas que ha experimentado la ley en sentido formal, tratar de regular *a priori* y con grados de inmutabilidad todos los conflictos sociales de la humanidad...

En tal virtud, parece razonable que allí donde la perseverancia en el error pueda producir un daño mayor en el ámbito de los derechos, convenga reconocer al juez la posibilidad de actualizar y optimizar constantemente la interpretación de las garantías a la luz de la evolución social y el progreso de las ideas, que garantiza la progresividad de los derechos y la vigencia del Estado constitucional de derechos y justicia.

## 8. Seguridad jurídica y su desarrollo jurisprudencial

En definitiva la creación de jurisprudencia constitucional vinculante y más aún la existencia de precedentes constitucionales logran la unificación de criterios y parámetros en torno a un tema constitucional por parte del máximo órgano de control, interpretación

y justicia constitucional, lo que redundará en la consolidación de la seguridad jurídica.

El constitucionalista Diego López Medina señala esta vinculación al referir:

La aplicación directa de la Constitución a casos de tutela y derecho común ha generado la necesidad, cada vez más apremiante, de unificar la jurisprudencia. Esta necesidad, a su vez, se traduce en la exigencia de utilizar en Colombia una doctrina del precedente que dé coherencia a los pronunciamientos judiciales sobre el significado de los derechos fundamentales en el país [...] La aplicación uniforme de los derechos fundamentales es una forma de garantizar, al unísono, la justicia y la seguridad jurídica. De otro lado, es preciso insistir que la doctrina del precedente no disminuye la independencia judicial. Todo lo contrario: Como se ha mostrado a lo largo de este módulo, el juez tiene la responsabilidad de definir cuál es el precedente aplicable e, incluso en ese caso, conserva la posibilidad de desplegar las técnicas legítimas de manejo del mismo. Así, el juez es todavía legítimo fallador de cada caso, sólo que sometido a la necesidad de conversar con la jurisprudencia constitucional nacional en un esfuerzo por perfeccionar el sentido y la profundidad de los derechos fundamentales. La supervivencia en el país de la acción de tutela, de la aplicación directa de la constitución y de los derechos fundamentales son responsabilidades que pesan sobre los hombros de los falladores de instancia. Un manejo técnico y responsable de la técnica del precedente puede ayudarlos en ese sentido...<sup>24</sup>

De su lado, Nicolás Castro Patiño sostiene:

No es posible asumir una concepción del derecho que tenga como único referente a la Constitución y a la Ley, porque en ese escenario no se tendría en cuenta la textura abierta y muchas veces indeterminada de la

<sup>24</sup> *Ibid.*, p. 226.



Constitución y entrañaría renunciar a que ésta sea expresión del pluralismo que se concreta en la vida diaria por la vía de la interpretación. [...] En consecuencia, hay que hacer una apuesta a firme por los jueces y su labor creadora en la jurisprudencia.

Sólo así habremos dado un paso mayor en la reestructuración profunda de nuestras fuentes del derecho...

El precedente constitucional vinculante constituirá en ese escenario medio idóneo para conseguir la realización plena del derecho fundamental a la igualdad en la aplicación de la ley, a la predictibilidad y a la seguridad jurídica.<sup>25</sup>

prudenciales con efectos *erga omnes* contribuyan a garantizar la seguridad jurídica en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

82

En definitiva la creación de la jurisprudencia constitucional vinculante a partir de los procesos de selección y revisión, debe consolidarse a tal punto de constituirse en el rol unificador en la aplicación e interpretación de las normas y de los derechos constitucionales; mediante la determinación de casos paradigmáticos en materia constitucional a través de la configuración de las causas con relevancia constitucional; cumpliendo así el precedente constitucional un importante papel en la seguridad jurídica que según el artículo 82 de la Constitución “se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes”.

Para el efecto los operadores jurídicos deben involucrarse e identificarse con la nueva terminología empleada en este ámbito, de tal forma de crear una cultura jurídica, y de esta forma lograr que las *líneas jurisprudenciales* de la Corte Constitucional emitidas en las *sentencias de jurisprudencia vinculante* contentivas de *ratio decidendi* y reglas juris-

---

25 Castro Patiño, Nicolás. "Hay que establecer un verdadero precedente constitucional vinculante". *Revista Jurídica Online* de la Universidad Católica Santiago de Guayaquil: [http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com\\_content&task=view&id=614&Itemid=116](http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=614&Itemid=116)

# Los métodos de interpretación constitucional. Mecanismos de transformación del derecho

Daniel Fernando Uribe Terán\*

---

## Resumen

Este artículo analiza de manera concreta cómo la aplicación idónea de los métodos de interpretación constitucional permiten convertir a la jurisprudencia en un elemento transformador del Derecho, toda vez que sirva de nexo entre la norma y la realidad en la que se aplica. Lo que lleva a un desarrollo doctrinario, en el que la ciencia jurídica genere mecanismos más amplios para la protección y garantía de los derechos enmarcados en la Constitución.

Lo propio se logra mediante el análisis de la sentencia n.º 009-09-SEP-CC expedida por la Corte Constitucional de Ecuador, que nos permite realizar un estudio claro de la aplicación de los métodos de interpretación constitucional con el objeto de alcanzar una solución a un conflicto constitucional sobre la base de la presentación de una acción extraordinaria de protección, lo que a la vez

nos proporcionará la posibilidad de conocer de manera breve la naturaleza y origen de tan importante acción.

— umbral —

## 1. Introducción

El neoconstitucionalismo es un concepto relativamente nuevo en la Región Andina, si bien es cierto ha sido notablemente estudiado en Europa (sobre todo en España e Italia), en América Latina tuvo un tardío desarrollo en la Constitución colombiana de 1991, que dio paso a una importante revolución que plantea nuevas garantías de protección de los derechos enmarcados dentro de la Ley fundamental de cada Estado, generando una concepción del nuevo constitucionalismo latinoamericano. A la vez esta doctrina nacida en Latinoamérica, propicia la adopción de

83



*Nuevo constitucionalismo latinoamericano, garantías jurisdiccionales, jurisprudencia, métodos de interpretación constitucional, desarrollo dogmático y doctrinario de la Constitución, poder transformador del derecho.*

\* Egresado de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Ecuador. Diplomado en derechos humanos de la Cátedra "Dag Hammarskjöld", Universidad Técnica del Centro (Venezuela), Centro UNESCO para la formación en derechos humanos, ciudadanía mundial y cultura de paz y Fundación Internacional de Expertos en Derechos Humanos. Curso de mediación y resolución de conflictos, Universidad Católica de Ecuador; curso de derecho constitucional y derechos humanos, Universidad de los Andes, Colombia. Actualmente desempeña el cargo de asistente administrativo de la Corte Constitucional de Ecuador.

medidas reales, tanto del poder ejecutivo traducido en la administración pública, como también de los poderes legislativo y judicial, en la organización social y reguladora de la sociedad.

Propone una acción transformadora del Estado de derecho, donde en principio se observaba la corriente legalista imperante en el constitucionalismo clásico, pero que a partir de la Constitución de 2008, permite desarrollar con mayor amplitud la garantía y protección de los derechos fundamentales y constitucionales. Este alejamiento resulta de la consideración y aceptación del concepto del “nuevo derecho”, que en su generalidad puede sustraerse al entendimiento de la existencia de nuevas fuentes directas de derecho y a la amplitud del marco garantista de la Constitución.

Podemos distinguir dos corrientes constitucionales que en la actualidad rigen las relaciones sociales en Latinoamérica. La primera corriente se desarrolla en el ámbito del modelo legalista francés que fue traído de Europa por nuestros padres libertadores y tenía como principal antecedente el Código Napoleónico. La característica principal de este desarrollo era la de reconocer un gobierno de la ley y no de los hombres. De esta manera la ley era la única norma existente, vinculante y exigible, por lo que se la reconocía como única fuente del derecho formal. Este proceso evoluciona durante el principio del siglo XX que despliega parcialmente la conceptualización de las fuentes del derecho en el Estado constitucional clásico, hasta llegar a los años ochenta en América Latina, que iniciando por Brasil y Colombia, propen-

den a un modelo constitucional transnacional. Este modelo, aún guardando relación con la doctrina impartida por Kelsen en relación al control concreto de constitucionalidad, tiende a reconocer nuevas fuentes del derecho, concebidas como principios y valores constitucionales, así como también el desarrollo jurisprudencial y dogmático de la Constitución.<sup>1</sup>

En ese sentido, el nuevo proceso constitucional ecuatoriano dispone de manera directa a la Constitución, no solo como una carta política, sino también como norma suprema por excelencia, logrando establecer tres elementos que caracterizan el neoconstitucionalismo,<sup>2</sup> siendo ellos primordiales para alcanzar la garantía real de los derechos constantes en la Ley Fundamental, estos son:

#### *a. Textos constitucionales*

La existencia de textos constitucionales permiten determinar con claridad tanto la limitación del poder estatal, cuanto las relaciones que guarda el Estado con los particulares en base a la protección y resguardo de sus derechos.

Este principio se traduce en un código constitucional, que además de contener una función organizadora de la sociedad, estructuradora del Estado y reguladora de las relaciones entre ambas, también es funcional respecto a la garantía de legitimación democrática y política, como también organizativa y jurídica de acuerdo con la constitucionalización de la administración pública y la justicia en base a la aplicación directa de la

1 En el caso de Colombia, debemos tomar en cuenta que la Constitución colombiana como tal no determina que la jurisprudencia sea considerada como fuente directa de Derecho, si lo hace el desarrollo jurisprudencial basado en lo que determina el Decreto 2067 de 1991, al disponer a la Doctrina Constitucional como precedente obligatorio para todos los poderes del Estado.

2 Carbonell, Miguel. “El Neoconstitucionalismo en su Laberinto”. *Teoría del Neoconstitucionalismo*. Madrid, Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM, Editorial Trotta, 2007, pp. 09 -11.

Constitución y transformadora respecto a la motivación axiológica e ideológica<sup>3</sup> responsable de su materialización.<sup>4</sup>

#### b. Evolución jurisprudencial

La existencia de textos constitucionales de aplicación inmediata, generados con una carga ideológica de carácter transformador, propone que los jueces constitucionales tengan nuevas herramientas en el cumplimiento de su función, de hecho se encuentran muchas veces enfrentados a la aplicación de *valores constitucionalizados*<sup>5</sup> y que deben ser aplicados a un caso concreto de manera justificada y razonable.

La concepción de la evolución jurisprudencial o el poder transformador de la jurisprudencia constitucional se establece como un medio para remediar la antigua percepción del actuar del juez como la boca muda de la ley,<sup>6</sup> transformando a los jueces en instrumentos de creación de derecho basados en la aplicación de la Constitución. Por medio de la jurisprudencia se pueden resaltar las concepciones cambiantes en el tiempo. En este sentido es notable asegurar que “una Constitución que sobrevive con incesantes modificaciones se degrada al nivel de una ley ordinaria y la materia constitucional se con-

funde con la lucha política cotidiana”<sup>7</sup> por lo que la Ley fundamental deja de ser principio y se confunde con regla, de allí que el razonamiento judicial se vuelve más complejo.

#### c. Desarrollos teóricos y dogmáticos

La práctica jurisprudencial y la carga sustantiva de la Constitución producen una suerte de desarrollo doctrinario, por el cual la ciencia jurídica no solo se dedica al estudio del objeto de su interés, sino que también cumple la función de crear derecho, encaminado principalmente a generar una concepción más clara en la protección y garantía de los derechos enmarcados en la Constitución.

## 2. Naturaleza de las garantías jurisdiccionales

El nuevo paradigma constitucional plantea un nuevo concepto de legitimación democrática, que siendo inconfundible, permite establecer con claridad nuevas limitaciones al poder de las mayorías, incentivando una disciplina jurídica del poder legislativo (órgano democrático por excelencia), no solo en base de su ejercicio, sino también de las normas constitucionales, expresadas sobre todo en el derecho a la igualdad y los derechos fundamentales.<sup>8</sup>

- 3 No hay que olvidar que el constitucionalismo y el origen de textos constitucionales responden a rupturas sociales provenientes, ya de una revolución, situaciones de independencia o graves conmociones sociales, que propenden al mejoramiento de la situación que las originó. Ejemplo de esto podemos observar en la Constitución norteamericana, originada a raíz de su independencia, como también la revolucionaria Declaración de los Derechos del Hombre aprobada por la Asamblea Nacional Constituyente francesa el 26 de agosto de 1789; y la Ley Fundamental para la República Federal de Alemania, redactada por el Parlamentarischer Rat para la Alemania Occidental, el 23 de mayo de 1949.
- 4 Martin Pallin, José Antonio. “Neoconstitucionalismo y uso alternativo de Derecho”, ponencia presentada en el I Encuentro Internacional: El nuevo constitucionalismo: desafíos y retos para el siglo XXI, realizado por la Corte Constitucional para el Periodo de Transición, Quito, octubre 2009.
- 5 Carbonell, Miguel. “El Neoconstitucionalismo en su Laberinto”, p. 10.
- 6 Pérez Varela, Victor. “Código de ética de los jueces y litigantes”. Internet. <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/33/pr/pr31.pdf>. Acceso: 28 octubre 2009.
- 7 Zagrebelsky, Gustavo. “Jueces constitucionales”. Discurso oficial pronunciado ante el Presidente de la República, por la celebración del 50 aniversario de la Corte Constitucional Italiana, Roma, 22 abril 2006. Trad. Miguel Carbonell.
- 8 Ferrajoli, Luigi. “Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales”. *Revista Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 29 (2006): 18.



En ese sentido, el interés individual e interés colectivo conforman un cúmulo de saberes y experiencias compartidas por la sociedad, no compaginadas en un saber natural, pero sí a un saber histórico, primordialmente encadenado a la racionalidad humana vinculada al entendimiento de lo racional y lo moral, en búsqueda de lo justo.<sup>9</sup> Estos factores de comportamiento social confluyen en la conformación axiológica del Derecho y el “coto vedado”,<sup>10</sup> lo que implica la práctica de las virtudes morales para beneficio propio; en otras palabras, “el interés por uno mismo es el motivo originario del establecimiento de la justicia, pero la simpatía por el interés público es la fuente de la aprobación moral que acompaña a esa virtud”.<sup>11</sup>

De lo dicho se desprende que la observancia de los derechos fundamentales en una sociedad está siempre vinculado al aspecto moral, histórico y comunitario de dicha sociedad, imperando la construcción de una comunidad más justa, desde un actuar por beneficio individual, hasta un acontecer social, así:

[E]stá claro que estos límites y vínculos, impuestos a los poderes de la mayoría mediante estipulación constitucional de derechos fundamentales y de las correspondientes garantías, no son normas formales, sino sustanciales, que tienen que ver con los contenidos de las decisiones, cuya validez sustancial —y no simplemente formal— condicionan, y que por tanto contradicen la tesis según la cual la democracia consistiría únicamente en un método.<sup>12</sup>

De esta manera, al entender a los principios fundamentales como piedra angular y sustancial de un Estado Constitucional, nace la necesidad de generar instituciones e instrumentos que permitan garantizar su fiel cumplimiento, de allí se generan las garantías, expresadas como mecanismos de protección, por lo que estas resultan de su aplicación por parte de operadores jurídicos, sociales y políticos.

En este contexto, el objeto del presente artículo consiste en realizar un examen acerca de la aplicación del segundo elemento característico del Paradigma del Nuevo Constitucionalismo, esto es, el desarrollo jurisprudencial, en base al estudio de la sentencia n.º 009-09-SEP-CC, adoptada por el pleno de la Corte Constitucional para el Período de Transición, el 19 de mayo de 2009. Dicho estudio tendrá como objeto la contestación del siguiente problema jurídico:

### 3. ¿Cómo el uso idóneo de las técnicas de interpretación constitucional, permiten el ejercicio del poder transformador de la jurisprudencia como fuente de derecho y la garantía de derechos constitucionales?

Una vez estudiados estos elementos, se concluirá observando si la sentencia objeto del presente análisis, logra cumplir con los fines establecidos por el nuevo paradigma constitucional sobre el desarrollo evolutivo de los principios consagrados en la Constitución

9 Garzón Valdés, Ernesto. “Para ir terminando”. Cátedra Ernesto Garzón Valdés. Buenos Aires, Distribuciones Fontamara, 2003, p. 60.

10 El maestro Ernesto Garzón Valdés sostiene, además, que el “coto vedado” comprenden todos los derechos que el ser humano adquiere por su propia naturaleza y en base a su naturaleza, son aquellos derechos que no pueden ser obviados ni privados en búsqueda de un bien comunal, pues son los requisitos mínimos para establecer una vida digna, sin dejar de lado la satisfacción de los deseos secundarios del individuo.

11 Hume, David. *Tratado de la naturaleza humana*, t. II. Barcelona, Editora Nacional, 1981, pp. 501 ss.

12 Luigi Ferrajoli, *op. cit.*, p. 21.

por medio de la jurisprudencia, y además si en definitiva dicha sentencia ha logrado garantizar los derechos vulnerados objeto de la acción.

#### 4. Relevancia constitucional de la sentencia n.º 009-09-SEP-CC, de la Corte Constitucional para el Período de Transición

Si bien es cierto, la sentencia n.º 009-09-SEP-CC es sencilla y no reviste de gran importancia social en razón de su objeto y tampoco de gran importancia mediática; es necesario aclarar que se observa la práctica de nuevas instituciones de interpretación constitucional y reviste de gran importancia conceptual y constitucional, sobre la base de los principios y herramientas usadas en la resolución de la causa objeto de la acción, por lo que es preeminente, en medio de la enseñanza de los paradigmas del nuevo constitucionalismo latinoamericano, plantear bases claras en los medios y formas de interpretación constitucional. Es cierto, la sentencia n.º 009-09-SEP-CC no forma parte de las sentencias más reconocidas de las emitidas por la Corte Constitucional para el Período de Transición, pero también es cierto que en medio del desarrollo jurisprudencial, todas las sentencias revisten de gran importancia respecto a las nuevas herramientas de carácter transformador del derecho, por lo que no es menos importante resaltar su análisis.

##### a. Hechos de la sentencia n.º 009-09-SEP-CC

El caso presentado ante la Corte Constitucional se incluye dentro del proceso penal de tránsito n.º 026-2007, que se sustancia en el Juzgado Décimo Octavo de lo Penal del Guayas. Dentro del proceso, el juez

competente dictó un auto ampliatorio el 23 de enero del 2009, disponiendo que se cumpla con el acto procesal más trascendente para el acusado, que es la audiencia de prueba y juzgamiento, aun en la hipótesis de que no estén presentes los testigos. El auto impugnado señala que la audiencia oral y pública de prueba y juzgamiento señalada para el 15 de abril del 2009 a las 09:40: “se llevará a cabo con la presencia de los testigos y peritos que a ella concurren, por cuanto esta judicatura considera que no se puede dilatar en exceso la celebración de la referida audiencia de juzgamiento”, decisión que fue tomada por el juez de la causa, acogiendo un pedido de ampliación formulado por la Fiscalía, por lo que al haberse acogido el pedido de ampliación, el auto impugnado no es susceptible de ser revocado y se encontraba ejecutoriado.

El accionante señaló que los dos testigos fundamentales para su defensa residían en el extranjero, por lo que su presencia podría no darse en la audiencia de prueba y juzgamiento, pero que en base a la ampliación realizada por el juez competente dentro de la causa, esta audiencia se llevaría a cabo sin consideración alguna a que esos dos testimonios, claves para desvirtuar las imputaciones en su contra, no serían tomados en cuenta por inexistentes. Por lo que el auto impugnado es contrario a lo prescrito en el artículo 75 de la Constitución de la República.

Por último, solicita a la Corte Constitucional que suspenda en forma cautelar los efectos del acto impugnado, de acuerdo con lo prescrito en el artículo 87 de la Constitución y, luego, en sentencia, anule el acto impugnado en cuanto a la no postergación de la audiencia en caso de que no estén los testigos necesarios para el acervo probatorio idóneo para un juzgamiento constitucionalmente plausible.



## 5. La acción extraordinaria de protección como medida efectiva para el cumplimiento de los derechos de protección

Para poder responder a la cuestión que nos interesa, resulta necesario en primera instancia observar cuál es la naturaleza de la acción extraordinaria de protección. Así el artículo 94 de la Constitución de la República de Ecuador, publicada en el Registro Oficial n.º 449, del 20 de octubre de 2008, determina que:

[L]a acción extraordinaria de protección procederá contra sentencia o autos definitivos en los que se haya violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución, y se interpondrá ante la Corte Constitucional. El recurso procederá cuando se hayan agotado los recursos ordinarios y extraordinarios dentro del término legal, a menos que la falta de interposición de estos recursos no fuera atribuible a la negligencia de la persona titular del derecho constitucional vulnerado.

En ese sentido, la sentencia objeto del presente análisis realiza una clara aplicación de lo contenido en el artículo 437 de la Ley fundamental y aclara que la presentación de una acción extraordinaria de protección debe cumplir con los siguientes requisitos: 1) Que se trate de sentencias, autos y resoluciones firmes o ejecutoriados. 2) Que el recurrente demuestre que en el juzgamiento se ha violado, por acción u omisión, el debido proceso u otros derechos reconocidos en la Constitución. Sin embargo, es importante señalar que dentro de sus consideraciones y fundamentos no aclara la importancia o naturaleza de la acción extraordinaria de protección, al contrario orienta sus reflexiones en base al cumplimiento de los requisitos señalados en el artículo 437 del texto constitucional.

Con base en el desarrollo jurisprudencial de la Constitución, es obligación de la Corte Constitucional, como órgano máximo de interpretación Constitucional, aclarar el objeto y naturaleza de la acción estudiada en cada uno de los casos concretos, para de esta forma asegurar el cumplimiento de sus sentencias y resoluciones fundamentado en el espíritu mismo de las garantías propuestas. La presente sentencia genera un importante vacío respecto a estos elementos, limitando su estudio únicamente a la comprobación del agotamiento de recursos procesales ordinarios y extraordinarios e identificando los derechos constitucionales vulnerados dentro del proceso en cuestión. Sin embargo, los principios que engloban el neoconstitucionalismo y la importancia transformadora de la Constitución, hace que el desarrollo jurisprudencial sea de suma importancia dentro del ejercicio de los derechos y sirve como un medio educacional sobre las garantías que los protegen. Por tal motivo las consideraciones que conllevan a la toma de una decisión en materia de nuevas garantías, debe contener, además de una justa y congruente motivación, también una identificación clara sobre la naturaleza misma de la institución aplicable, más aún cuando dicha garantía, como es el caso de la acción extraordinaria de protección, conlleva una problemática social intensa como se evidencia al exponer su principal crítica, esto es el considerarla como una cuarta instancia.

La sentencia n.º 009-09-SEP-CC es laxa respecto a esta identificación. Si bien es cierto determina, como se ha dicho con anterioridad, el cumplimiento de los requisitos impuestos en la norma suprema, olvida pronunciarse sobre la naturaleza de esta acción y el alcance de la norma contenida en el inciso 2, del artículo 94 de la Constitución de la República. La sentencia referida aclara que la acción extraordinaria de protección solo

procede contra sentencias o autos definitivos, en los que se haya violado, por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución, salvaguardando el debido proceso y los derechos constitucionales; sin embargo, no aclara que por medio de dicha norma, se evita que la Corte sea una instancia adicional de la justicia ordinaria, para así garantizar la independencia judicial, lo que convierte a la acción extraordinaria de protección en una acción residual, ya que no procede en caso de existir otros medios procesales que la justicia ordinaria ha dispuesto para producir los mismos efectos que aquellos referidos al caso, asegurando de esta manera que “la Acción Extraordinaria de Protección es objetivamente procedente conforme al Art. 437, 1º, de la Constitución de la República”.

La Corte Constitucional para el Período de Transición se ha referido en anteriores ocasiones a la fórmula de la cuarta instancia, planteada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, por la cual dicho organismo solo puede examinar las sentencias expedidas por tribunales nacionales, cuando exista una presunción de vulneración de derechos enmarcados en la convención.<sup>13</sup> Así también lo ha desarrollado la Corte Constitucional de Colombia, mediante la acción de tutela contra providencias judiciales, al acertar que dicha acción no puede ser concebida como:

[U]n medio para reemplazar o sustituir los procedimientos ordinarios existentes en nuestro ordenamiento jurídico, ni para cuestionar el desempeño de las autoridades judiciales res-

pecto de los asuntos relacionados con la interpretación de la ley.<sup>14</sup>

Siguiendo este argumento, la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de España entiende el recurso de amparo constitucional como el medio eficaz para proteger la violación de los derechos y libertades reconocidos en los artículos 14 y 29 de la Constitución.

[O]riginadas por las disposiciones, actos jurídicos, omisiones o simple vía de hecho de los poderes públicos del Estado, las comunidades autónomas y demás entes públicos de carácter territorial, corporativo o institucional, así como de sus funcionarios o agentes...<sup>15</sup>

En relación al recurso de amparo en contra de actos jurídicos, determina con claridad en el artículo 44 que deben cumplirse tres requisitos básicos que son a) El agotamiento de todos los medios de impugnación previstos en las normas procesales para el caso concreto dentro de la vía judicial; b) Que la violación del derecho o libertad sea imputable directamente a una acción u omisión del órgano judicial y, c) Que se haya denunciado formalmente en el proceso, si hubo oportunidad, sobre la vulneración del derecho constitucional, tan pronto hubiere lugar para ello, además prohibiendo al Tribunal que en momento alguno se pronuncie sobre los hechos que dieron lugar al proceso.

Se percibe entonces que la acción extraordinaria de protección debe ser comprendida, por su naturaleza, como garantía jurisdiccional que tiene como finalidad la protección de los derechos, y como mecanismo “para prevenir, cesar o enmendar la violación de un derecho reconocido en la misma

13 Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe n.º 39/96, Caso 11.673. Buenos Aires, 15 octubre 1996.

14 Corte Constitucional de Colombia. Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional. Sentencia n.º T-424/93. Bogotá, Distrito Capital, 6 octubre 1993.

15 Artículo 41 de Ley Orgánica 2/1979, de 3 octubre 1979, del Tribunal Constitucional, publicado en el Boletín Oficial del Estado, de 5 octubre 1979, reformado por las Leyes Orgánicas 8/1984, 4/1985, 6/1988, 7/1999 y 1/2000 y con expresión particularizada de las reformas conforme a la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo.



constitución”,<sup>16</sup> en ese mismo sentido se ha pronunciado la Corte Constitucional colombiana, al asegurar que:

En este orden de ideas, si, con arreglo al propósito esencial de la acción de tutela [contra providencias judiciales] que no es otro que la salvaguardia de los anotados derechos, la misión de quienes administran justicia es la de prevenir la ocurrencia de vías de hecho y perjuicios irremediables, fenómenos que no pueden percibirse a priori, sino que exigen el examen del caso concreto, no resulta comprensible que los jueces de tutela, permitiendo íntegramente la respectiva instancia, rechacen, *ab initio*, el conocimiento de las tutelas contra providencias judiciales, porque tal proceder podría permitir precisamente lo que se quiere evitar, es decir, la consolidación de violaciones a los derechos constitucionales fundamentales.<sup>17</sup>

90

La acción extraordinaria de protección es entendida entonces como una garantía reactiva, esto es, una garantía que permite al ciudadano reaccionar frente a las vulneraciones de sus derechos por parte de la actuación de los entes y agentes estatales,<sup>18</sup> por lo que no puede ser desnaturalizado, entendiéndose como una instancia más dentro del proceso ordinario. En este sentido cabe resaltar, como la doctrina lo ha determinado, que la violación de derechos provenientes de un órgano judicial pueden resultar de “su actividad *in procedendo* como también de sus pronunciamientos *in iudicando*, distinción que tiene su trascendencia a la hora de modular el alcance de la declaración de nulidad”,<sup>19</sup> lo que resalta el carácter tutelar que

caracteriza la acción extraordinaria de protección.

## 6. El alcance del artículo 75 de la Constitución de la República de Ecuador: El principio de celeridad y la prohibición de indefensión en relación con la garantía del derecho a la defensa

Una vez comprendida la naturaleza de la acción extraordinaria de protección, debemos observar cuál es el alcance del artículo 75 de la Constitución, definiendo el principio de celeridad procesal y la prohibición de indefensión, como principios enmarcados dentro del deber del Estado de contar con recursos idóneos y vías asequibles a la justicia, de hecho el artículo 75 de la Carta Suprema determina, con bastante acierto que toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita, prohibiendo la indefensión en cualquier caso.

De igual manera, el contenido del Código Orgánico de la Función Judicial resalta estos preceptos y constata de igual manera que el principio de celeridad forma parte fundamental del proceso judicial, pues el artículo 20 de este cuerpo normativo dispone que la administración de justicia debe ser rápida y oportuna, obligando a las juezas y jueces, a seguir con el trámite sin dilaciones. De la misma forma la Constitución prescribe de manera clara las garantías del derecho a la defensa, incluyendo la prohibición de ser privado de este derecho en cualquier etapa o grado del

16 Ávila Santamaría, Ramiro. “Las garantías: herramientas imprescindibles para el cumplimiento de los derechos. Avances conceptuales en la Constitución del 2008”. *Desafíos constitucionales*. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, p. 89.

17 Corte Constitucional de Colombia. Sala Primera de Revisión de Tutelas. Auto n.º 010/93. Bogotá, Distrito Capital, 3 noviembre 1993.

18 Storini, Claudia. “Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales en la Constitución ecuatoriana de 2008”. *La nueva Constitución del Ecuador: Estado, derechos e instituciones*. Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, Corporación Editora Nacional, 2009, p. 287.

19 Oliver Araujo, Joan. “El recurso de amparo frente a actos y omisiones judiciales”. *Revista de Estudios Políticos* (Madrid) 120, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (2003): 79-102.

procedimiento, contar con el tiempo y los medios adecuados para la preparación de la defensa, lo que implica, entre otras cosas, la obligatoriedad de los testigos y peritos a comparecer ante la jueza, juez o autoridad que conozca del proceso y a responder al interrogatorio respectivo.<sup>20</sup>

El artículo 76, numeral 7, de la Constitución contiene un sinnúmero de garantías respecto al derecho a la defensa, sin que esto implique que sea taxativo. Al contrario la propia Carta Magna aclara que el reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución e instrumentos internacionales de derechos humanos no excluirá los que se deriven de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento (art. 11, numeral 7) de igual manera el inciso segundo del artículo 424 determina que en materia de derechos humanos, los tratados internacionales prevalecerán sobre cualquier otra norma del ordenamiento jurídico cuando reconozcan derechos más favorables.

La Corte Constitucional, en relación con la sentencia objeto del presente análisis, toma en cuenta esta cuestión y precisa que el auto judicial impugnado “considera que el principio de celeridad debe aplicarse con

supremacía sobre otros principios y garantías relativos al debido proceso”, por lo que la Corte consideró que en esa materia infringía la Constitución argumentando que “la celeridad es un principio que hace parte de la tutela judicial efectiva [y agrega] es derecho de las personas a ‘en ningún caso’ quedar en indefensión”.

El principio de celeridad se compone de dos elementos a saber que son: 1) El de la oportunidad de los órganos de administración de justicia para conocer las peticiones formuladas ante ellos, la pertinencia de las pruebas, y 2) Que las reclamaciones o recursos se decidan con rapidez.<sup>21</sup> El Comité de Derechos Humanos relaciona la celeridad con el tiempo adecuado para la defensa. Gracias a este, el acusado puede acceder a los documentos u otras evidencias, como por ejemplo la declaración de testigos, para preparar su defensa, dando por sentado entonces que el término “retardo injustificado”, no solo engloba el inicio del proceso, sino el tiempo en el cual debe darse por terminado el proceso incoado.<sup>22</sup> Entonces el principio de celeridad forma parte imprescindible del derecho a la defensa, por lo que no puede hablarse de uno sin el otro. En materia penal donde se transcribe el principio *in dubio pro reo*,<sup>23</sup> el derecho de defensa genera una suerte

20 El análisis sobre estas garantías es realizado de manera extensa y acertada por la Corte Constitucional para el Período de Transición dentro de la sentencia analizada en cuestión, donde propone de manera clara que el auto judicial impugnado vulneró el derecho a la defensa del imputado, pues mediante este se propende a llevar a cabo la audiencia de juzgamiento sin la presencia de dos testigos residentes en el extranjero, fundamentales para la defensa del accionante, en razón de que la falta de notificación legal a los testigos o peritos, imposibilita la obligatoriedad de su presentación consagrado en el artículo 76, literal j, de la Constitución de la República del Ecuador.

21 Gallo Montoya, Luis Ángel. “Propuestas para agilizar el procedimiento penal en Colombia”. Departamento de Derecho Internacional, Organización de los Estados Americanos. Washington D.C. Internet. <http://www.oas.org/juridico/spanish/adjust25.htm>. Acceso: 11 noviembre 2009.

22 Human Rights Committee, General Comment n.º 13: Equality before the courts and the right to a fair and public hearing by an independent court established by law (art. 14), Twenty-first session. Abril 13, 1984. párrs. 9-10.

23 El principio *in dubio pro reo* es la máxima del Derecho Penal, el cual no solo propone la aplicación de la norma más favorable para el justiciado o acusado, sino que también conlleva a la libre apreciación de la prueba por parte del juzgador y la presunción de inocencia, por la cual “toda persona es inocente hasta que se demuestre lo contrario”. En este sentido, y en relación con la naturaleza del derecho penal que puede coartar la libertad del justiciado, se ha hecho relevante entender que el principio *in dubio pro reo*, no genera la posibilidad de producir interpretaciones extensivas o *in malam partem*, ya que el juez debe salvaguardar el principio *pro legislatore*, sin que esto signifique de manera alguna que pueda aplicar normas penales que atenten o violenten derechos fundamentales.



de contenido de otros derechos y principios que engloban en su generalidad el debido proceso.

Ahora bien, por el extensivo contenido del derecho a la defensa y en relación al fondo de la sentencia analizada, este artículo se referirá únicamente a la relación que guarda el derecho a la defensa, concebido como la prohibición de indefensión, y el principio de celeridad, contenidos en el artículo 75 de la Constitución de Ecuador. El derecho a la defensa debe ser comprendido como la posibilidad que tiene toda persona de contradecir de manera adecuada las imputaciones que se levanten en su contra, de hecho esta actuación es ilustrativa del debido proceso e invoca la prohibición de indefensión, en otras palabras es la posibilidad de toda persona a recurrir en contra de los actos o imputaciones que se levantan en su contra. El Tribunal Constitucional peruano concibe al derecho a la defensa como derecho fundamental, pues este “se proyecta, entre otros, como principio de interdicción en caso de indefensión y como principio de contradicción de los actos procesales que pudieran repercutir en la situación jurídica de alguna de las partes de un proceso o de un tercero con interés”.<sup>24</sup>

La Corte Constitucional ecuatoriana, sobre este hecho y de acuerdo con la sentencia en estudio (n.º 009-09-SEP-CC), propende a determinar de manera correcta que el principio de celeridad forma parte del debido proceso, pero que este no puede sacrificar el derecho a la defensa:

[R]esulta evidente que ese auto [impugnado] considera que el principio de celeridad debe aplicarse con supremacía sobre otros principios y garantías relativos al debido proceso que están igualmente establecidos en la Constitución de la República. Y es en ese

punto en el que esta Corte considera que el auto judicial impugnado infringe la Constitución [...] es derecho de las personas a “en ningún caso” quedar en indefensión.

Consideración que la Corte acierta, pues el derecho a la defensa debe ser aplicado hacia todas las garantías y procesos donde se decidan sobre derechos de las personas, más aún en los procedimientos en el que el Estado tome decisiones que afecten intereses individuales y con mayor razón en decisiones de carácter penal, donde la libertad del individuo está en riesgo.

La decisión tomada dentro del caso analizado vislumbra entonces un entendimiento más claro del derecho a la defensa como derecho fundamental, que abarca, entre otras cosas el derecho al debido proceso, incluyendo el principio de celeridad. Siendo pertinente señalar de esta manera, que el derecho a la defensa se vislumbra como el continente y el principio de celeridad supone su contenido, lo que garantiza la prohibición de indefensión, como bien lo ha señalado la Corte Constitucional de Ecuador. El principio de celeridad evita, entonces, que el juez pueda vulnerar las garantías del debido proceso o del derecho a la defensa por un retardo injustificado de la justicia, ya sea por acción u omisión, lo que implica que no podría aplicarse dicho principio si coartara el derecho a la defensa, más aún cuando dicho retardo suponga la omisión del juez en la presentación de notificaciones, como sería el presente caso.

92



24 Tribunal Constitucional de Perú. Expediente n.º 282-2004 –AA/TC. Lima, 29 octubre 2004.

**7. La idoneidad de los métodos de interpretación constitucional como un mecanismo de transformación de las fuentes del Derecho respecto de la sentencia n.º 009-09-SEP-CC**

La evolución jurisprudencial y desarrollo teórico, como características del neoconstitucionalismo, han llevado a que las escuelas y métodos de interpretación de la norma se conviertan en objeto de interés del estudio de Derecho Constitucional. No realizaremos un análisis de la evolución histórica de cada una de estas técnicas de interpretación, basta decir que el criterio simplista de la interpretación jurídica se ha complejizado a tal punto de preguntarse si, dentro del simple raciocinio lógico, existe también un raciocinio axiológico estimativo, referente a la confrontación objetiva de la norma y la realidad, o si por el contrario es permitido plantear juicios de valor imperantes en el momento de su aplicación.<sup>25</sup>

La relevancia de la interpretación jurídica se encuadra dentro del aspecto educativo y doctrinario de la Constitución y sus garantías. Por medio de estos mecanismos el juez se convierte en ejecutor y educador, pues plantea un medio por el cual la interpretación juega un doble papel, como aplicación de la norma sujeta a las reglas de la lógica, pero también orientada a un sentimiento garantista del principio de justicia, por medio de este se entiende que el juez es “un ser humano y como tal, no es posible separar en su espíritu la razón del sentimiento”.<sup>26</sup>

Así el papel de los jueces constitucionales varía respecto de aquellos otorgados en el constitucionalismo clásico, pues estos cuentan con nuevas herramientas en el cumplimiento de su función, enfrentándose a la apli-

cación de principios y valores inmersos en la Constitución y que permiten su aplicación directa. En ese aspecto, los principios y valores constitucionales deben ser aplicados a un caso concreto de manera justificada y razonable, de allí la importancia de respetar y conocer la evolución jurisprudencial. La jurisprudencia constitucional entonces evita que las necesidades sociales, cambiantes en el tiempo, deriven en incesantes reformas constitucionales desvariando su concepción de norma fundamental y convirtiéndola en una ley más dentro del ordenamiento jurídico.

En este mismo sentido, el poder transformador de la jurisprudencia, permite garantizar el principio de progresividad en la toma de decisiones, tanto en políticas públicas, legislativas y jurisdiccionales, además de establecer con claridad una línea argumentativa proveniente del máximo órgano de control, interpretación y justicia constitucional, promulgando un conjunto de *ratio decidendi*, preciso, progresivo y garantista. Así el entendimiento de los derechos humanos obliga a que los jueces, encargados de aplicar estas garantías conozcan los parámetros adecuados para la justa resolución de los casos presentados ante ellos y así resalten su función creadora de derecho y no como entes de aplicación de las leyes “se trataba de sancionar definitivamente la degradación de los cuerpos judiciales a aparatos de mera aplicación de un derecho no elaborado por ellos”.<sup>27</sup>

El nuevo sistema constitucional abarca entonces un proceso interesante de entendimiento de la Constitución visto como un modelo normativo de contenidos que:

no puede dejar de experimentar, como de hecho experimenta, incumplimientos y violaciones en

25 Fix-Zamudio, Héctor. “Lineamientos esenciales de la Interpretación constitucional”. *Interpretación constitucional*. México, D.F., Universidad Nacional Autónoma de México, Editorial Porrúa, 2005, p. 544.

26 *Ibid.*, p. 544.

27 Zagrebelsky, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. 8ª ed. Madrid, Editorial Trotta, 2008, p. 30.



sus desarrollos. Es un proyecto vinculante y su grado de realización depende, en última instancia, como ilustra Ferrajoli, del tratamiento dado a las garantías. De ahí la relevancia del papel de la jurisdicción...<sup>28</sup>

Por lo que nos encontramos frente a un sistema integrador, en el cual la línea jurisprudencial de los órganos encargados del control constitucional se convierte directamente en Derecho, y por tal su uso es obligatorio para los demás actores jurídicos del país, de allí que el desarrollo dogmático contenido en dichas decisiones deba ser amplio y razonado, pues no solo engloba la determinación de la violación o no de un derecho constitucional, al contrario, cumple un papel importantísimo en la transformación del derecho en su integralidad.

Al realizar el análisis de la sentencia n.º 009-09-SEP-CC, en relación con los puntos expuestos con anterioridad, es necesario explicar que la misma no determina con claridad la técnica de interpretación usada en la expedición de la sentencia, más bien se observa una equiparación de las prácticas usadas por el juez que expidió el auto impugnado, agregando únicamente una modalidad más preservadora del derecho a la defensa. En ambos criterios se evidencia un uso ambiguo de la ponderación. Es así como en el caso estudiado podemos observar que más allá de un interpretación como tal, la Corte realiza una crítica a la construcción lógica formulada por el juzgado responsable del acto impugnado, recayendo en el mismo error doctrinario, que supone la utilización de la técnica de la ponderación de forma primaria como medio de satisfacción del derecho vulnerado, esto se infiere de los argumentos planteados por este cuerpo colegiado:

[R]esulta evidente que ese auto considera que el principio de celeridad debe aplicarse con supremacía sobre otros principios y garantías relativos al debido proceso [...] Y en este punto es que esta Corte considera que el auto judicial impugnado infringe la Constitución, pues si bien ésta establece en su artículo 75 que la celeridad es un principio que hace parte de la tutela judicial efectiva, también establece claramente que ese principio —el de celeridad— no puede jamás sacrificar el derecho a la defensa. Por eso, ese mismo artículo 75 agrega que es derecho de las personas a “en ningún caso” quedar en indefensión. La locución “en ningún caso” es tajante: si en un caso concreto debe ponderarse el derecho a la defensa versus el principio de celeridad, éste (*sic*) último debe ceder en beneficio del primero. El auto judicial impugnado valoró las cosas a la inversa y de ahí su inconstitucionalidad.

Una vez determinada la supremacía del derecho a la defensa por encima al principio de celeridad, la Corte observó como el acto, objeto de la impugnación, vulneró las garantías a la defensa contenidas en la Constitución. Si bien es cierto, la ponderación es una técnica mencionada frecuentemente tanto en doctrina como jurisprudencia, y que además engloba un amplio desarrollo académico y racional gracias a la “formula del peso” de Robert Alexy, no implica que de manera preferencial, sea esta técnica la más recomendable a ser aplicada en un caso concreto, de hecho la teoría de la ponderación forma parte del juicio de proporcionalidad, que engloba el examen de idoneidad y necesidad de las medidas atentatorias de un principio para la satisfacción del principio opuesto,<sup>29</sup> examen que no debe escatimar racionalidad y además debe ser en extremo pormenorizado, lo que no sucede en el presente

28 Ibáñez, Perfecto Andrés. Prólogo. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid, Editorial Trotta, 2008, p. 11.

29 Para realizar un mayor análisis sobre el principio de proporcionalidad revisar Carbonell, Miguel. *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, diciembre 2008.

caso, pues los jueces constitucionales únicamente indican, de manera concreta, que en todo caso, dentro del examen de ponderación, el derecho a la defensa siempre primará sobre el principio de celeridad, cosa que no es cierta y dependerá tanto del análisis de proporcionalidad, como de la implementación de la teoría de la ponderación en cada caso concreto. La ponderación entonces debe ser cautelosamente usada por parte de los jueces constitucionales, pues de sus principales críticas se extrae la intensa carga de subjetividad que lleva su aplicación, ya que no existe realmente un “criterio objetivo para determinar los factores determinantes del peso que tienen los principios en la ley de ponderación”.<sup>30</sup>

Resulta evidente además, que la ponderación realizada no analiza si el conflicto originario de su aplicación corresponde a un conflicto entre reglas o principios,<sup>31</sup> tal diferenciación es de suma importancia al definir la técnica de interpretación usada en la resolución de un caso concreto. Lo que lleva a plantear la necesidad de identificar un conflicto entre reglas<sup>32</sup> dentro del caso analizado, y no entre principios, lo que impide entonces realizar dicha ponderación, al contrario permite establecer la técnica de la exégesis como medio idóneo para la resolución del conflicto. La Constitución ecuatoriana, sobre este punto, determina que:

Art. 427.- Las normas constitucionales se interpretarán por el tenor literal que más se ajuste a la Constitución en su integralidad. En caso de duda, se interpretarán en el sentido

que más favorezca a la plena vigencia de los derechos y que mejor respete la voluntad del constituyente, y de acuerdo con los principios generales de la interpretación constitucional.

La interpretación llevada a cabo por la Corte Constitucional, al intentar determinar la superioridad del derecho a la defensa sobre el principio de celeridad, cumple este cometido pues aclara la vinculación entre el derecho a la defensa, constituido en este como en la obligatoriedad de comparecencia de peritos y testigos después de su notificación, y el principio de indefensión, ligándolos de manera inmediata, lo cual consagra una interpretación exegética de la norma, que llega a concluir lo dispuesto por la Corte Constitucional en la sentencia objeto del presente estudio, esto es que el auto por el cual se indica la fecha y hora para realizar la audiencia, aún sin la presencia de testigos y peritos, sitúa al incoado en indefensión y vulnera por tal el derecho a la defensa, por lo que la decisión de la Corte, aunque en un principio distanciada del método adecuado de interpretación, se fundamenta principalmente en la relación inmediata de la prohibición de indefensión y derecho a la defensa al asegurar que:

[S]egún esa providencia, la referida audiencia pudiera celebrarse aún cuando no se hubiese notificado legalmente a los peritos y testigos para que comparezcan a ella; es decir, celebrarse antes de que se hubiese tornado exigible dicha obligación [...] Eso coloca en indefensión al accionante, cuestión que “en ningún caso” puede suceder de acuerdo al artículo 75 de la Constitución de la República...

30 Bernal Pulido, Carlos. “Estructura y límites de la ponderación”. *Revista Doxa* (Madrid) 26, Biblioteca de la Universidad de Alicante (2003): 232.

31 Carlos Bernal Pulido, enunciando la teoría de Robert Alexy, asegura que los principios son “normas como mandato de optimización” en donde un objetivo debe ser realizado en medida de lo posible, por lo que la ponderación solo puede ser realizada respecto a principios y no ante reglas.

32 Las reglas a las que se hace referencia son aquellas contenidas en el artículo 75 (prohibición de indefensión) y el artículo 76, literal J, que contiene la obligatoriedad de comparecencia de peritos y testigos en los procesos a los que se les convoque.



Debemos observar que en principio la idoneidad de los métodos de interpretación aplicados para la solución de una causa, permiten establecerla como “una técnica para el debate y la resolución de conflictos y problemas sociales”,<sup>33</sup> permitiendo la institucionalización de su eficacia y eficiencia social en la aplicación y producción de las normas jurídicas, por lo que la práctica inadecuada de sus principios podría traer consigo más que una transformación del derecho, una alteración inadecuada de sus contenidos, llevando consigo una repetición errónea de los principios y valores contenidos en la Constitución por parte de profesionales y estudiosos del Derecho.

Si bien es cierto, como dijimos con anterioridad, la Corte Constitucional establece de manera adecuada la garantía y protección del derecho a la defensa al establecer que el principio de celeridad no puede encontrarse por encima de este derecho, no hace lo propio respecto del papel que juega la interpretación jurídica dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, pues establece de manera inherente los mecanismos de razonamiento e interpretación de la norma constitucional basados en la ponderación sin entrar a detalle sobre su aplicación, lo que evita el cumplimiento del desarrollo dogmático y doctrinario de los contenidos constitucionales por medio de la jurisprudencia constitucional, lo que a la vez evita la acción transformadora de las fuentes del derecho otorgada a la jurisprudencia; más aún cuando la presente sentencia resulta ser una de las primeras adoptadas por la Corte Constitucional respecto de la acción extraordinaria de protección, donde con más razón la Corte podría haber optado por mantener una argumentación mucho más orientada a la especificidad, determinación,

aplicación y objeto de los métodos de interpretación constitucional idóneos para la solución de una causa.

No debemos olvidar que es la realidad social la que inspira la existencia del ordenamiento jurídico, por lo que el establecer los mecanismos idóneos para alcanzar tan anhelado principio de justicia resulta un elemento característico del nuevo constitucionalismo latinoamericano, si observamos el papel de los jueces como nexo entre las normas aplicables y la realidad social en la que resultan válidas, entonces comprendemos que la jurisprudencia es el resultado del actuar del juez en la búsqueda de la primacía del principio de justicia, y por tal es fundamental de este ordenamiento jurídico; lo que impediría que el juez actúe a su arbitrio y desconozca el actuar de sus pares en el futuro ya que la jurisprudencia emanada de otros órganos de su misma naturaleza servirá como herramienta para lograr la tan anhelada transformación del Derecho.

## 8. Conclusiones

El neoconstitucionalismo trae consigo un nuevo paradigma institucional y práctico en base al cumplimiento de tres ejes fundamentales, que juegan un papel de suma importancia dentro del actuar de los particulares y el Estado, relacionados entre sí por la generación de programas educacionales, que garanticen en un primer principio el conocimiento del texto constitucional del Estado, texto aplicado dentro de la evolución jurisprudencial, que va tomando mayor valor dentro del desarrollo de los derechos y que por medio del impulso y avance de la doctrina permite generar nuevos métodos de interpretación constitucional.

33 López Medina, Diego. *Las fuentes del argumento*. Bogotá, Legis, 2010.

La acción extraordinaria de protección es una acción subsidiaria cuyo objeto es el de ser una garantía constitucional en contra de autos, providencias o sentencias judiciales definitivas y que además permite ilustrar a los particulares sobre los medios de protección con los que cuentan e incentivar la investigación de los jueces constitucionales sobre nuevos medios de interpretación constitucional para alcanzar sus objetivos máximos, es decir, el respeto hacia la primacía de la Constitución y los derechos enmarcados en ella.

Es también importante señalar que la pluralidad de los medios de interpretación, permite y obliga al juez evaluar con anticipación los criterios que utilizará dentro del desarrollo de su sentencia, pues esta cumple dos finalidades, la primera y primordial es la de solucionar el conflicto presentado y, la segunda, cumplir un deber educativo, que implica la implementación de los métodos y técnicas de interpretación para conocimiento de los profesionales del derecho y particulares. Por medio de ellas, la sociedad en general logra empoderarse de los mecanismos que gozan para la protección y garantía de sus derechos, trayendo consigo la presentación de nuevas acciones, que al mismo tiempo incurrirán en el deber jurisprudencial de desarrollar el alcance de las garantías de los derechos contenidos en la Constitución y como tal llevar el principio de progresividad de los derechos a un nuevo nivel de respeto y aplicación.

Por último, la nueva concepción del neoconstitucionalismo trae un paradigma garantista del Estado, que al reconocer a la Constitución como texto fundamental, también acepta su obligación de priorizar el cumplimiento de los derechos, lo que también obliga a los particulares en la formalización de ese cambio, estableciendo los lineamien-

tos que se derivaron de la práctica de su poder constituyente por medio de la jurisprudencia, que aplica las normas pertenecientes a un ordenamiento jurídico sobre la base de las necesidades que surjan de la aplicación de la Constitución en un momento dado.

## 9. Bibliografía

### Libros y artículos

- Araujo, Joan Oliver. "El recurso de amparo frente a actos y omisiones judiciales". *Revista de Estudios Políticos*. (Madrid) 120, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (2003).
- Ávila Santamaría, Ramiro. "Las Garantías: Herramientas imprescindibles para el cumplimiento de los derechos. Avances conceptuales en la Constitución del 2008". *Desafíos Constitucionales: la Constitución ecuatorina del 2008 en perspectiva*. Eds. Ramiro Ávila, Agustín Grijalva y Rubén Martínez. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- Bernal Pulido, Carlos. "Estructura y límites de la ponderación". *Revista Doxa*, 26, Biblioteca de la Universidad de Alicante, 2003.
- Carbonell, Miguel. "El Neoconstitucionalismo en su Laberinto". *Teoría del Neoconstitucionalismo*. Madrid, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Editorial Trotta, 2007.
- Ferrajoli, Luigi. "Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales". *Revista Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 29, 2006.
- Fix-Zamudio, Héctor. "Lineamientos esenciales de la interpretación constitucional". *Interpretación constitucional*. México, D.F., Universidad Nacional Autónoma de México, Editorial Porrúa, 2005.
- Gallo Montoya, Luis Ángel. "Propuestas para agilizar el procedimiento penal en



Colombia". Departamento de Derecho Internacional, Organización de los Estados Americanos. Washington D.C., Internet. <http://www.oas.org/juridico/spanish/adjust25.htm>. Acceso: 11 noviembre 2009.

Garzón Valdés, Ernesto. "Para ir terminando". *Cátedra Ernesto Garzón Valdés*. Buenos Aires, Distribuciones Fontamara, 2003.

Hume, David. *Tratado de la naturaleza humana*, t. II. Barcelona, Editora Nacional, 1981.

Ibáñez, Perfecto Andrés. Prólogo. *Derechos y Garantías. La ley del más débil*. Madrid, Editorial Trotta, 2008.

López Medina, Diego. *Las fuentes del argumento*. Bogotá, Legis, 2010.

98 ● ● ● Martín Pallín, José Antonio. "Neoconstitucionalismo y uso alternativo de Derecho". Ponencia presentada en el I Encuentro Internacional: El nuevo constitucionalismo: desafíos y retos para el siglo XXI. Quito, Corte Constitucional para el Período de Transición, octubre 2009.

Pérez, Varela, Víctor. "Código de ética de los jueces y litigantes". Internet. <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/33/pr/pr31.pdf>. Acceso: 28 octubre 2009.

Storini, Claudia. "Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales en la Constitución Ecuatoriana de 2008". *La nueva Constitución del Ecuador: Estado, derechos e instituciones*. Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, Corporación Editora Nacional, 2009.

Zagrebelsky, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. 8ª ed. Madrid, Editorial Trotta, 2008.

\_\_\_\_\_. "Jueces Constitucionales". *Discurso oficial pronunciado ante el Presidente de la República*, por la Celebración del 50 aniversario de la Corte Constitucional Italiana. Roma, 22 abril 2006. Trad. Miguel Carbonell.

## Casos e informes internacionales

Corte Constitucional de Colombia. Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional. Sentencia n.º T-424/93. Bogotá, Distrito Capital, 6 octubre 1993.

Corte Constitucional de Colombia. Sala Primera de Revisión de Tutelas. Auto n.º 010/93. Bogotá, Distrito Capital, 3 noviembre 1993

Tribunal Constitucional de Perú. Expediente n.º 282-2004 -AA/TC. Lima, 29 octubre 2004.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe n.º 39/96, Caso 11.673. Argentina, 15 octubre 1996.

Human Rights Committee. General Comment n.º 13: Equality before the courts and the right to a fair and public hearing by an independent court established by law (art. 14), Twenty-first session. 13 abril 1984.

## Leyes

Ley Orgánica 2/1979, de 3 octubre 1979. Tribunal Constitucional. Boletín Oficial del Estado de 5 octubre 1979, reformado por las leyes orgánicas 8/1984, 4/1985, 6/1988, 7/1999 y 1/2000 y con expresión particularizada de las reformas conforme a la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo.

Código Orgánico de la Función Judicial. Registro Oficial n.º 544, 9 marzo 2009. Quito-Ecuador.

# Comentarios a la sentencia de la Ley de Minería

Alexei Julio Estrada\*

## Resumen

Este ensayo analiza, desde la lógica del derecho comparado y del derecho internacional, y particularmente desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la sentencia de la Corte Constitucional ecuatoriana que revisó la constitucionalidad de la Ley de Minería y determinó el alcance de la consulta prelegislativa. Así mismo, el autor hace un interesante y estrecho vínculo entre la decisión de la Corte Constitucional ecuatoriana y las regulaciones que hacen parte del *soft law* y que regulan el derecho a la consulta previa. Esta vinculación es importante precisamente porque nos recuerda que el constituyente de Montecristi, le dio pleno valor jurídico y aplicación directa a todos los instrumentos internacionales de derechos humanos, sin importar si están o no suscritos y ratificados por el Ecuador.

En marzo de 2010, la Corte Constitucional para el Período de Transición profirió una importante sentencia mediante la cual precisó el alcance de la consulta prelegislativa y del derecho al territorio de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. Esta decisión hace parte de un creciente número de providencias que, tanto a nivel interno, como en el seno del sistema interamericano han reivindicado los derechos de los pueblos indígenas enunciados por el Convenio 169 de la OIT, especialmente en lo que hace referencia al derecho a que les sean consultadas las decisiones legislativas o administrativas que los afecten y el derecho a que les sean consultados los proyectos relacionados con la explotación de recursos naturales ubicados en los territorios que tradicionalmente habitan, los cuales en fechas recientes han sido contemplados en otros

99



*Ley de Minería, consulta prelegislativa, derecho al territorio, sistema interamericano, Convenio 169 de la OIT.*

\* Doctor en derecho, Universidad Externado de Colombia. Doctorado en derecho constitucional, Universidad Complutense de Madrid; especialización de derecho constitucional y ciencia política, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid; magister (c) en economía, Universidad Externado de Colombia. Estancia de investigación en el Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México. Magistrado auxiliar de la Corte Constitucional de Colombia. Correo electrónico: [alexeijulio@gmail.com](mailto:alexeijulio@gmail.com)

instrumentos internacionales que hacen parte del *soft law*, tales como la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

A su vez, los ordenamientos internos de algunos países americanos han comenzado a plasmar estos derechos, tanto en preceptos de rango constitucional como en disposiciones legales. Por ejemplo, la Constitución colombiana reconoce en el artículo 7 la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana y en el parágrafo del artículo 330 hace referencia al derecho de las comunidades indígenas a participar en las decisiones que se adopten sobre la explotación de los recursos naturales ubicados en sus territorios. La actual Constitución de Bolivia en el artículo 30 sienta un amplio catálogo de derechos de las naciones y pueblos indígenas, entre los cuales menciona la consulta de las medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles y, específicamente, la consulta previa obligatoria respecto a la explotación de los recursos naturales no renovables en el territorio que habitan, al igual que el derecho a la titularidad colectiva de sus territorios. En la misma dirección, la Constitución del Ecuador en el artículo 57 contempla la propiedad imprescriptible de sus tierras comunitarias, la consulta previa sobre planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en sus tierras y que puedan afectarles ambiental o culturalmente, y la consulta de las medidas legislativas que puedan afectarlos.

Desde la perspectiva del derecho comparado y del derecho internacional de los derechos humanos cobra entonces importancia analizar la sentencia emitida por la Corte Constitucional del Ecuador sobre todo porque trata problemas que han ocupado y seguirán ocupando a los tribunales constitu-

cionales de la región, los cuales a partir de un marco normativo similar, conformado por la Constitución y por instrumentos internacionales que reconocen ampliamente los derechos de los pueblos indígenas, tienen que solucionar las tensiones que surgen entre la potestad legislativa de los cuerpos representativos de origen popular y el particularismo de comunidades indígenas, cada vez más organizadas y proclives a acudir a las garantías judiciales para la defensa de sus territorios tradicionales y de su supervivencia étnica y cultural.

Para tales efectos inicialmente se hará una breve descripción de los aspectos formales y sustanciales del fallo y luego se hará referencia a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Constitucional colombiana en la materia, para establecer un contexto de análisis comparativo de la decisión.

— umbral —

## 1. La sentencia

El pronunciamiento de la Corte se origina en un proceso en el que se acumulan distintas acciones de inconstitucionalidad presentadas por ciudadanos ecuatorianos contra disposiciones contenidas en la Ley de Minería. Si bien los cargos formulados por los demandantes son de variada índole, para efectos de este trabajo interesan dos acusaciones de manera específica: la primera consiste en la supuesta vulneración del derecho a la consulta prelegislativa de las nacionalidades indígenas; y la segunda, la afectación del derecho al territorio de las nacionalidades indígenas, pues según los recurrentes las disposiciones demandadas permiten “el desplazamiento, la división y el gravamen del territorio de las nacionalidades indígenas del Ecuador, mediante el establecimiento



obligatorio y discrecional de servidumbres para la actividad minera”.

Se trata, pues, de dos cargos relacionados pero de distinta naturaleza, el primero tiene que ver con un vicio en el trámite legislativo, ya que según los actores el Estado, antes de la adopción de la ley, no había realizado la consulta prelegislativa prevista en el numeral 17 del artículo 57 constitucional,<sup>1</sup> así como del artículo 6 del Convenio 169 de la OIT<sup>2</sup> y del artículo 19 de la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas.<sup>3</sup> Requisito que, a juicio de los impugnantes, tiene un carácter procedimental para la adopción de las leyes que afecten a las comunidades indígenas, lo que genera un vicio formal de carácter insubsanable que a su vez provocaba la inconstitucionalidad de la ley. Mientras el segundo cargo es planteado como un vicio constitucional de carácter sustancial, pues según los demandantes las disposiciones acusadas permiten la prospección, la constitución de gravámenes legales y en definitiva la actividad minera en los territorios de las nacionalidades indígenas, lo que afecta el carácter inalienable e inembargable

que tienen estos territorios por mandato constitucional.

Las intervenciones del Presidente de la Comisión Legislativa y de Fiscalización, del Procurador General del Estado y del Secretario Jurídico General de la Presidencia de la República refutan esos cargos, aunque los argumentos esgrimidos son de distinta índole. En síntesis alegan que, dentro del proceso de formación de la ley, la Asamblea Nacional realizó talleres en distintas ciudades en los cuales participaron organizaciones indígenas, razón por la cual consideran que tuvo lugar la consulta prelegislativa y que no se incurrió en el vicio formal alegado por los demandantes. Respecto del segundo cargo, los razonamientos son más difusos pero en líneas generales los intervinientes señalan que las afectaciones del territorio de las nacionalidades indígenas para el desarrollo de la minería deben ser sometidas a la consulta y la aprobación de las comunidades que lo habitan, motivo por el cual consideran que esta acusación tampoco debe prosperar.

La Corte Constitucional examinó primero la naturaleza jurídica de la consulta prelegislativa,

1 Esta disposición señala:

Art. 57.- Se reconoce y garantizará a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de conformidad con la Constitución y con los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos, los siguientes derechos colectivos:  
[...] 17. Ser consultados antes de la adopción de una medida legislativa que pueda afectar cualquiera de sus derechos colectivos.

2 Cuyo tenor es el siguiente:

1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:

a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;  
b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan;  
c) establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin.

2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.

3 El cual señala: “Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado.”



con el propósito de definir si es un requisito de carácter formal en el trámite legislativo o si se trata de un derecho colectivo de los pueblos y nacionalidades indígenas del Ecuador reconocidos en la Constitución, luego estudió si en el proceso de aprobación de la Ley de Minería se produjo aplicación directa de las consultas previstas en los artículos 57 y 398 de la Constitución.

Respecto del primer punto concluyó la Corte que si bien la consulta prelegislativa señalada por el numeral 17 del artículo 57 constitucional<sup>4</sup> hace parte de los elementos integrantes del proceso de aprobación de las leyes, en realidad no se trata de un mero procedimiento o formalidad pues constituye uno de los derechos colectivos reconocidos por la Constitución ecuatoriana a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades para que participen en los asuntos que les concierne, entre ellos, la adopción de medidas legislativas.

El juez constitucional diferencia dos tipos de consultas a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades previstas en el artículo 57 constitucional: la del numeral 7, relacionada con los planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en sus tierras y que puedan afectarles ambiental o culturalmente, y la del numeral 17, que debe realizarse previamente a la adopción de cualquier medida legislativa que puede afectar cualquiera de sus derechos colectivos.

Respecto de esta última, se señala que “en circunstancias de institucionalidad regular u ordinaria, la consulta prelegislativa constituye un requisito previo sine qua non que condiciona la constitucionalidad de cualquier medida de índole legislativa que pudiera afectar cualquiera de los derechos colectivos de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades del Ecuador”. De lo que se concluye que su pretermisión dentro del procedimiento legislativo acarreará la inconstitucionalidad de la ley.

Una vez establecida la naturaleza de la consulta prelegislativa corresponde verificar si esta tuvo lugar durante el trámite de la Ley de Minería, pero la cuestión reviste una complejidad adicional porque este procedimiento no ha sido regulado legalmente,<sup>5</sup> por lo tanto, ante la ausencia de normativa la Corte decide constatar si en todo caso se dio cumplimiento de manera directa a la previsión constitucional y emprende “un juicio de constitucionalidad respecto a las acciones u omisiones de los distintos actores en el proceso de información y participación de comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades, previa la promulgación de la norma en cuestión”. Es decir, ante la ausencia de un procedimiento reglado para surtir la consulta prelegislativa, el juez constitucional decide examinar el trámite de la ley directamente a la luz del mandato constitucional para determinar si fue garantizado el derecho colectivo de las comunidades indígenas.

4 Art. 57.- Se reconoce y garantizará a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de conformidad con la Constitución y con los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos, los siguientes derechos colectivos:

[...] 17. Ser consultados antes de la adopción de una medida legislativa que pueda afectar cualquiera de sus derechos colectivos.

5 Según la Corte Constitucional la promulgación de una serie de leyes por parte de la Comisión de Legislación y Fiscalización (órgano legislativo durante el periodo de transición institucional), tuvo que someterse a los plazos previstos en las disposiciones transitorias de la recién aprobada Constitución razón por la cual dicho ente colegiado tuvo que “apresurar los procesos de formación de leyes y debates para cumplir con tales objetivos y obligaciones constitucionales”. No obstante hay que aclarar que ni las disposiciones transitorias ni aquellas que regulaban el régimen de transición constitucional encomendaban de manera expresa a la Comisión de Legislación y Fiscalización la expedición de la Ley de Minería ni establecían un plazo perentorio para tal efecto, a diferencia de lo previsto para otras leyes.



Para tal efecto, inicialmente constata la Corte que el Ministerio de Minas y Petróleos puso a consideración el proyecto de ley al Presidente de la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador (CONAIE) para que formulara observaciones y comentarios, si bien estima que esta actuación no guardó conformidad con el artículo 57, numeral 17 de la Constitución, precepto según el cual el órgano que debe realizar dicha consulta previa es el competente para la adopción de medidas legislativas, la Asamblea Nacional, en todo caso sí estaba ajustado al artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, de conformidad con el cual corresponde a los gobiernos consultar a los pueblos interesados las medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente.

También comprueba que los representantes de distintas comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, expusieron sus argumentos para demostrar ante la Comisión de Producción, Económica y Desarrollo, presuntas inconstitucionalidades del proyecto de Ley de Minería. Entiende que dicho proceder “resulta ser una clara muestra de un proceso de información y participación de varios representantes de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, aspecto que determina nuevamente una aplicación directa del precepto constitucional que regula y garantiza la consulta previa prelegislativa en tanto derecho colectivo”.

En el mismo sentido, encuentra la Corte que el representante de la Federación Shuar presentó propuestas de enmienda del articulado inicial del proyecto de ley, lo que a su juicio demuestra “la participación, en este caso de la Federación Shuar, en el proceso de aprobación de la Ley de Minería”.

Finalmente menciona que asambleístas de Pachacutik, “MANIFESTACIÓN POLÍTICA

PARTIDISTA DE GRAN PARTE DEL SECTOR INDÍGENA DEL PAÍS” remitieron al presidente de la Asamblea Nacional observaciones sobre eventuales inconstitucionalidades del proyecto de Ley de Minería.

Ante la ausencia de una regulación infraconstitucional previa que determinara el procedimiento de la consulta prelegislativa, la Corte, del conjunto de actuaciones antes reseñadas, concluye que

en el proceso de promulgación de la Ley se implementaron mecanismos de información, participación y recepción de criterios a un segmento de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas representados por sus máximos dirigentes, aspecto que confirma la aplicación directa de la Constitución; si bien estos mecanismos no se equiparan integralmente a un proceso de consulta prelegislativa, contienen elementos sustanciales del mismo, y así lo declara esta Corte.

Posteriormente, en la misma decisión, la Corte define los elementos mínimos que deben reunir las consultas prelegislativas que se lleven a cabo mientras se expide la ley que regule la materia. En primer lugar, señala que los destinatarios serán las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, afroecuatorianos y montubios que puedan verse afectados en sus derechos colectivos por efectos de la aplicación de una ley. Puede observarse entonces que la Corte extiende la consulta prelegislativa a los afroecuatorianos y a los montubios, los cuales no estaban contemplados inicialmente por la disposición constitucional, pero sí pueden entenderse comprendidos dentro del Convenio 169 de la OIT, como pueblos tribales. En segundo lugar, indica que el órgano responsable de adelantar la consulta es la Asamblea Nacional, la cual puede solicitar el concurso de otras entidades electorales o



gubernamentales. La Corte no precisa el momento exacto del trámite legislativo en el cual debe adelantarse la consulta, pues la sentencia esta puede tener lugar “hasta que la Asamblea Nacional emita el acto normativo definitivo”.

Igualmente se define que la consulta pre-legislativa consta de cuatro fases: fase de preparación; fase de convocatoria pública; fase de registro, información y ejecución; y fase de análisis de resultados y cierre del proceso. La sentencia detalla profusamente cada una de estas etapas y las distintas actuaciones que se deben desarrollar durante su ejecución. En la fase final se prevé la instalación de una mesa de diálogo en la que intervendrán delegados de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades consultadas y una comisión legislativa ad hoc, con el propósito de adelantar la discusión pública de los resultados de la consulta y de las posiciones de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades respecto de las afectaciones objetivas de la ley a sus derechos colectivos. Como resultado de la deliberación pública se suscribirán consensos y de no llegarse a estos, sobre uno o varios puntos, la Asamblea Nacional los pondrá de manifiesto de manera explícita y motivada. Finalmente, “[u]na vez cerrada la identificación de los consensos y las discrepancias, el Presidente de la Asamblea Nacional hará la declaración oficial de la terminación del proceso, presentando los resultados de la consulta”.

A continuación se aborda el examen de los cargos relacionados con la constitucionalidad de algunas disposiciones específicas de la ley, tales como la declaratoria de utilidad pública (art. 15), el establecimiento de servidumbres de tránsito (arts. 100, 101, 102, 103, 104 y 105), la libertad de prospección, el otorgamiento de concesiones mineras y construcciones e instalaciones complemen-

tarias (arts. 28 y 31, inciso segundo, y 59) las cuales eran acusadas de afectar el territorio de los comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas. Para resolver este asunto, la Corte inicialmente alude al vínculo especial entre estas comunidades y sus territorios y consigna:

En ese sentido, es importante destacar que para los pueblos indígenas el arraigo hacia su territorio adquiere una connotación especial que difiere de la tradicional interpretación del territorio como mera propiedad asumida por la concepción occidental de los derechos, en donde exclusivamente se tornan justiciables en la medida en que garanticen otro derecho, como por ejemplo, la propiedad privada.

Luego hace referencia al artículo 57, numeral 4, constitucional según el cual, se reconoce y garantiza a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, entre otros derechos colectivos, “conservar la propiedad imprescriptible de sus tierras, comunitarias, que serán inalienables, inembargables e indivisibles”. Esta especial protección implica, a juicio de la Corte, que la declaratoria de utilidad pública, el establecimiento de servidumbres de tránsito, la libertad de prospección, el otorgamiento de concesiones mineras y construcciones e instalaciones complementarias no operan en los territorios de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas en razón de su carácter inembargable, inalienable e imprescriptible. Por tal razón, condiciona la constitucionalidad de las disposiciones acusadas a que no se apliquen en los territorios de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, afroecuatorianos y montubios.

La Corte precisa que la actividad minera que se pretenda realizar en los territorios de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, afroecuatorianos y montubios, deberá implementar en todas sus fases los



procesos de consulta previa e informada establecidos en el artículo 57, numeral 7, de la Constitución<sup>6</sup> y, puesto que tal precepto no ha sido desarrollado legalmente, con base en instrumentos del *soft law* indica los elementos mínimos que debe reunir esta consulta previa.

En definitiva, respecto de los problemas jurídicos que interesan para el presente escrito, la Corte Constitucional señala en primer lugar que la consulta prelegislativa es un requisito sustancial en el procedimiento de elaboración de una ley por tratarse de un derecho colectivo de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, afroecuatorianos y montubios; en el caso de la Ley de Minería constata que este requisito se llevó a cabo. En segundo lugar, indica que las disposiciones que contemplan la declaratoria de utilidad pública, el establecimiento de servidumbres de tránsito, la libertad de prospección, el otorgamiento de concesiones mineras y construcciones e instalaciones complementarias no son aplicables a los territorios de dichas comunidades porque gozan de una especial protección señalada en el artículo constitucional 57, numeral 4, como un derecho colectivo. Finalmente reitera que de conformidad con el artículo 57, numeral 7, de la Constitución ecuatoriana la actividad minera que se pretenda realizar en estos territorios debe ser sometida a consulta previa en cada una de sus fases.

Una vez resumidas las líneas principales de la sentencia, se hará referencia a la juris-

prudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Constitucional colombiana, con el propósito de establecer un contexto para el análisis comparativo de la decisión adoptada por la Corte Constitucional del Ecuador.

## 2. El contexto de análisis comparativo

En el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, el Convenio 169 de la OIT e instrumentos internacionales que hacen parte del *soft law*, tales como la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, establecen el marco normativo del derecho a la consulta y del derecho al territorio de los pueblos indígenas y tribales. Ahora bien, estos instrumentos han sido incorporados al derecho interno de la mayoría de los países de la región, razón por la cual resulta relevante examinar la manera cómo han sido interpretados los tribunales internacionales.

Si bien la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado en numerosas ocasiones respecto de los derechos de los pueblos indígenas y tribales, entre ellos el derecho a la consulta de las decisiones que los afecten y el derecho a la propiedad colectiva de las tierras,<sup>7</sup> sin duda es la sentencia del Caso del Pueblo Saramaka<sup>8</sup> la que guarda mayor relación con los problemas jurídicos tratados en la sentencia n.º 001-10-SIN-CC.

6 Este precepto señala que es un derecho colectivo de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas: "La consulta previa, libre e informada, dentro de un plazo razonable, sobre planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en sus tierras y que puedan afectarles ambiental o culturalmente; participar en los beneficios que esos proyectos reporten y recibir indemnizaciones por los perjuicios sociales, culturales y ambientales que les causen. La consulta que deban realizar las autoridades competentes será obligatoria y oportuna. Si no se obtuviese el consentimiento de la comunidad consultada, se procederá conforme a la Constitución y la ley."

7 Entre estas se cuentan el Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua, sentencia de 31 agosto 2001, serie C n.º 79; el Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay, sentencia 17 junio 2005, serie C n.º 125; el Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay, sentencia de 29 marzo 2006, serie C n.º 146; el Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay, sentencia de 24 agosto 2010, serie C n.º 214.

8 Sentencia de 28 noviembre 2007, serie C n.º 172.



En este pronunciamiento la Corte Interamericana sostuvo que el artículo 21 de la CADH protege el derecho de los miembros de los pueblos tribales al uso y goce de la propiedad comunal. Con fundamento en decisiones previas,<sup>9</sup> se refirió a la particular dimensión del derecho a la propiedad en el caso de las comunidades indígenas, donde cobra una dimensión colectiva pues su titularidad trasciende en el individuo y radica en el grupo. El fundamento de las decisiones de la Corte ha sido:

la relación especial que los integrantes de los pueblos indígenas y tribales tienen con su territorio, y en la necesidad de proteger su derecho a ese territorio a fin de garantizar la supervivencia física y cultural de dichos pueblos.<sup>10</sup>

De ahí que los estados tengan la obligación de respetar este vínculo particular con el fin de garantizar su supervivencia social, cultural y económica.

En el caso Saramaka, la Corte Interamericana entiende que el derecho de los pueblos indígenas y tribales a usar y gozar de su territorio conforme a sus tradiciones y costumbres comprende derechos sobre los recursos naturales que se encuentran al interior de este, incluyendo los recursos naturales bajo la superficie. En decisiones precedentes ya se había pronunciado sobre tal extremo en el sentido de que la subsistencia cultural y económica de los pueblos indígenas y tribales, y en tal medida de sus

integrantes, depende del acceso y el uso a los recursos naturales de su territorio y había afirmado que el artículo 21 de la CADH protege el derecho a dichos recursos naturales.<sup>11</sup> Pero en el caso Saramaka el tribunal se detiene de manera más detallada sobre la cuestión y establece una distinción entre los recursos naturales para efectos de diferenciar si su titularidad corresponde al Estado o a la comunidad indígena. Por una parte se encuentran aquellos tradicionalmente empleados por los pueblos indígenas y tribales para su subsistencia cuya propiedad, según la Corte, les corresponde directamente derivada del dominio comunal de la tierra que han usado y ocupado tradicionalmente, titularidad que se considera un requisito indispensable para garantizar la supervivencia económica, social y cultural de dichos pueblos. Por otra parte, están los otros recursos naturales, es decir, aquellos que no son necesarios para la supervivencia de la comunidad, cuya titularidad de conformidad con la legislación interna puede ser estatal.

Entre los primeros pueden contarse, por ejemplo, los relacionados con las actividades agrícolas, de caza y de pesca, necesarios para la subsistencia de los pueblos indígenas y tribales. Mientras que los segundos pueden ser por ejemplo los mineros y madereros. Ahora bien, entre ambos tipos de recursos existe una clara interconexión, como reconoce la Corte, pues las actividades de extracción relacionadas con los que no son tradicionalmente utilizados o esenciales para la

9 Cita la sentencia del Caso Sawhoyamaxa en donde sostuvo que "la estrecha vinculación de los pueblos indígenas con sus tierras tradicionales y los recursos naturales ligados a su cultura que ahí se encuentren, así como los elementos incorporales que se desprendan de ellos, deben ser salvaguardados por el artículo 21 de la Convención Americana" (párr. 118). Asimismo, en el Caso Mayagna la Corte señaló que "el artículo 21 de la Convención protege el derecho a la propiedad en un sentido que comprende, entre otros, los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal" (párr. 148). De igual manera, en el caso Sawhoyamaxa la Corte consideró "que los conceptos de propiedad y posesión en las comunidades indígenas pueden tener una significación colectiva, en el sentido de que la pertenencia de ésta 'no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad'" (párr. 120).

10 Caso Saramaka. Sentencia de 28 noviembre 2007, serie C n.º 172, párr. 90.

11 Particularmente en el Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa y en el Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa.

subsistencia de la comunidad que habita un territorio pueden afectar el uso y el goce de aquellos necesarios para su supervivencia. Sin embargo, la solución adoptada por el Tribunal no es reconocer un derecho de propiedad absoluto en cabeza de los pueblos indígenas y tribales sobre todos los recursos naturales ubicados en su territorio, sino que admite que el dominio puede ser objeto de limitaciones por parte del Estado, siempre y cuando estas cumplan con los requisitos exigidos por la jurisprudencia para restringir el derecho de propiedad a la luz de la CADH, a saber que: a) hayan sido previamente establecidas por ley; b) sean necesarias; c) proporcionales; d) que tengan el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática y además; e) cuando no implique una denegación de la subsistencia de la comunidad indígena o tribal.<sup>12</sup>

En la misma sentencia se establecen garantías adicionales para asegurar que las restricciones impuestas por el Estado a la propiedad colectiva, cuando se trata de concesiones para la exploración y extracción de recursos naturales mineros o madereros que se encuentran dentro del territorio de la comunidad indígena, no afecten la supervivencia de la misma. Dichas garantías son:

1. El Estado debe asegurar la participación efectiva de los miembros de la comunidad, de conformidad con sus costumbres y tradiciones, en relación con todo plan de desarrollo, inversión, exploración o extracción que se lleve a cabo dentro de su territorio
2. El Estado debe garantizar que los miembros de la comunidad se beneficien razonablemente del plan que se lleve a cabo dentro de su territorio.

3. El Estado debe garantizar que no se emitirá ninguna concesión dentro del territorio de la comunidad a menos y hasta que entidades independientes y técnicamente capaces, bajo la supervisión estatal, realicen un estudio previo de impacto social y ambiental. Estas salvaguardas van dirigidas a preservar, proteger y garantizar la relación especial que los miembros de la comunidad indígena o tribal tienen con su territorio, la cual a su vez, garantiza su subsistencia.

La Corte se refirió extensamente a la primera garantía, es decir, la participación de la comunidad en los planes de exploración y explotación, la que concretó en el deber estatal de consultar a la comunidad, según sus costumbres y tradiciones. Al respecto sostuvo que:

las consultas deben realizarse de buena fe, a través de procedimientos culturalmente adecuados y deben tener como fin llegar a un acuerdo. Asimismo, se debe consultar [...] en las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad, si éste fuera el caso. El aviso temprano proporciona un tiempo para la discusión interna dentro de las comunidades y para brindar una adecuada respuesta al Estado.<sup>13</sup>

Cuando se trata de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio de la comunidad consideró que el Estado tiene la obligación, no solo de consultar a la comunidad “sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de estos,

12 Véase, p. ej., Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *Länsman y otros vs. Finlandia* (quincuagésima segunda sesión, 1994), Comunicación n.º 511/1992, ONU Doc. CCPR/C/52/D/511/1994, 8 noviembre 1994, párr. 9.4 (permitiendo que los estados lleven a cabo actividades de desarrollo que limiten los derechos de una minoría cultural, siempre y cuando dicha actividad no extinga por completo el modo de vida del pueblo indígena).

13 Párr. 133.



según sus costumbres y tradiciones”.<sup>14</sup> Es decir, que en estos casos no solo basta la consulta, sino que el resultado de la misma es vinculante pues se requiere la aprobación de la comunidad para que pueda afectarse su territorio.

Del anterior recuento puede concluirse que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido hitos significativos en materia de los derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre el territorio que habitan tradicionalmente, y respecto de la obligación de consulta del Estado de los planes de inversión, exploración y explotación que se vayan a adelantar al interior de este; no obstante, este Tribunal no se ha pronunciado sobre la consulta prelegislativa, pues la naturaleza de los asuntos que ha resuelto contentiousamente no han dado lugar al examen de esta materia. Por tal razón, aquí resulta particularmente interesante la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana la cual se ha ocupado en reiteradas ocasiones de esta cuestión.<sup>15</sup>

Con fundamento en disposiciones constitucionales que regulan la participación de las comunidades indígenas y afrodescendientes,<sup>16</sup> junto con el Convenio 169 de la OIT, la Corte colombiana ha establecido que la consulta previa es un derecho fundamental cuya titularidad radica en las comunidades indígenas y afrodescendientes<sup>17</sup> y ha sistematizado las reglas sobre su contenido y alcance. Ahora bien, en el caso colombiano no hay un cuerpo normativo infraconstitucional que desarrolle este derecho,<sup>18</sup> al menos en lo que hace referencia a la consulta prelegislativa, por lo tanto ha sido la jurisprudencia la que ha definido las fases de este procedimiento.

La primera precisión introducida en lo que hace referencia a las medidas legislativas, es que la consulta se predica solo de aquellas disposiciones legales que tengan la posibilidad de afectar *directamente* los intereses de las comunidades. En consecuencia, aquellas de carácter general, que afectan de forma igualmente uniforme a todos los ciudadanos, entre ellos los miembros de los

14 Párr. 134.

15 Aunque este tribunal también ha tratado ampliamente lo concerniente con la propiedad colectiva del territorio de los pueblos indígenas y tribales y le ha reconocido la naturaleza de un derecho fundamental, de titularidad colectiva, relacionado con la supervivencia de las comunidades indígenas y afrodescendientes. Al respecto se puede consultar, entre otras, las sentencias n.ºs T-188 de 1993, T-652 de 1998 y C-180 de 2005.

16 Entre las que se cuentan el artículo 7 de la Constitución colombiana el cual cuyo tenor es el siguiente: “El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana” y el parágrafo del artículo 330 constitucional el cual señala textualmente: “La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. En las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación, el Gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades”.

17 Así, por ejemplo, en la sentencia C-030 de 2008 sostuvo: “En relación con el deber de consulta de las medidas que sean susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas y tribales, la Corte ha dicho que el mismo es consecuencia directa del derecho que les asiste a las comunidades nativas de decidir las prioridades en su proceso de desarrollo y preservación de la cultura y que, cuando procede ese deber de consulta, surge para las comunidades un derecho fundamental susceptible de protección por la vía de la acción de tutela, en razón a la importancia política del mismo, a su significación para la defensa de la identidad e integridad cultural y a su condición de mecanismo de participación”

18 Para reglamentar el derecho a la consulta de las comunidades indígenas y negras fue expedido el Decreto 1320 de 1998, sin embargo, el Consejo de Administración de la OIT, en su 282ª reunión, atendiendo el informe del Director General de la Organización, recomendó al Gobierno Nacional modificar el Decreto 1320 de 1998 “para ponerlo en conformidad con el espíritu del Convenio en consulta y con la participación activa de los representantes de los pueblos indígenas y tribales...”, en consecuencia la Corte Constitucional ha considerado que este decreto es inaplicable, “pues resulta a todas luces contrario a la Constitución y a las normas incorporadas al derecho interno por medio de la Ley 21 de 1991” (sentencias n.ºs T-652 de 1998 y T-880 de 2006).



pueblos indígenas y tribales, no están *prima facie* sujetas al deber de consulta, excepto cuando esa contenga previsiones expresas que sí conciernan esos intereses.

En cuanto a las condiciones generales de modo, tiempo y lugar en que debe efectuarse la consulta previa, la Corte Constitucional colombiana ha señalado debe ser un proceso flexible sometido al principio de buena fe:

lo cual quiere decir, por un lado, que corresponde a los Estados definir las condiciones en las que se desarrollará la consulta, y por otro, que la misma, para que resulte satisfactoria a la luz del ordenamiento constitucional, debe realizarse de manera que sea efectiva y conducente, pero sin que quepa hablar, en ese contexto, de términos perentorios para su realización, ni de condiciones ineludibles para el efecto. Se trata de propiciar espacios de participación, que sean oportunos en cuanto permitan una intervención útil y con voceros suficientemente representativos, en función del tipo de medida a adoptar.<sup>19</sup>

Este procedimiento debe ajustarse a la naturaleza de la materia objeto de la consulta, así cuando se trata de la explotación de recursos naturales en el territorio de una comunidad indígena “el proceso de consulta debe adelantarse con las autoridades legítimamente constituidas de dicha comunidad”, pero si se trata de medidas de carácter general bien sea de índole legal o administrativo, como por ejemplo establecer el marco normativo que regule la figura misma de la consulta previa

[S]ería claro también que la consulta que, a su vez, se requeriría para ello, no podría adelantarse con cada una de las autoridades de los pueblos indígenas y tribales, y, en ausencia de una autoridad con representación general de todos ellos, habría (*sic*) acudirse a las instancias que, de buena fe, se consideren más adecuadas para dar curso a ese proceso de consulta.

Cuando se trata de consulta prelegislativa el momento en el cual debe iniciarse el procedimiento de consulta es con anterioridad a la radicación del proyecto de ley en el Congreso de la república, cuando se trata de una iniciativa de origen gubernamental.<sup>20</sup>

Del mismo modo, la jurisprudencia constitucional colombiana ha previsto la necesidad de que el procedimiento mismo de consulta esté sometido a una consulta previa, a fin de que el trámite de concertación y consenso con las comunidades (i) no se reduzca a un simple acto informativo o notificación de la medida; y (ii) reconozca y proteja las prácticas tradicionales diversas de los pueblos indígenas y tribales, las cuales podrían verse desconocidas si los entes gubernamentales imponen determinado mecanismo de consulta que, en razón a no haberse acordado con las comunidades, vulneren el mandato constitucional de preservación de la diversidad étnica y cultural.

No obstante, la Corte Constitucional colombiana ha sostenido que el deber de consulta previa a los pueblos indígenas y tribales no constituye un poder de veto en contra de

19 Sentencia C-030 de 2008.

20 Tal conclusión se desprende de la sentencia C-175 de 2009 mediante la cual se declaró inexecutable la Ley 1152 de 2007, entre otras razones, porque: “Para la Corte los procedimientos de consulta previa realizados respecto del proyecto de ley que originó el Estatuto de Desarrollo Rural, no cumplieron con los requisitos fijados por el ordenamiento constitucional, en especial respecto a sus condiciones de oportunidad, pues se observa que tanto para el caso de las comunidades indígenas como el de grupos afrodescendientes, los acercamientos con miras a efectuar la consulta previa se iniciaron con posterioridad a la radicación de la iniciativa ante el Congreso, y en consecuencia el procedimiento efectuado por el Gobierno Nacional, a través del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, no constituye un trámite adecuado para el cumplimiento del deber de consulta previa, habida cuenta que la oportunidad en que se llevó a cabo limita desproporcionadamente la capacidad de las comunidades de incidir en el contenido del Estatuto de Desarrollo Rural.”



110



la implementación de medidas legislativas por parte del Estado,<sup>21</sup> por tanto, la protección del derecho fundamental a la consulta se circunscribe al cumplimiento de acciones dirigidas a obtener el consenso o la concertación. Sin embargo, cuando luego de agotado un procedimiento previamente definido, con pretensión de incidencia en la medida a adoptar y llevado a cabo bajo los postulados de la buena fe, las comunidades tradicionales no prestan su consentimiento, eso no impide que finalmente se adopte la medida legislativa. En esta última eventualidad se deberán implementar instrumentos necesarios para salvaguardar los derechos e intereses relacionados con la identidad diferenciada de dichos pueblos, a fin de preservar la diversidad étnica y cultural.

Desde esta perspectiva se ha considerado que la satisfacción del derecho a la consulta previa respecto de la promulgación de medidas legislativas, se circunscribe a la conformación de un espacio deliberativo, respetuoso de las particularidades de las comunidades indígenas y afrodescendientes y guiado por el principio de buena fe, destinado a la deliberación del contenido del proyecto de legislación correspondiente.<sup>22</sup>

La Corte Constitucional colombiana ha considerado que la obligación de adelantar la consulta corresponde al Gobierno y no al

Congreso de la República, lo que ha suscitado la cuestión de cuál es el procedimiento a seguir cuando la iniciativa legislativa no tiene iniciativa gubernamental, en tales casos ha considerado que

el gobierno, tan pronto advierta que cursa un proyecto de ley en relación con el cual debe darse el proceso de consulta, acuda a las instancias que para ese efecto se hayan previsto en la legislación, como la Mesa Permanente de Concertación con los Pueblos y Organizaciones Indígenas creada por el Decreto 1397 de 1996, o a otras que se estimen pertinentes, para definir en ese escenario, cuáles serían las instancias y los mecanismos de consulta más adecuados.<sup>23</sup>

Finalmente ha señalado que la omisión del deber de consulta previa es un vicio de inconstitucionalidad que incide sobre el contenido material de la norma objeto de examen. A partir de la necesidad de preservar correlativamente el derecho fundamental a la consulta a las comunidades indígenas y afrodescendientes y el principio de conservación del derecho legislado, la Corte ha considerado que si bien el incumplimiento del deber de consulta lleva *prima facie* a la inexecutableidad de la norma acusada, esta circunstancia debe evaluarse a la luz del grado de mayor o menor generalidad de la medida legislativa y

21 Al respecto, la sentencia SU-383/03 indicó: "Cabe precisar que el derecho a la consulta previa, previsto en el Convenio 169, no conlleva el derecho de los pueblos indígenas y tribales a vetar las medidas legislativas y administrativas que los afectan, sino que se presenta como una oportunidad para que los Estados partes consideren y valoren las posiciones que sobre sus decisiones tienen los integrantes y representantes de las minorías étnicas nacionales, forzándose a propiciar un acercamiento y, de ser posible, un acuerdo. || Las consultas que se ordenan, entonces, no pueden ser utilizadas para imponer una decisión, como tampoco para eludir el cumplimiento de una obligación, sino que deberán ser tenidas como una ocasión propicia y no desperdiable para que las entidades gubernamentales encargadas de autorizar, ejecutar y vigilar la política estatal de erradicación de cultivos ilícitos consideren el derecho de los pueblos indígenas y tribales a exponer los condicionamientos que dicha política debe incluir, con miras a respetar su derecho a la integridad cultural, y la autonomía de sus autoridades en sus territorios. || Oportunidad que debe ser utilizada para que dichos pueblos y autoridades conozcan la posición de las mayorías nacionales, en torno de las medidas consultadas, y participen activamente en ellas, usando canales apropiados y, en consecuencia, propiciando un acercamiento".

22 Así se sostuvo en la sentencia n.º C-175 de 2009.

23 Véase Corte Constitucional, sentencia n.º C-030 de 2008.

el grado de incidencia de los contenidos de la disposición en los intereses que atañen a las comunidades indígenas y tribales.

Fijado el contexto de análisis comparativo se consignarán algunas reflexiones finales sobre la sentencia n.º 001-10-SIN-CC.

### 3. Reflexiones finales

En líneas generales se advierten líneas convergentes tanto en la jurisprudencia de los tribunales internacionales, como en aquella emitida por las cortes constitucionales de los países de la región, relacionada con la protección de los derechos de los pueblos indígenas y tribales. En los últimos tiempos los tribunales han asumido una postura garantista dirigida a preservar la supervivencia étnica y cultural de estas comunidades, razón por la cual los puntos de coincidencia en sus providencias son mucho más significativos que las puntuales divergencias.

En primer lugar, todos los tribunales reconocen que el derecho a la consulta y el derecho al territorio son derechos de las comunidades indígenas y afrodescendientes. Sin embargo, difieren en cuanto a la naturaleza de los derechos. Mientras que según la jurisprudencia de la Corte Interamericana se trata de derechos humanos, reconocidos a la luz de la CADH (el derecho a la propiedad a la luz del artículo 21 de dicho instrumento internacional y la consulta como una garantía para proteger el derecho a la supervivencia de la comunidad), según la Corte Constitucional colombiana se trata de derechos fundamentales de titularidad colectiva, mientras que en el caso del Ecuador por expreso reconocimiento constitucional son derechos colectivos. Ahora bien, existen numerosas controversias doctrinales en cuanto a la diferencia-

ción entre derechos fundamentales y derechos colectivos, sobre todo en lo que tiene que ver con la titularidad del derecho, sin embargo al margen de su estatus jurídico lo que realmente interesa es que se reconozcan mecanismos judiciales para su protección, tanto en el derecho interno como en el derecho internacional de los derechos humanos, y las providencias a las que se ha hecho alusión a lo largo de este ensayo son buena prueba de ello.

Resulta interesante resaltar que, tanto en Colombia como en el Ecuador, mecanismos de control abstracto como la acción pública de inconstitucionalidad se han convertido en una herramienta propicia para la defensa del derecho a la consulta prelegislativa y del derecho al territorio, lo que no excluye, al menos en el caso colombiano la posibilidad de acudir a mecanismos de protección de derechos fundamentales, tales como la acción de tutela, para su garantía en casos concretos.

En lo que tiene que ver con el derecho al territorio y con el carácter vinculante de la consulta para la explotación de los recursos naturales, sin duda, la posición más progresista es la asumida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Saramaka. Su postura supera con mucho la asumida hasta la fecha por las cortes constitucionales de Colombia y por la del Ecuador en la materia. En efecto, la tesis defendida por el tribunal internacional en el sentido de que cuando se trata de planes de desarrollo o de inversión a gran escala, que tienen un mayor impacto dentro del territorio de una comunidad se requiere su *consentimiento libre, informado y previo, según sus costumbres y tradiciones*, va más allá del contenido textual del artículo 6 del Convenio 169 de la OIT y contrasta claramente con la jurisprudencia colombiana y



ecuatoriana que niegan el carácter vinculante de la consulta.<sup>24</sup>

Así mismo, la Corte Interamericana ha avanzado en la construcción de salvaguardas para la protección de la supervivencia de la comunidad, como por ejemplo el deber estatal de garantizar que los miembros de la comunidad se beneficien de la explotación de los recursos naturales que se lleve a cabo dentro de su territorio, tema que no ha sido hasta ahora tratado por la jurisprudencia colombiana, pero que si está previsto en el artículo 57, numeral 7, de la Constitución del Ecuador. Igualmente es interesante considerar la garantía a la que se hace referencia en la sentencia del caso Saramaka en el sentido que no se emitirán concesiones dentro del territorio de la comunidad a menos y hasta que entidades independientes y técnicamente capaces, bajo la supervisión estatal, realicen un estudio previo de impacto social y ambiental, la cual no ha sido aún incorporada por los tribunales nacionales.

En esa medida, resulta necesario que las tribunales constitucionales sigan la senda trazada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos e incorporen en su jurisprudencia estas garantías adicionales a las que se han hecho alusión, pues solo de esta manera se logrará la plena convergencia de los ámbitos nacionales e internacionales de protección de los derechos de los pueblos indígenas y tribales.

En lo que hace relación a la consulta prelegislativa, cabe anotar que la jurisprudencia constitucional colombiana ha ido paulatinamente sometiendo a escrutinios más riguro-

sos la constitucionalidad de las leyes por la omisión de la consulta prelegislativa a las comunidades indígenas y afrodescendientes, lo que ha llevado en fecha reciente incluso a declarar la inconstitucionalidad parcial de una reforma constitucional.<sup>25</sup>

Aunque el punto de partida es común en ambos países, la ausencia de un cuerpo normativo legal que regule la materia y por ende la necesidad de aplicar directamente la Constitución y los tratados internacionales que regulan la materia, existe un claro contraste entre los tribunales constitucionales, pues mientras la jurisprudencia colombiana insiste en cuanto a la flexibilidad del proceso de consulta y hasta la fecha se ha abstenido de señalar en detalle cuáles son las etapas y las actuaciones que deben surtirse dentro del mismo, la sentencia n.º 001-10-SIN-CC sigue el camino opuesto y fija exhaustivamente cuál es el procedimiento de consulta prelegislativa, de tal manera que limita considerablemente la posibilidad de configuración del legislador en la materia, pues la ley que se expida sin duda deberá sujetarse a las directrices señaladas en esta decisión.

No obstante, y aunque resulte paradójico, es muy dudoso que la Ley de Minería hubiera sorteado exitosamente el control de constitucionalidad en Colombia, por dos razones: en primer lugar porque no tuvo lugar una etapa preconsultiva para definir cuál iba a ser la dinámica de consulta a las comunidades interesadas y, en segundo lugar, porque la consulta prelegislativa no se adelantó antes de la radicación del proyecto de ley ante el Congreso. Eso habría acarreado en el caso

24 Al respecto se consigna en el fundamento jurídico 10: "En cuanto al alcance de la consulta, siendo que su resultado no es vinculante para el Estado y sus instituciones, la opinión de los pueblos consultados si tiene una connotación jurídica especial, (cercana a aquella que tiene el *soft law* en el derecho internacional de los derechos humanos), sin que eso implique la imposición de la voluntad de los pueblos indígenas sobre el Estado". (Negritas originales.)

25 Mediante la sentencia n.º C-702 de 2010 se declaró inexecutable un enunciado contenido en el artículo 2 del Acto Legislativo 1 de 2009 por haberse omitido la consulta previa.

colombiano la inconstitucionalidad de la ley,<sup>26</sup> sin embargo, hay que tener en cuenta que esta posible consecuencia se debe a que la Corte colombiana ha entendido que el responsable de adelantar la consulta prelegislativa es el gobierno y no el órgano legislativo, mientras que en el caso ecuatoriano se ha entendido que el responsable es la Asamblea Nacional, lo que conlleva distintas consecuencias en torno al momento en el cual debe adelantarse la consulta.

Otro aspecto que no se aborda detenidamente en la sentencia n.º 001-10-SIN-CC, que hubiera sido muy importante para el tribunal colombiano, es si la Ley de Minería afectaba directamente a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas. Este tópico hubiera sido decisivo en el debate de constitucionalidad del cuerpo normativo, pues sería el que habría definido si este en su integridad era susceptible de ser decla-

rado inconstitucional o solo aquellos artículos que afectarían directamente a las comunidades indígenas y afrodescendientes que no hubieran sido consultados.<sup>27</sup>

Por otra parte, aunque en cierto modo resulta comprensible que la Ley de Minería no hubiera sido sometida a un escrutinio de constitucionalidad muy riguroso, por tratarse de la primera ocasión en la cual se definía el alcance del numeral 17 del artículo 57 de la Constitución del Ecuador, y por haber sido expedida durante el período de transición institucional, en todo caso las actuaciones reseñadas en la sentencia no parecen demostrar que se hubiera dado aplicación al mandato constitucional. En efecto, ni la remisión del proyecto a una organización indígena, ni la intervención de representantes de comunidades durante el trámite legislativo pueden equipararse a una consulta prelegislativa, pues no hubo un procedimiento dirigido a

26 Estas razones fueron las que en definitiva motivaron la declaratoria de inexecutable de la Ley 1152 de 2007, tal como se consigna en el siguiente extracto de la sentencia C-175 de 2009: "Para la Corte los procedimientos de consulta previa realizados respecto del proyecto de ley que originó el Estatuto de Desarrollo Rural, no cumplieron con los requisitos fijados por el ordenamiento constitucional, en especial respecto a sus condiciones de oportunidad, pues se observa que tanto para el caso de las comunidades indígenas como el de grupos afrodescendientes, los acercamientos con miras a efectuar la consulta previa se iniciaron con posterioridad a la radicación de la iniciativa ante el Congreso, y en consecuencia el procedimiento efectuado por el Gobierno Nacional, a través del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, no constituye un trámite adecuado para el cumplimiento del deber de consulta previa, habida cuenta que la oportunidad en que se llevó a cabo limita desproporcionadamente la capacidad de las comunidades de incidir en el contenido del Estatuto de Desarrollo Rural. Asimismo, para la Corte tampoco se evidencia que el Gobierno Nacional haya efectuado tarea alguna destinada a realizar una etapa preconsultiva, en el que las autoridades estatales y las comunidades indígenas y afrodescendientes hubieren acordado las reglas aplicables al procedimiento de consulta previa. En consecuencia, el Estatuto de Desarrollo Rural, que por expreso mandato del legislador, constituye una regulación integral y sistemática sobre el uso y aprovechamiento de la tierra rural, que dado su carácter obligaba a que el proyecto que dio lugar a la Ley 1152/07 fuera consultado en su integridad a las minorías étnicas, requisito de índole constitucional que no fue cumplido para el caso de la normatividad de la referencia, ésta deviene inexecutable en su integridad."

27 Por ejemplo, en la sentencia n.º C-461 de 2008 en la cual se examinaba la constitucionalidad de la Ley 1151 de 2006 "por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010", se profirió una sentencia de executable condicionada que afectaba solo algunos artículos del cuerpo normativo porque se consideró que la ley en su totalidad no debió ser sometida a consulta. Al respecto se sostuvo: "La Corte considera que en este caso no es procedente declarar inexecutable como un todo la Ley 1151 de 2007, por cuanto (a) ésta contiene numerosas disposiciones diferentes, con distintos grados de generalidad, en relación con las cuales no existe un deber estatal de adelantar consulta previa con los grupos indígenas del país, (b) por ser separables de los artículos que conciernen directa y específicamente a los pueblos indígenas, y (c) por ser completamente ajenos a su ámbito de protección. Cualquier decisión adoptada por la Sala Plena en el presente proceso de constitucionalidad se circunscribirá a las disposiciones específicas contenidas en la Ley del Plan Nacional de Desarrollo que puedan afectar en forma directa y específica a grupos indígenas o comunidades afrodescendientes de las zonas donde se habrán de implementar".



alcanzar acuerdos de buena fe entre las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas y afroecuatorianas, el gobierno y el órgano legislativo. Máxime si se la compara con las exigentes condiciones que establece la misma sentencia para las futuras consultas que se lleven a cabo. Por tal razón habrá que esperar a que las decisiones futuras de la Corte Constitucional del Ecuador implementen juicios de constitucionalidad más estrictos sobre la materia.



# El territorio indígena en la jurisprudencia constitucional ecuatoriana

Juan Montaña Pinto\*

## Resumen

Este artículo analiza, desde la lógica de la interculturalidad, un caso muy significativo para la vigencia práctica del derecho a las tierras indígenas, derecho colectivo reconocido tanto por la anterior como por la actual Constitución. El beneficiario de la sentencia es el pueblo Huaorani. Si bien no se trata de una decisión que pueda ser tomada como jurisprudencia vinculante en los términos estrictos desarrollados por la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional vigente, sin embargo, se constituye por su objeto y estructura en una providencia que la doctrina constitucional denomina como *sentencia iniciadora de línea jurisprudencial*.

— umbral —

## 1. Introducción

De acuerdo con lo establecido, el primer número de *Umbral* se dedicará a examinar la teoría de la interpretación constitucional, recogida en la Constitución de 2008 y su práctica real en la jurisprudencia de la Corte Constitucional ecuatoriana. Se me invitó a hacer un comentario jurisprudencial sobre alguna sentencia relevante de la Corte Constitucional para el Período de Transición que pudiera mostrar la aplicación de las nuevas teorías hermenéuticas constitucionales recogidas en la nueva Constitución ecuatoriana.

De plano, manifiesto que en el presente trabajo he incumplido totalmente las orientaciones dadas por los editores de la publicación. El caso que he escogido,<sup>1</sup> prácticamente no cumple con ninguno de estos requisitos: se trata de una decisión del antiguo Tribunal Constitucional no de la nueva Corte

115



*Derechos colectivos de los pueblos indígenas, garantía jurisdiccional, huaorani, tierras indígenas, jurisprudencia.*

\* Abogado y especialista en derecho público, Universidad de Externado de Colombia; especialista en derecho constitucional y ciencia política, Centro de Estudios Constitucionales de Madrid; diplomado de estudios avanzados en derechos fundamentales, Universidad Autónoma de Madrid; máster en historia del derecho, Universidad Messina; doctor en derecho constitucional, Universidad de Alicante. Actualmente, director ejecutivo del Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional. Correo electrónico: [biofilopanclasta1971@gmail.com](mailto:biofilopanclasta1971@gmail.com)

1 Tribunal Constitucional, expediente n.º 1491-06-RA.

Constitucional; resuelve el problema jurídico propuesto con base en las disposiciones de la Constitución de 1998, no de la Constitución vigente; y fue decidido utilizando las competencias del antiguo Tribunal Constitucional, a partir de la estructura clásica de las resoluciones cuasiadministrativas de ese organismo.

Las razones de mi desobediencia, sin embargo, creo que son relevantes y que merecen la complicitad del consejo editorial: a) se trata, según se verá de un caso muy significativo para la vigencia práctica de uno de los derechos colectivos más importantes de las nacionalidades y pueblos indígenas, y b) fue una decisión pensada y estructurada desde la lógica jurídica del nuevo paradigma garantista que inspira la Constitución; es una providencia transicional y como tal refleja claramente las limitaciones y potencialidades de la jurisprudencia como fuente del derecho.

En efecto, se trata de un caso judicial importante donde, más allá de las limitaciones formales de la estructura propia de sus resoluciones, el antiguo Tribunal Constitucional rompió los moldes de la inercia institucional y cambió los precedentes, si es que se le pueden llamar así, respecto de las decisiones que tomaba ese órgano del Estado. Se trata de una de las pocas resoluciones, si no la primera, donde se estudia con cierta profundidad y desde la lógica de la interculturalidad el derecho colectivo que tienen las comunidades, pueblos y nacionalidades a las tierras comunitarias indígenas, uno de los derechos más importantes reconocidos tanto por la Constitución ecuatoriana anterior como por la vigente; los beneficiarios de la sentencia son los Huaorani, uno de los pueblos indígenas del Ecuador que históricamente ha sufrido de manera permanente las inconsistencias del modelo de desarrollo

extractivista. Por tanto, y a pesar de que no se trata de una decisión que pueda ser tomada como jurisprudencia vinculante en los términos estrictos desarrollados por la vigente Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, sin embargo, se constituye por su objeto y estructura en una de esas providencias que la doctrina constitucional denomina, de forma quizás algo exagerada, *sentencias iniciadoras de línea jurisprudencial*.<sup>2</sup>

Desde el punto de vista metodológico, en su examen se ha optado por utilizar la herramienta clásica de análisis de sentencias desarrollada por los cultores de la metodología de la investigación jurídica. En ese sentido, el primer apartado del texto se ocupa de la identificación del caso y una descripción básica de los hechos relevantes; en el segundo, se hace una caracterización del o los problemas jurídicos tratados por los jueces constitucionales. En cambio, el tercer apartado examina las herramientas hermenéuticas utilizadas por el juez constitucional para resolver el caso, el siguiente apartado hace una valoración crítica de la estructura argumentativa de la resolución. Finalmente, el texto termina con una conclusión teórica sobre el derecho colectivo al territorio y concretamente el derecho que tienen las comunidades indígenas a la propiedad privada de sus tierras comunitarias, así como acerca de la relevancia del caso para el desarrollo de la jurisprudencia ecuatoriana en materia de derechos colectivos de los pueblos indígenas.

## 2. Descripción básica de los hechos relevantes

En septiembre de 2005, en plena crisis política del anterior Estado ecuatoriano, y como

2 López Medina, Diego. *El derecho de los jueces*. Bogotá, Legis Editores, 2002.

una muestra palpable de las consecuencias nefastas de la implantación en el país del modelo de desarrollo neoliberal, la empresa norteamericana de biotecnología *Eco Genesis Development* celebró un contrato de usufructo con los directivos de la Organización de la Nacionalidad Huaorani de la Amazonía (ONHAE). El objeto del contrato era la constitución de un usufructo por 30 años respecto de las casi 614 mil hectáreas que el Estado ecuatoriano le había adjudicado al pueblo Huaorani entre 1983 y 1998, para realizar investigaciones sobre genética vegetal y animal y desarrollos ecoturísticos en dicho territorio.

A cambio de tal autorización, la ONHAE como autoridad legítima de dicho pueblo recibiría una suma anual cercana a los 100 mil dólares, así como capacitación técnica para el manejo de proyectos productivos y recursos.

Considerando que el contrato era inconstitucional e ilegal por vulnerar la inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad de las tierras indígenas de los grupos étnicos establecida en la Constitución y en la ley, y por constituir un riesgo serio para la propiedad de los recursos naturales renovables y no renovables del Ecuador, el Defensor del Pueblo de ese momento interpuso una acción de amparo constitucional contra el director ejecutivo y representante legal de la empresa norteamericana y contra las autoridades indígenas de la ONHAE que, actuando en contra de los intereses de su pueblo, habían celebrado el contrato.

A juicio del Defensor del Pueblo el contrato además puso en riesgo la supervivencia física y cultural del pueblo Huaorani, porque al igual que ocurre con muchos otros pueblos indígenas, los “Huaos” son pescadores, caza-

dores y recolectores y agricultores de subsistencia cuyo único medio de subsistencia son sus tierras indígenas.

El juez de amparo de primera instancia, (Juez Primero Civil de Pastaza) desestimó la acción propuesta aduciendo la improcedencia de la acción de amparo para resolver la cuestión debatida. A juicio del juez, de acuerdo con la legislación vigente,<sup>3</sup> dicho recurso judicial no estaba diseñado para resolver asuntos de naturaleza bilateral o contractual como el planteado por el Defensor del Pueblo en su demanda, por lo que, a su juicio, con independencia de la importancia del asunto o de la ilicitud del objeto del contrato, la pretensión constitucional debía ser desestimada.

En ese sentido, de acuerdo con la visión del juez de primera instancia, el asunto debatido debía resolverse mediante la vía civil ordinaria y no por el camino preferente del amparo constitucional y así lo resolvió.

El Tribunal Constitucional, por su parte, revocó la sentencia del juez, concedió el amparo constitucional y como consecuencia de ello estableció una serie de responsabilidades para los participantes en el acto jurídico impugnado, responsabilidades que debían concretarse como se verá en el siguiente epígrafe, tanto en el ámbito de la justicia indígena como en el espacio de influencia de la justicia ordinaria.

### 3. Caracterización de los problemas jurídicos resueltos en la sentencia

La resolución del Tribunal Constitucional fue construida formalmente sobre tres pilares o problemas jurídicos esenciales que soportan la decisión de revocar lo resuelto por el juez de primera instancia: la determinación de si el caso propuesto involucra o no un conflicto

3 Artículo 95 de la Constitución de 1998 y artículo 50, numeral 6, del Reglamento de Trámite de Expedientes del extinto Tribunal Constitucional.



constitucional; la constatación de la naturaleza jurídica de las actuaciones de las autoridades indígenas; y por obligación de los servidores públicos de respetar y hacer respetar la Constitución y la responsabilidad derivada de su incumplimiento.

### 3.1. La existencia de conflicto constitucional

La aclaración del primer problema jurídico se constituye en el núcleo de la resolución objeto de comentario. Para ello los miembros del Tribunal Constitucional retoman el centro de la decisión del juez de instancia que había basado toda su actuación y decidido la improcedencia del amparo, a partir de la aplicación silogística de una norma de la ley de control constitucional y del reglamento de trámite de expedientes que consideraba como causal de improcedencia de la acción de amparo el que su objeto fuera una pretensión de carácter bilateral o contractual.

Según la argumentación del Tribunal, para determinar la existencia o inexistencia del conflicto constitucional, era necesario contestar a una cuestión no discutida en la sentencia de primera instancia ni argumentada por el demandante: *la definición y las características de las controversias contractuales*. Los jueces iniciaron su análisis a partir de la definición de negocio jurídico recogida por el Código Civil ecuatoriano<sup>4</sup> para de allí derivar como subregla hermenéutica una definición operativa de controversias contractuales<sup>5</sup> y a partir de ella juzgar la corrección o no de la decisión del juez de instancia. La regla jurisprudencial resultante, aparte de declarar la equivocación del juez a la hora de solucionar el caso, se convierte así en la premisa mayor de la argumentación necesaria para resolver el primer problema jurídico.

Siguiendo la forma tradicional de argumentación jurídica el Tribunal toma como premisa menor del silogismo algunos de los hechos relevantes que aparecen reseñados más arriba y que permiten demostrar que en el caso objeto de estudio no se estaban discutiendo las condiciones de existencia o cumplimiento del contrato, sino la ilicitud del objeto contractual por violación manifiesta de la prohibición constitucional y legal de disponer de un territorio considerado legalmente como tierras comunitarias indígenas, las cuales a la luz del ordenamiento jurídico ecuatoriano son imprescriptibles, inalienables e inembargables.

Y la conclusión lógica del silogismo está constituida de acuerdo con los jueces constitucionales de última instancia por la consecuencia jurídica o regla resultante, con la aceptación de la existencia de un conflicto de orden constitucional y la consecuencial procedencia del amparo constitucional interpuesto por el Defensor del Pueblo en defensa de los derechos e intereses de los huaoranis.

### 3.2. La naturaleza jurídica de las decisiones de las autoridades indígenas y su responsabilidad por los perjuicios causados

El segundo problema jurídico que trata la resolución es la determinación de la naturaleza jurídica de las decisiones de las autoridades indígenas, o lo que es lo mismo la definición del carácter público o no de las mismas. El ex Tribunal Constitucional emprende la solución de esta cuestión como paso previo para establecer el régimen de responsabilidades de las autoridades indígenas que participaron en la celebración del contrato inconstitucional.

4 Artículo 1480 del Código Civil.

5 De acuerdo con la definición del Tribunal, las controversias contractuales son solo aquellas que surgen con ocasión del nacimiento, la ejecución y la terminación de los contratos.



Para ello los jueces constitucionales hacen un análisis de la doble naturaleza y dimensión de las potestades especiales que la Constitución entonces vigente reconoce a las nacionalidades y pueblos indígenas. Por una parte estas facultades, dicen los jueces, son derechos colectivos que se desprenden de la identidad diferenciada existente en el Ecuador, pero por otra parte, muchos de ellos son y pueden ser analizadas como competencias constitucionales otorgadas a las autoridades indígenas por ministerio del ordenamiento jurídico. De acuerdo con el juicio jurídico realizado por el Tribunal Constitucional, a diferencia de lo que ocurre en países vecinos como Colombia, donde todas las actividades de las autoridades indígenas tienen un carácter público,<sup>6</sup> la mayoría de las facultades especiales que gozan los pueblos y nacionalidades indígenas son derechos subjetivos especiales otorgados a un sujeto colectivo, y solo excepcionalmente esos derechos devienen en una dimensión objetiva traducida en una atribución o competencia pública.

En ese sentido, dice el Tribunal Constitucional se puede establecer una regla clara que constituye la premisa mayor de un nuevo silogismo que resuelve el problema jurídico: las autoridades indígenas son autoridades públicas y pueden ser juzgadas como tales, única y exclusivamente, cuando ejercen funciones jurisdiccionales de acuerdo con lo establecido en el artículo 191, inciso 3, de la derogada Constitución de 1998. En los otros casos, las actividades desarrolladas por las autoridades indígenas corresponden al ámbito interno propio de la organización social y política indígena, y como tales, no son consideradas funciones públicas ni conllevan sus consecuencias.

Al vincular esta subregla con los hechos del caso, el Tribunal Constitucional encuentra la premisa menor del discurso planteado para resolver la cuestión. Según este análisis la ONHAE sería una entidad de derecho privado con personería jurídica otorgada por el Estado ecuatoriano<sup>7</sup> que en tal virtud ostenta la representación legal del pueblo Huaorani, sin que ello signifique, a juicio de los jueces constitucionales, que el ejercicio de tal actividad las convierta en autoridades públicas, pues solo lo son cuando ejercen la jurisdicción indígena. En los demás casos, incluyendo la celebración de contratos, sus miembros actúan y responden como particulares.

Ahora bien, esta conclusión lleva a la Corte a pronunciarse sobre otra cuestión constitucional que si bien no fue discutida en la demanda, ni constituyó parte del pronunciamiento del juez de instancia, se constituye en una regla implícita de la resolución del caso por el Tribunal Constitucional. Se trata de la cuestión de la procedencia de la acción de amparo contra particulares en vigencia de la Constitución de 1998.

El problema surge porque de acuerdo con el artículo 95, inciso 3, de la Constitución entonces vigente la acción de amparo solo puede ser ejercida contra particulares en casos excepcionales, *cuando la conducta de estos afecte gravemente un interés comunitario, colectivo o difuso*. El caso es que si las autoridades indígenas son particulares cuando no ejercen la jurisdicción, y en el caso, como quedó establecido no ejercían la jurisdicción, su condición de particulares hacía que la procedencia de la acción de amparo estuviera condicionada y supeditada a la existencia real a una violación grave de un interés difuso o colectivo. El problema es que el caso no involucraba un interés difuso sino

6 Sobre el particular, ver Ley 89 de 1890.

7 Acuerdo Ministerial n.º 1050 de 16 de mayo de 1994, expedido por el Ministerio de Bienestar Social.



un derecho colectivo de un pueblo indígena y, por tanto, cabía la pregunta acerca de la procedencia de la acción.

Los miembros del ex Tribunal Constitucional decidieron aplicar los principios *iura novit curia* y de interpretación conforme a la Constitución, como resultado de lo cual decidieron afirmativamente la procedencia del amparo a partir de una interpretación especial del artículo 95 de la Constitución donde la expresión interés colectivo es tomada como equivalente de derecho colectivo.

Y esto le permite establecer como conclusión la violación constitucional al derecho al territorio y determinar las responsabilidades de las autoridades indígenas, que de acuerdo con la sentencia deben responder por los riesgos y perjuicios causados a la supervivencia cultural en los términos establecidos por las normas y procedimientos propios del derecho huaorani por medio de la jurisdicción indígena.

### 3.3 La obligación de los servidores públicos de respetar y hacer respetar la Constitución y la responsabilidad derivada de su incumplimiento

El último problema jurídico resuelto por el Tribunal Constitucional en la resolución objeto de estudio tiene un contenido teórico importante. Aborda la aplicación del principio de juridicidad, según el cual tanto servidores públicos como particulares están obligados a cumplir y promover el cumplimiento de la Constitución y garantizar su supremacía y aplicación.

Los miembros del Tribunal en este caso hacen un nuevo silogismo donde establecen que las autoridades judiciales y los servidores públicos que intervinieron en el caso estaban obligados a conocer y aplicar el numeral 2 del artículo 84, que establece el

carácter intangible e inalienable de las tierras comunitarias de los pueblos indígenas. La premisa menor se reduce a la constatación de la actuación contraria a esta disposición por parte de dichos funcionarios. La conclusión es la declaración de vulneración de la Constitución y la generación de responsabilidades disciplinarias, que de acuerdo con la resolución deben ser declaradas por los jueces competentes, en este caso, por el entonces llamado Consejo Nacional de la Judicatura.

### 4. Los métodos de interpretación usados por los jueces constitucionales y la estructura argumentativa de la resolución

Como se sabe, la argumentación se ha convertido en el principal problema de la teoría jurídica contemporánea. La argumentación jurídica, y más concretamente la argumentación constitucional, tiene técnicas específicas que permiten identificar un significado (norma) a partir de un enunciado normativo dado. En la actualidad existe opinión pacífica acerca de la existencia de dos formas o técnicas principales de argumentación: la subsunción y la interpretación racional.

La *subsunción*, como se vio anteriormente, consiste en la resolución de un caso a partir de la construcción de un silogismo donde la premisa mayor es el enunciado normativo, la premisa menor es el fundamento de hecho, y la conclusión la tesis sostenida por el operador jurídico o la decisión del juez, solo se aplica a lo que se han denominado casos fáciles, en los que es fácil reconocer el enunciado normativo, subsumir en este enunciado los hechos relevantes y deducir de los dos una conclusión o consecuencia que no es otra cosa que la regla o solución aplicable al caso. También es sabido que en los llamados casos fáciles cuando existen



contradicciones entre reglas se aplican los tradicionales principios de solución de antinomias provenientes del derecho civil, esto es el principio de competencia, el principio de jerarquía, el principio de especialidad y el de temporalidad, en su orden.

Pero el problema es que en materia constitucional, debido a la estructura de la Constitución que está compuesta solo minoritariamente de reglas, no es factible aplicar siempre la subsunción. En los llamados casos difíciles, aquellos en los que se producen contradicciones entre principios o entre estos y los valores constitucionales, las reglas de la subsunción y sus métodos de interpretación no resuelven el conflicto. En estos casos la teoría jurídica ha desarrollado algunos principios especiales entre los que sobresalen el test de proporcionalidad, la técnica de ponderación, la teoría del núcleo esencial y, si ninguno de estos funciona, la llamada lectura o interpretación dinámica de la Constitución.

De todos ellos, los más importantes son la teoría del núcleo esencial que se aplica al control abstracto de constitucionalidad de la ley y el test de proporcionalidad que sirve para resolver adecuadamente casos en los que intervengan derechos constitucionales.

El *test de proporcionalidad* parte de la premisa de que la constitucionalidad de una norma o medida depende de su racionalidad y esta cualidad racional se establece a partir de la aplicación del test de proporcionalidad. Según este cuestionario la proporcionalidad de una norma o medida depende de varios pasos: el primero consiste en establecer su idoneidad que no es otra cosa que saber con certeza si esta medida protege o no un fin constitucionalmente válido, es decir, aquel que no está prohibido por la Constitución; el segundo radica en saber si la norma o medida valorada es necesaria para conseguir el fin perseguido; y finalmente la norma o medida

debe ser proporcional lo cual significa saber si existe el debido equilibrio entre la protección de un derecho buscado por la medida y la restricción de otro derecho.

En el caso concreto de la Resolución 1491-06-RA la división en problemas jurídicos corresponde también a una ordenación argumental. Los miembros del Tribunal Constitucional desagregaron la resolución en tres capítulos claramente diferenciados: en el primero, aquel que certificó la existencia del conflicto constitucional fundamental, los jueces consideraron que el caso era fácil, y en tal virtud *utilizaron el método de la subsunción*. Sin que ello sea explícito en la sentencia, la razón de esta decisión es obvia: existían en la Constitución entonces vigente suficientes reglas explícitas para resolverlo y, por tanto, no era necesario acudir a métodos más complejos. Según la sentencia las reglas establecidas en los artículos 84, numeral 2, y 95 de la Constitución de 1998 resolvían adecuadamente el conflicto constitucional planteado por el defensor del pueblo.

En el segundo capítulo, relacionado con la naturaleza jurídica de las decisiones de las autoridades indígenas y de su responsabilidad por su participación en la celebración del contrato de usufructo, la resolución del conflicto constitucional no era tan sencilla, pues en el ordenamiento constitucional vigente no existía regla específica alguna para aplicar en el caso. La Constitución de 1998 tan solo establecía una enumeración general de los derechos colectivos, unido al reconocimiento de la jurisdicción indígena como competencia constitucional atribuida a las autoridades indígenas, pero se carecía de una regla clara que estableciera las consecuencias jurídicas del ejercicio del resto de los derechos colectivos determinados en el artículo 84. Tampoco establecía con claridad la procedencia de la acción de amparo contra particulares cuando la supuesta violación del derecho se refiriera a un derecho colectivo.





El problema, como se dijo en su momento, aparece porque de acuerdo con el artículo 95, inciso 3 de la Constitución entonces vigente, la acción de amparo solo puede ser ejercida contra particulares en casos excepcionales, *cuando la conducta de estos afecte gravemente un interés comunitario, colectivo o difuso*, en la medida en que las autoridades indígenas son particulares cuando no ejercen la jurisdicción, la procedencia de la acción de amparo era imposible si se hacía una lectura literal de la norma, pues en el caso no estaba en discusión un interés difuso sino un derecho colectivo de un pueblo indígena. Los miembros del extribunal, haciendo activismo judicial decidieron hacer una interpretación intercultural y sistemática de la Constitución, que no se ajustó a ninguno de los métodos clásicos de interpretación.

El resultado de ese ejercicio fue la creación de una subregla de aplicación, en virtud de la cual, cuando el artículo 95 de la Constitución habla de la procedencia de la acción de amparo para proteger intereses difusos y colectivos, no solo se refiere a lo que en la teoría general de los derechos fundamentales se denominan derechos difusos que, en legislaciones como la colombiana, son protegidos judicialmente por medio de las acciones especiales llamadas acciones populares, sino que cobijan también a los llamados derechos colectivos de los pueblos indígenas y de las comunidades afroecuatorianas.

En el último capítulo, relacionado con la responsabilidad de los funcionarios públicos que intervinieron en el caso por la violación al principio de juridicidad, argumentalmente los jueces constitucionales *retoman la subsunción* como instrumento de análisis. Para ello definen como premisa mayor el enunciado normativo establecido en el artículo 273 de la Constitución de 1998, según el cual “las Cortes, tribunales, Jueces y autoridades

administrativas tendrán la obligación de aplicar las normas de la Constitución que sean pertinentes...” En este caso, a juicio de los miembros del Tribunal Constitucional, las autoridades judiciales y los servidores públicos que intervinieron en el caso deberían conocer el numeral 2 del artículo 84 que establece el carácter intangible e inalienable de las tierras comunitarias de los pueblos indígenas. La premisa menor es la constatación de los comportamientos del notario y del juez de instancia y contrarias a esta disposición constitucional por cuanto no se negaron, como deberían, a legitimar con su actuación negligente el contrato inconstitucional. La conclusión es obvia: la actuación negligente de estos funcionarios vulneró la Constitución lo cual a su vez generó responsabilidad en sus partícipes.

El resultado de toda esta argumentación es conocido: el ejercicio adecuado de la argumentación constitucional por parte de los miembros del ex Tribunal Constitucional permitió en este caso garantizar el carácter normativo y la supremacía de la Constitución y recuperar la propiedad colectiva de cerca de 700 mil hectáreas que habían sido enajenadas por las autoridades indígenas mediante engaños, demostrándose de paso el potencial emancipatorio y la utilidad práctica de la justicia constitucional cuando se utilizan adecuadamente sus herramientas.

**5. A manera de conclusión: algunas consideraciones sobre el avance dogmático en la consideración del derecho al territorio de los pueblos indígenas**

Aparte de lo establecido en el epígrafe anterior, la incidencia de esta resolución va más allá de su impacto en el caso concreto. Así, por ejemplo, en el plano estrictamente teórico,

a pesar de que la resolución 1491-06-RA es una sentencia de transición, tiene algunos méritos que la singularizan y que la hacen merecedora de atención especial:

1. En primer lugar, define por primera vez en Ecuador el alcance, el contenido y límites del derecho colectivo a las tierras comunitarias, reconociendo el carácter autónomo de dicho derecho y su vinculación con la eficacia práctica de la garantía a la diversidad étnica y cultural existente en el territorio ecuatoriano.
2. En segundo lugar, la resolución no se quedó en la respuesta genérica al conflicto jurídico planteado sino que además estableció una serie de reglas y principios que si bien no tienen fuerza vinculante directa, por no tener estos efectos la antigua jurisprudencia del Tribunal Constitucional, refleja el avance que ha tenido el derecho internacional de los derechos humanos en cuanto al reconocimiento derecho de los pueblos indígenas al territorio. Entre las reglas expresamente desarrolladas por el Tribunal Constitucional en esta resolución encontramos las siguientes:
  - a. Aquella que determina que el derecho colectivo al territorio al igual que los demás derechos de los pueblos indígenas es autónomo e independiente y, por tanto, está desvinculado del derecho fundamental a la igualdad.
  - b. El segundo principio es el reconocimiento de que la protección del territorio indígena como un derecho de titularidad colectiva en cabeza de las nacionalidades, pueblos y comunidades indígenas.
  - c. La tercera regla relativa al reconocimiento de la importancia esencial de

este para las culturas y valores espirituales de los pueblos aborígenes puesto que constituyen un elemento integrante de su identidad cultural a tal punto que su reconocimiento es condición previa y sine qua non de los demás derechos constitucionales cuyos titulares son los pueblos indígenas.

- d. El cuarto principio se refiere a la clara distinción que existe en la Constitución entre tierras comunitarias y territorio indígena, en virtud de la cual no existe sinonimia entre los dos conceptos, pues, mientras el primero es una forma de propiedad privada colectiva de la tierra, el segundo es una entidad territorial que aunque en algunos casos puede coincidir con los linderos de las tierras indígenas, casi nunca ocurre toda vez que abarca además los lugares donde los pueblos indígenas tienen su ámbito tradicional de actividades económicas y culturales.
- e. La siguiente regla se refiere a los límites del derecho al territorio de los pueblos indígenas. Según esta regla el reconocimiento de autonomía que el Convenio 169 de la OIT y la Constitución da a los pueblos indígenas respecto de sus territorios abarca la facultad de ordenar internamente todos sus asuntos, incluido el derecho de circulación, y en tal virtud, ninguna persona puede asentarse o circular por los territorios indígenas sin el consentimiento de la comunidad indígena en pleno representada por sus autoridades.
- f. El sexto principio establece que la garantía del derecho al territorio no es absoluta, pues, este como todos



los derechos constitucionales tiene límites: la garantía del territorio indígena no puede interferir con la obligación estatal de conservar la paz en todo el territorio nacional, ni puede interferir o impedir que el Estado cumpla con sus funciones especialmente con aquellas relativas a los pueblos indígenas.

124



3. En tercer lugar, las reglas desarrolladas tampoco son manifestaciones retóricas vacías de contenido. Como tales comparten la naturaleza jurídica que tienen, por ejemplo, las opiniones consultivas en los distintos sistemas de protección de los derechos humanos y particularmente del sistema interamericano<sup>8</sup> y como tales deben ser consideradas tanto por la nueva Corte Constitucional como por los servidores públicos que se ocupan de garantizar la eficacia de los derechos colectivos de los pueblos indígenas.
4. Finalmente, tanto la Corte Constitucional para la transición como la primera Corte cuando sean designados sus miembros, cuando resuelvan casos análogos deben mantener coherencia con los principios y reglas desarrollados en la resolución objeto de comentario, siempre que sus disposiciones no sean más amplias y garantistas. Esto en aplicación del principio progresividad de los derechos establecido en la actual Constitución y en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

---

8 Son consideradas *soft law*.

# El control de constitucionalidad de los tratados internacionales

Sebastián González Andrade\*

## Resumen

El presente artículo estudia un dictamen de constitucionalidad expedido por la Corte Constitucional para el Período de Transición, dentro del caso n.º 0005-09-TI que trata acerca del *Estatuto Migratorio Permanente Ecuatoriano Peruano*. Dentro del análisis, se establece la importancia del control de constitucionalidad de los tratados internacionales que suscribe el Ecuador, sus características fundamentales y su configuración constitucional y legal. Así también, se comenta la reflexión que hizo la Corte Constitucional respecto al derecho a la libre circulación de los seres humanos, el concepto de ciudadanía universal y la situación de los trabajadores migratorios de Ecuador y Perú, todo esto a propósito de la exigencia de presentar certificados de antecedentes penales, lo cual, viola derechos constitucionales.

Finalmente, se exponen algunos elementos que la Corte obvió analizar, como es el principio constitucional de proporcionalidad.

— umbral —

## 1. Breve reseña del caso

El 20 de mayo de 2009, la Corte Constitucional para el Período de Transición (en adelante “la Corte”) avoca conocimiento del texto del tratado internacional denominado “Estatuto Migratorio Permanente Ecuatoriano Peruano” (en adelante “el Estatuto”) para el respectivo dictamen de constitucionalidad, de conformidad con el artículo 438 de la Constitución.

El Estatuto fue remitido a la Corte por parte del señor presidente de la República del Ecuador, economista Rafael Correa Delgado, quien a su vez, recibió de la Cancillería ecuatoriana el texto del mismo, por tratarse de un tratado internacional sujeto a ratificación.

*Tratados internacionales, aprobación, ratificación, constitucionalidad, dictamen, control formal, material, cosa juzgada, obiter dicta, derecho de libre circulación, ciudadanía universal, antecedentes penales, condición migratoria, regularización, proporcionalidad, idoneidad, necesidad, seguridad nacional, inconstitucionalidad parcial, presunción de inocencia, derechos fundamentales.*

\* Abogado, Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Especialista en derecho constitucional y parlamentario, Universidad Externado de Colombia y Autónoma de Madrid. Profesor universitario. Asesor institucional de la Corte Constitucional del Ecuador para el Período de Transición.



Dicho Estatuto consta de 21 artículos y una disposición final, cuyos enunciados tratan sobre mecanismos de regularización migratoria-laboral para los nacionales de Ecuador y Perú. En lo principal, el Estatuto regula el ingreso al territorio de uno u otro Estado, para la realización de actividades laborales y de otra índole que no implican relación de dependencia, como por ejemplo, educación, cultura y deporte. Asimismo, se establecen requisitos para la expedición de visas de trabajo, beneficios de seguridad social, protección y asistencia. Así también, forma parte del control de constitucionalidad el texto del Adenda de Enmiendas del Estatuto (en adelante “el Adenda”), remitido a la Corte con posterioridad y que modifica varios artículos del texto original que serán comentados en este ensayo.

Algunas precisiones adicionales que resultan ineludibles. Primero, el comentario que se hace respecto al dictamen emitido por la Corte dentro de este caso, se lo hace a título personal y por tal razón algunas de las opiniones que versan en el presente artículo no son necesariamente concordantes con los argumentos expuestos por la Corte en su parte motiva de la sentencia; parte que refleja el criterio jurídico-constitucional adoptado por el Pleno de la Corte en el presente caso. Segundo, no reflexionaré exclusivamente sobre las opiniones vertidas en el dictamen (objeto de estudio), sino que me permitiré hacer unos comentarios adicionales respecto al texto del Estatuto y su Adenda en función de la naturaleza del control de constitucionalidad de tratados internacionales, que a mi juicio considero relevantes por su carácter tutelar en la protección de los derechos humanos. Finalmente reitero que en este

punto no amerita resumir los fundamentos del dictamen a los cuales, ustedes, amables lectores, pueden acceder directamente.<sup>1</sup>

## 2. El control de constitucionalidad de tratados internacionales en el marco de la Constitución 2008

Nuestra Constitución en el artículo 438, numeral 1, dispone que la Corte

emitirá dictamen previo y vinculante de constitucionalidad en los siguientes casos, además de los que determine la ley: 1. Tratados internacionales, previamente a su ratificación por parte de la Asamblea Nacional.

Este mandato constitucional, aparentemente sencillo, trae incorporados interesantes elementos que deben ser analizados. Por un lado está la naturaleza del control, que es de constitucionalidad, por otro, que lo efectúa la Corte de forma automática como paso previo a la *ratificación* de la Asamblea Nacional, y finalmente, que la decisión se lo hace mediante un dictamen previo y vinculante. Sobre el último aspecto, entonces, surge una duda evidente: ¿cuáles son las consecuencias —de existir— que la decisión se adopte vía dictamen y no vía sentencia?

Empezaré por lo primero. Tanto la Constitución como la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC)<sup>2</sup> otorgan el carácter de control constitucional al mecanismo, mediante el cual, la Corte verifica que el Tratado Internacional guarde conformidad formal y material con la Carta Magna.<sup>3</sup> En este punto, es oportuno advertir que el presente ensayo centra su análisis únicamente

1 El texto íntegro del dictamen se encuentra publicado en la página web de la Corte Constitucional: <http://www.corte-constitucional.gob.ec/>.

2 Dentro de las competencias de la Corte respecto al control de constitucionalidad, el artículo 75 dispone: “[...] 3. Ejercer el control de constitucionalidad en los siguientes casos: [...] d). Tratados Internacionales”.

3 Véase el artículo 108 de la LOGJCC.



respecto al tipo de tratados internacionales que requieren aprobación legislativa como paso previo a la ratificación del Presidente de la República.<sup>4</sup> Así, abandonando la clásica concepción kelseniana de que el control de constitucionalidad es ante todo de la ley, el Constituyente de Montecristi incorporó esta figura de control automático de constitucionalidad de tratados internacionales —ya no solo y exclusivamente de las leyes— partiendo de la premisa que “el propósito último [del control de constitucionalidad] es preservar el sistema de valores consagrado en la Constitución, es decir, asegurar su eficacia normativa”,<sup>5</sup> en ese contexto, los tratados internacionales necesariamente deben guardar conformidad con el catálogo de principios constitucionales, por dos razones fundamentales: porque los tratados entran a formar parte del sistema jurídico ecuatoriano y porque forman parte del bloque de constitucionalidad. Esta figura no es de última generación, pues algunas constituciones como la colombiana ya incorporaron el control de constitucionalidad de tratados internacionales.<sup>6</sup>

Este control tiene particularidades intrínsecas que lo hacen de naturaleza especial y que han sido puestas en evidencia por el legislador en la LOGJCC. El artículo 110, numeral 1, de la LOGJCC dice:

La Corte Constitucional realizará el control constitucional de los tratados internacionales, de la siguiente manera: 1. Los tratados internacionales que requieran aprobación legislativa, tendrán un control automático de constitucionalidad antes de su ratificación, previo a iniciarse el respectivo proceso de aprobación legislativa... (Énfasis añadido.)

Partiendo de esta disposición legal, encuentro que este es un control automático; es decir, no es un control rogado que está supeeditado a la presentación de una acción ciudadana sino que debe ser enviado por la Presidenta o Presidente de la República en un plazo razonable, y en caso de no hacerlo, la Corte lo conocerá de oficio.<sup>7</sup> Por otro lado, es un control previo y preventivo<sup>8</sup> porque se da con anterioridad al perfeccionamiento del tratado, y porque su finalidad es salvaguardar el principio de supremacía constitucional como el cumplimiento de los acuerdos internacionales del Estado ecuatoriano. Así también, puedo mencionar que se trata de un control integral puesto que se debe examinar formal y materialmente el texto del tratado y la Constitución. El examen de compatibilidad formal del tratado y la Constitución, se reduce a verificar el cumplimiento de ciertos pasos procedimentales: negociación, suscripción y aprobación, y el cumplimiento del trámite legislativo respectivo, de conformidad con lo previsto en el artículo 108 de la LOGJCC. En ese orden de ideas, entonces, el examen versa sobre la verificación del trámite seguido durante la negociación y firma del tratado; es decir, se analiza la validez de la representación del Estado ecuatoriano en los procesos de negociación y celebración del instrumento y la competencia de los funcionarios que intervinieron en dicho proceso. Más adelante se expondrá el criterio de la Corte respecto a este tema en la sentencia objeto de estudio.

Por otro lado, respecto al control material se ha dicho que:

4 Véase el artículo 419 de la Constitución y artículos 109 y 110, numeral 1 de la LOGJCC.

5 Estrada, Alexei Julio. *Las ramas ejecutiva y judicial del poder público en la Constitución colombiana de 1991*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 271.

6 Véase el artículo 241 numeral 10 de la Constitución de Colombia.

7 Véase el artículo 111, numeral 1, literal a, de la LOGJCC.

8 Véase Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia n.º C-578-02*, magistrado ponente: Manuel José Cepeda Espinosa.



consiste en juzgar las disposiciones del texto del tratado internacional que se revisa y el de su ley aprobatoria, respecto de la totalidad de las disposiciones del Ordenamiento Superior, para determinar si las primeras se ajustan o no a la Constitución Política, independientemente de consideraciones de conveniencia y oportunidad, las cuales son extrañas al examen que le compete efectuar a la Corte Constitucional.<sup>9</sup>

El criterio de la Corte Constitucional de Colombia es muy claro en este sentido, pues, establece en qué consiste el control material del tratado y hace hincapié en que no le compete a la Corte efectuar un examen de conveniencia y oportunidad en la suscripción del mismo; cosa que sí lo hizo la Corte Constitucional del Ecuador. Explicaré más adelante las razones.

Líneas atrás mencioné que la decisión que adopta la Corte en el control de constitucionalidad de tratados internacionales, es a través de dictamen previo y vinculante de conformidad con el artículo 438 constitucional. Surgía la interrogante respecto a si el constituyente quiso dar similar tratamiento al “dictamen” como si se tratase de “sentencia constitucional”. Para cualquier jurista podría sonar extraño ambas denominaciones, pues lleva a reflexionar acerca de los efectos que generaría en la práctica la aplicación de dichos términos. Ciertamente, en la Constitución se da un tratamiento y en la LOGJCC otro diametralmente opuesto al primero. Cuando la Constitución determina que la Corte emitirá dictamen previo y vinculante

de constitucionalidad, la interpretación que se podría hacer de aquello, es que dicho dictamen no reviste las características de sentencia constitucional y los consecuentes efectos de cosa juzgada material.<sup>10</sup> Una cuestión preliminar: se ha sostenido que en materia de control de constitucionalidad, se confunde la *fuerza vinculante de las decisiones de las cortes constitucionales* con el *efecto de cosa juzgada*,<sup>11</sup> y esto es lo que al parecer sucede en el Ecuador. Por un lado, según la Constitución, la Corte emite dictamen previo y vinculante; es decir, se refiere a la obligatoriedad y eficacia vinculante de dichos dictámenes hacia el legislador (no tiene efectos *erga omnes*) como paso previo a la aprobación del tratado internacional (fuerza vinculante de las decisiones de la Corte Constitucional), y por otro lado, la LOGJCC en el artículo 112 que trata sobre los efectos de las sentencias y dictámenes,<sup>12</sup> cataloga a ambos términos como sinónimos, cosa extremadamente grave, por cuanto, el dictamen no tiene efectos de cosa juzgada y la sentencia sí. En ese orden de ideas, se ve como se confunde la fuerza vinculante con los efectos de cosa juzgada. Así las cosas, cabe preguntarse entonces: ¿por qué razón el dictamen de constitucionalidad no tiene efectos de cosa juzgada? La respuesta la podemos fácilmente extraer de la propia LOGJCC que en el artículo 75 establece la posibilidad de ejercer control abstracto de constitucionalidad respecto a las resoluciones legislativas aprobatorias de tratados

9 *Ibid.*, p. 46.

10 La doctrina sostiene que “la cosa juzgada material supone una sentencia judicial definitiva, que deberá ser observada por todas las autoridades, cuando existan disposiciones con idéntico contenido y donde, respecto de una de ellas, ya fue resuelto el fondo del asunto...” Véase Alexei Julio Estrada, *op. cit.*, p. 288.

11 *Ibid.*, p. 254.

12 Artículo 112 de la LOGJCC dispone: “Las sentencias y dictámenes correspondientes tendrán los mismos efectos de las de constitucionalidad abstracta en general, y en particular, los siguientes: 1. Cuando el tratado requiera la aprobación legislativa y la sentencia declare la conformidad del tratado internacional con las normas constitucionales, se enviará a la Asamblea Nacional para la aprobación respectiva”. (Énfasis añadido.)

internacionales. Esto quiere decir, sin más, que el dictamen emitido por la Corte como paso previo a la resolución legislativa aprobatoria del tratado internacional, no hizo tránsito a cosa juzgada material, por cuanto, la ley confiere a la ciudadanía la posibilidad de demandar el tratado que ya fue objeto de control de constitucionalidad por la Corte, vía control abstracto, es decir, se puede entrar a analizar nuevamente el tratado tanto en lo formal como en lo material.

Lastimosamente se ve como el legislador incurre en una confusión de términos, como si dictamen sería lo mismo que sentencia, cuando lo correcto hubiera sido que el artículo 112, numeral 1, de la LOGJCC se leyera de la siguiente manera: Cuando el tratado requiera la aprobación legislativa y el dictamen de constitucionalidad declare la conformidad del tratado internacional con las normas constitucionales, se enviará a la Asamblea Nacional para la aprobación respectiva. Esto sería mucho más coherente y armónico con lo que establece la Constitución.

Por ejemplo, en España se ve que la Constitución establece que el control de constitucionalidad de tratados lo hace el Tribunal Constitucional mediante una declaración que tendrá carácter de vinculante,<sup>13</sup> cosa similar a lo que ocurre en nuestro país. Colombia, por el contrario, imposibilita que la Corte Constitucional se pronuncie con posterioridad respecto a la constitucionalidad del tratado<sup>14</sup> porque la decisión que adopta la Corte Constitucional hizo tránsito a cosa juzgada absoluta;<sup>15</sup> es decir, se lo hace mediante sentencia de constitucionalidad.<sup>16</sup>

### 3. El rol que jugó la Corte Constitucional en el control de constitucionalidad del Estatuto Migratorio Permanente Ecuatoriano Peruano

La idea en este apartado es reflexionar acerca de lo dicho por la Corte en el dictamen n.º 0011-09-DTI-CC. La Corte centraliza su atención en el estudio de dos problemas jurídicos a los que denomina “a). De la pertinencia en la suscripción del Estatuto Migratorio Permanente Ecuatoriano Peruano; y b). De la compatibilidad constitucional del Estatuto Migratorio Permanente Ecuatoriano Peruano”. Con respecto al primer punto, se ve que el máximo órgano de administración de justicia constitucional en el Ecuador, expone las razones por las cuales considera que la suscripción del Estatuto es pertinente para los intereses de ambas naciones (Ecuador-Perú). A diferencia de lo que sostiene la Corte Constitucional de Colombia<sup>17</sup> en nuestro país la Corte si efectuó un análisis de conveniencia y oportunidad en la suscripción del Estatuto, pero dicho análisis no forma parte del control material, situación que a todas luces podemos entrever de la estructura misma del dictamen. Esta situación, abordada como problema jurídico por la Corte, constituye únicamente un criterio al paso o comúnmente denominado por la doctrina y la jurisprudencia como *obiter dicta*. Puntos destacables de esta parte del dictamen: a) Derecho a la libre circulación de los seres humanos vinculado a la noción de ciudadanía universal; y b) Recopilación de datos estadísticos respecto a la situación de los trabajadores migratorios ecuatoriano-peruanos.

129

13 Véase artículo 95 de la Constitución española y artículo 78 de la Ley Orgánica n.º 2/19179.

14 Véase artículo 241, numeral 10, de la Constitución colombiana.

15 Son aquellos fallos que emite la Corte en materia de constitucionalidad y que al ser absolutos son incontrovertibles.

16 Véase Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia n.º C-578-02*, magistrado ponente: Manuel José Cepeda Espinosa, p. 46.

17 Véase, *supra* nota 9.

En relación al derecho a la libre circulación de los seres humanos, la Corte sostiene que “con la entrada en vigencia de la Constitución [se] propugna por la libre circulación de todos los seres humanos, sin importar nacionalidad, origen étnico, cultura, costumbres...” y que “esta apertura o liberalización de las fronteras responde a una realidad de suma importancia: los seres humanos no pueden ser criminalizados por su condición migratoria...” Estas pinceladas dadas por la Corte en el caso, son muy importantes porque nos permite vislumbrar algunas cuestiones que no pueden escapar a nuestra reflexión. Se infiere entonces, que la migración forma parte de aquel derecho denominado de libre circulación o de tránsito,<sup>18</sup> derecho fundamental reconocido por la Constitución en los artículos 40 y 66, numeral 14. Así, cuando se reconoce el derecho a migrar de los seres humanos, se está haciendo efectivo “[e]l derecho a transitar libremente por el territorio nacional y a escoger su residencia, así como a entrar y salir libremente del país...”<sup>19</sup> En tal virtud, este derecho tiene dos implicaciones de orden jurídico: el derecho a salir del país propio y retornar a él como el derecho a entrar en otro distinto al de la nacionalidad de uno; es decir, está por un lado el derecho a emigrar y, por otro, el derecho a la inmigración. Lastimosamente, el tratamiento de uno y otro derecho ha sido objeto de constante restricciones. Como lo señala el autor con suma claridad “la emi-

gración se considera un derecho humano; la inmigración no”.<sup>20</sup> Particularmente, la inmigración juega en sentido contrario al reconocimiento del derecho a la emigración como condición inherente al principio de libertad de circulación porque “la internación de nacionales de otros países se enfrenta a la prevalencia del derecho del estado receptor por encima del derecho individual”.<sup>21</sup> En este orden de ideas, vemos de qué forma el Estatuto procura eliminar esa barrera cada vez más preocupante, de impedir el ingreso de trabajadores migratorios a territorio de otro Estado. En gran parte, como bien lo señala la Corte, dicho Estatuto “permitirá materializar los derechos reconocidos en la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familias...” Asimismo, me permito añadir que Estatutos de tal naturaleza permiten no solo materializar derechos reconocidos en instrumentos internacionales, sino, reconocer la importancia que representa en la actualidad los trabajadores migratorios para el desarrollo económico y social de los países de origen y de destino, y además, porque los flujos migratorios conducen a una transnacionalización de la cultura de nuestros pueblos. Por otro lado, está la reafirmación de que no puede existir en ninguna parte del mundo, seres catalogados como “ilegales” por su condición migratoria, y esto es a lo que apunta la Corte cuando habla sobre la idea de *ciudadano universal*.<sup>22</sup>

18 Al respecto se ha dicho que: “Históricamente, la Migración ha sido vista como el uso de una facultad de las personas, de las familias y eventualmente de grupos más amplios, reconocida en la mayoría de los marcos jurídicos, como el principio de la libertad de tránsito. En muchos sentidos, se reafirma no sólo como parte del ejercicio de un derecho, sino también como una acción las más de las veces voluntaria, y cuya decisión remite a la búsqueda de mejores oportunidades y condiciones de vida”. Véase Castillo, Manuel Ángel. “Migración y derechos humanos”. Internet. <http://www.conapo.gob.mx/publicaciones/migra3/10.pdf>. Acceso: 2 noviembre 2009.

19 Constitución del Ecuador, artículo 66, numeral 14.

20 Alba, Francisco. *Dilemas globales de la migración internacional*. México, Centro Tepoztlán, Mimeo, 1992, p. 9.

21 Manuel Ángel Castillo, *op. cit.*, p. 4.

22 La Corte en el dictamen n.º 0011-09-DTI-CC sostiene que la noción de ciudadano universal va de la mano con el reconocimiento de la igualdad de derechos entre nacionales y extranjeros; noción que implica además el reconocimiento de que todos somos parte de una gran comunidad mundial.

En cuanto al otro punto destacable, vemos que la Corte recurre a fuentes de información para recabar algunos datos estadísticos respecto a la situación laboral de cientos de peruanos y ecuatorianos en zona de frontera. Por ejemplo, se establece que “unos tres mil peruanos [se] podrían [acoger] al beneficio de regularización migratoria en la zona de integración fronteriza ampliada...”, situación que llama la atención porque vemos que la Corte prioriza sobre la situación de los trabajadores migratorios peruanos y no solo ni exclusivamente de los ecuatorianos. Este tipo de reflexiones dejan un sabor dulce, porque vemos que la tarea del juez constitucional se encuentra comprometida tanto con nacionales como extranjeros, y esto de cierta forma, es saber mirar más allá de las cosas.

Respecto al segundo problema jurídico planteado por la Corte, esto es, el análisis de compatibilidad del texto del Estatuto y de su Adenda con la Constitución, encuentro algunas cosas interesantes. Esta parte del análisis efectuado por la Corte, constituye la piedra angular de su reflexión, por cuanto, aquí entra a efectuar el control formal y material al que hacía alusión en líneas anteriores.

En primer término, la Corte puntualiza el error en que habría incurrido el constituyente al tratar como sinónimos la aprobación y la ratificación de un tratado.<sup>23</sup> Esta diferenciación es clave porque el control de constitucionalidad es previo a la aprobación legislativa y no a la ratificación legislativa como lo establece el artículo 438, numeral 1 de la Constitución. Esta equivocación conceptual fue ciertamente corregida por el legislador en la LOGJCC, en los artículos 109 y 110, numeral 1, pues ya se habla de ratificación presidencial y de aprobación legislativa.

En otro orden, el control de constitucionalidad de tratados internacionales en Ecuador, se verifica cuando dichos tratados requieren aprobación legislativa; es decir, por excepción la Corte efectúa tal control. Una lectura integral de la Constitución nos muestra que los artículos 438, numeral 1, y el 419 son concordantes puesto que únicamente se someten a control de constitucionalidad aquellos tratados internacionales que requieren aprobación previa de la Asamblea Nacional.<sup>24</sup> Así, la Corte en el caso que está siendo comentado en este ensayo, llegó a la conclusión de que era competente “por tratarse de

23 La Corte en el dictamen n.º 0011-09-DTI-CC sostuvo:

“El dictamen que emita esta Corte Constitucional, constituye un paso previo a la aprobación o no por parte de la Asamblea Nacional del texto del Tratado en cuestión. Aquí cabe puntualizar que el término ratificación no es sinónimo de aprobación. Esta diferencia claramente es recogida por la doctrina constitucional, misma que establece cuál es el itinerario normal de un Tratado. Así, de acuerdo a la Constitución, le corresponde a la Presidenta o Presidente de la República la ratificación de los Tratados y otros instrumentos internacionales (artículo 418) de modo directo, o, en su defecto, mediante referéndum solicitado por iniciativa ciudadana o por la Presidenta o Presidente de la República (artículo 420) de modo indirecto. La Asamblea Nacional aprueba el texto del Tratado —no lo ratifica— siempre y cuando se cumplan los presupuestos normativos consagrados en el artículo 419 numerales 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7 y 8”.

24 Estos tratados son aquellos que:

1. Se refieran a materia territorial o de límites.
2. Establezcan alianzas políticas o militares.
3. Contengan el compromiso de expedir, modificar o derogar una ley.
4. Se refieran a los derechos y garantías establecidas en la Constitución.
5. Comprometan la política económica del Estado establecida en su Plan Nacional de Desarrollo a condiciones de instituciones internacionales o empresas transnacionales.
6. Comprometan al país en acuerdos de integración y de comercio.
7. Atribuyan competencias propias del orden jurídico interno a un organismo internacional o supranacional.
8. Comprometan el patrimonio natural y en especial el agua, la biodiversidad y su patrimonio genético.



un Tratado que contiene el compromiso de expedir, modificar o derogar una ley...” Sin embargo, considero que la Corte hubiera podido fijar su competencia con relación a que el Estatuto compromete al país en acuerdos de integración migratoria, así también, con relación a que dicho Estatuto se refiere a derechos constitucionales como el de libertad de circulación y derecho a migrar. Resulta poco claro, entonces, el criterio de la Corte acerca de que el Estatuto contiene la obligación de expedir, modificar o derogar una ley, ¿cuál ley?

El examen formal efectuado por la Corte se circunscribió a analizar si la ministra de Relaciones Exteriores, Comercio e Integración, de aquel entonces, pudo suscribir o no el Estatuto y su Adenda. Frente a ello, la Corte concluyó que los ministros de Relaciones Exteriores actúan con *plenos poderes*;<sup>25</sup> es decir, actúan a nombre y en representación del Estado ecuatoriano. En tal virtud, el Estatuto superó el análisis de validez en el proceso de negociación y firma del mismo.

En el examen de validez material del tratado, la Corte se limitó a efectuar una lectura integral del Estatuto y su Adenda. De lo que se puede apreciar en el dictamen, la Corte no entró a particularizar sobre el texto de cada artículo, por el contrario, se dijo que

en líneas generales, los artículos del Tratado, como su Adenda de Enmiendas, son compatibles con las siguientes disposiciones constitucionales que, a juicio de la Corte, representan la esencia fundamental de la suscripción de dicho Tratado internacional...

Sobre esto, habremos de preguntarnos qué quiso decir la Corte con efectuar un control

material en “líneas generales”, qué implicaciones trae consigo aquello, y a fin de cuentas, cuestionarnos si dicho control fue o no completo. Un criterio muy personal, sería que dicho control no puede ni debe estar supeditado a un examen superficial, sino a un estudio riguroso y pormenorizado acerca del contenido de cada artículo que integra el tratado, en este caso, del articulado que conforma el Estatuto y su Adenda.

Sin embargo, aquella lectura integral efectuada por la Corte con el estatuto y su adenda, no reviste de mayores inconvenientes en el presente caso, habida cuenta de la armonía que gozan todos los artículos que lo conforman, tendientes a un claro objetivo, que fue dicho por la Corte —como parte del control material— en los siguientes términos:

Una lectura integral del texto del Tratado deja ver a la Corte Constitucional un claro objetivo: por un lado, garantizar el derecho al trabajo y reducir cargas burocráticas para la obtención de visados de trabajo [...] para ecuatorianos y peruanos que desean trabajar en uno u otro Estado...

¿Existió entonces un verdadero control material? La respuesta es que sí por las razones que a continuación me permito detallar. La Corte dictamina la incompatibilidad material del artículo 5 del Estatuto en la parte que dispone “presentar certificados en los que se establezcan que el peticionario no registra antecedentes penales, expedidos por las autoridades competentes del país receptor y de origen”; y artículos 9, inciso final, y 11 del Adenda en la parte que reza:

25 Véase artículo 7, numeral 2, literal a, de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

Presentar una declaración jurada o juramentada en la que se establezca que el peticionante no registra antecedentes penales, lo que será regulado por la Cartilla Binacional, establecida en el artículo 20 de este instrumento, de conformidad con la normativa vigente de cada país [y] [l]os beneficiarios del presente Estatuto que transgredan el tiempo de permanencia legal autorizada en este Estatuto, tendrán 30 días para solucionar su situación migratoria, caso contrario pierden la protección establecida en el presente instrumento y se acogen a las normas generales de migración y extranjería del país de acogida.

Comparto plenamente el criterio de la Corte en el sentido de entrar a revisar a fondo dichos artículos pues se evidencia claramente la inconstitucionalidad de los mismos.

El artículo 5 del Estatuto fue sustituido por el artículo 9, inciso último del adenda; sin embargo, como podremos apreciar, el remedio fue peor que la enfermedad. Ambos artículos restringen y limitan de muy mala manera el derecho a la libre circulación y tránsito, imponiendo requisitos absurdos que ni facilitan ni garantizan una migración de “calidad”. Y llamo de calidad, porque exigir la presentación de certificados de antecedentes penales o personales, en teoría, buscan impedir o disuadir que personas “indeseables” ingresen a uno u otro territorio, como si eso se tratase de una situación que pueda ser demostrable con un escueto papel como aquel.

Estoy en total acuerdo con lo dicho por la Corte, pues la exigencia de este tipo de certificaciones o declaraciones juramentadas, no importa la denominación que se las quiera dar, son violatorias con la Constitución.<sup>26</sup> En este orden de ideas, la Corte se pregunta

“¿Qué pasaría entonces si una persona registra antecedentes penales? o ¿Qué pasaría si la persona no registrando antecedentes penales no presenta dicho documento por falta de recursos?”. Y lo mismo nos podríamos preguntar acerca de la presentación de declaraciones juramentadas de las que habla el adenda. La respuesta a la que llega la Corte es que a todas luces se estaría discriminando por el pasado judicial, se estaría criminalizando a la migración y se estaría fomentando la migración irregular; situaciones que están prohibidas por nuestra Constitución.

Por otro lado, la Corte precisa acerca de la idoneidad de las medidas adoptadas para precautelar la seguridad del Estado, a propósito de la exigencia del certificado de antecedentes penales o declaraciones juramentadas para acceder a una visa de trabajo, de acuerdo con lo proscrito en el Estatuto y el adenda. Este ejercicio, si bien incompleto de juicio de proporcionalidad, pudo haber sido fundamentado de mejor manera. Esto es materia de análisis en el apartado 4 de este ensayo.

El otro aspecto que la Corte declara incompatible con la Constitución, es el artículo 11 del Adenda. Interesante es el criterio de la Corte sobre este punto, pues deja claro que cualquier tipo de amnistía migratoria viene bien para la regularización de los seres humanos catalogados como “ilegales”; sin embargo, dicho artículo hace todo lo contrario y, por tal razón la Corte hace bien en declararlo contrario a la Constitución.

Finalmente, para terminar con el comentario acerca del rol de la Corte en el control de constitucionalidad del Estatuto y el Adenda, es importante revisar el punto reso-



26 El artículo 11, numeral 2, inciso primero establece que “nadie podrá ser discriminado por razones de [...] pasado judicial [...]” y el artículo 76, numeral 2 que “se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada”.

lutivo n.º 2 del dictamen.<sup>27</sup> Se puede apreciar entonces, que el juez constitucional en este caso modula los efectos del dictamen de constitucionalidad y opta por condicionar los efectos del mismo, en tanto en cuanto el Ejecutivo proceda a efectuar las enmiendas de rigor. Este tipo de dictámenes y sentencias forman parte de la denominada doctrina moderna, que consagra la figura de las denominadas *sentencias manipulativas* y más concretamente —para el caso— de las estimatorias parciales y condicionadas.<sup>28</sup>

134

#### 4. Cuestiones que escaparon a la reflexión realizada por la Corte

No pretendo en este punto formular una lista exhaustiva de las situaciones que no fueron estudiadas por la Corte en el caso. Tomaré dos que a mi juicio son relevantes: 1) *Idoneidad* de las medidas adoptadas por el estatuto y el adenda para precautelar la seguridad del Estado (exigencia de certificados penales o declaraciones juramentadas); y 2) *Disposición* de la Corte de que el Legislativo devuelva el texto del Estatuto y el Adenda al Ejecutivo para la formulación de reservas.

Respecto a lo primero. La Corte cuando aborda el tema de la exigencia de certificados penales o declaraciones juramentadas, como requisito previo a la obtención de la visa de trabajo<sup>29</sup> dice textualmente “cabe preguntarse *qué tan efectivas son las medidas adoptadas* para precautelar la seguridad del Estado...” e insiste “lo que se lograría con esta medida es que tanto ecuatorianos como peruanos declaren falsamente con miras a entrar en el otro país; es decir, *no existe proporcionalidad* entre las medidas adoptadas con los fines que se persiguen”. (Énfasis añadido.)

De la lectura de estos pasajes del dictamen de la Corte, uno puede percibir la intención del juez constitucional de aplicar el principio de proporcionalidad no en sentido estricto, sino a través de los subprincipios de idoneidad y necesidad.<sup>30</sup>

La doctrina sostiene que “[l]a utilización de este principio contribuye de manera determinante a dar fundamento a las sentencias de constitucionalidad relativas a los actos de los poderes públicos que afecten los derechos fundamentales”.<sup>31</sup> En tal virtud, un estudio acerca del principio de proporcionalidad en este caso hubiera sido determinante para dar mejor sustento a la decisión adoptada

27 Se dijo: “2. Declarar que el Tratado Internacional Bilateral denominado “Estatuto Migratorio Permanente Ecuatoriano Peruano” y su Adenda de Enmiendas, suscrito entre las Repúblicas del Ecuador y Perú es compatible *parcialmente* en sentido material con la Constitución. El artículo 5 del Estatuto en la parte que dispone “presentar certificados en los que se establezcan que el peticionario no registra antecedentes penales, expedidos por las autoridades competentes del país receptor y de origen” y artículo 9, inciso final, del Adenda de Enmiendas en la parte que dispone “Presentar una declaración jurada o juramentada en la que se establezca que el peticionario no registra antecedentes penales, lo que será regulado por la Cartilla Binacional, establecida en el artículo 20 de este instrumento, de conformidad con la normativa vigente de cada país” y artículo 11 en la parte que dispone “Los beneficiarios del presente Estatuto que transgredan el tiempo de permanencia legal autorizada en este Estatuto, tendrán 30 días para solucionar su situación migratoria, caso contrario pierden la protección establecida en el presente instrumento y se acogen a las normas generales de migración y extranjería del país de acogida” son incompatibles con los artículos 11, numeral 2, inciso primero y artículo 76, numeral 2, de la Constitución de acuerdo con lo expresado en la parte motiva de esta sentencia”. (Énfasis original.)

28 Para un mejor estudio puede consultarse Solano González, Edgar. *Sentencias manipulativas e interpretativas*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000.

29 Véase artículo 5 del Estatuto y artículo 9 del Adenda.

30 Para un mayor estudio acerca del principio de proporcionalidad, véase Bernal Pulido, Carlos. *El Derecho de los derechos*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, pp. 66 a 87.

31 *Ibid.*, p. 66.

por la Corte. ¿Cómo lo hubiera hecho? Me permito proyectar algunas ideas al respecto.

El principio de proporcionalidad ha sido utilizado por varios tribunales constitucionales alrededor del mundo, particularmente en Alemania, España y Colombia. Este principio, como sostiene Bernal Pulido, puede ser aplicado cuando exista una intervención en un derecho fundamental. La intervención en un derecho fundamental se puede dar de distintas maneras: mediante ley, mediante un acto administrativo, inclusive mediante la suscripción de un tratado. El Estatuto y el Adenda, como bien señala la Corte, restringen el derecho fundamental a la libertad de tránsito consagrado en el artículo 66, numeral 14, y el derecho a la no discriminación por pasado judicial consagrado en el artículo 11, numeral 2, inciso primero de la Constitución.

Como podemos advertir, mediante un acto de poder público —suscripción del Estatuto y Adenda— se restringió ambos derechos fundamentales de los trabajadores migratorios ecuatoriano-peruano. Tal restricción para que sea legítima, mejor dicho, constitucional, debe pasar por el examen de idoneidad y necesidad, que como mencionaba, forma parte del principio de proporcionalidad.

El examen de idoneidad consiste en verificar que “toda intervención en los derechos fundamentales debe ser idónea para contribuir a alcanzar un fin constitucionalmente legítimo”.<sup>32</sup> Así las cosas, en el caso en concreto vemos que la intervención en el derecho a la libertad de tránsito y no discriminación por pasado judicial no fue una medida idónea para alcanzar ese deber constitucional y primordial del Estado de garantizar a los habitantes seguridad integral.<sup>33</sup> Si bien es un

fin constitucionalmente legítimo del Estado procurar la seguridad integral de los habitantes, la intervención en el derecho fundamental de la libertad de tránsito no justifica ese fin que se pretende alcanzar. ¿Cuál fin? ¿Acaso se pretende con aquella intervención reducir los niveles de delincuencia en ambos países? ¿Restringiendo la circulación de los seres humanos a territorios de otros estados se reduce los niveles de inseguridad? ¿No se está creando más bien una noción execrable de que el trabajador migratorio es un potencial delincuente? Más aún, cabe preguntarse si ¿ese fin se consigue con la presentación de un papel —certificado de antecedentes o declaraciones juramentadas— que nada dice y nada es? Y sobre la última interrogante entraré a analizar el otro subprincipio que es el de necesidad.

Se dice que “según este subprincipio, toda intervención en los derechos fundamentales debe realizarse con la medida más favorable para el derecho intervenido de entre todas las medidas que revistan la misma idoneidad para alcanzar el objetivo perseguido”.<sup>34</sup> Sobre este punto y retomando el caso que examinamos, me pregunto si ¿la exigencia del certificado de antecedentes o la declaración juramentada es la medida más favorable para el derecho intervenido? La respuesta es que no. Veamos algunas razones.

La Corte ya enfatizó en el costo que representa la obtención de estos documentos para los trabajadores de ambas naciones. Así, la medida no es nada favorable para este grupo de personas, a los que la Corte denominó *vulnerables*; personas que se verían en la obligación de incurrir en gastos económicos innecesarios y perjudiciales para sus

32 *Ibid.*, p. 67.

33 El artículo 3, numeral 8 de la Constitución dispone: “Son deberes primordiales del Estado: [...] 8. Garantizar a sus habitantes el derecho a una cultura de paz, a la seguridad integral y a vivir en una sociedad democrática y libre de corrupción”.

34 Carlos Bernal Pulido, *op. cit.*, p. 67.

economías familiares. Por otro lado, por supuesto que existen otras medidas tendientes a alcanzar el objetivo perseguido, esto es, la seguridad integral de los habitantes del Ecuador. Por ejemplo, se podría establecer una verdadera política migratoria que no criminalice sino que vaya de la mano con una administración de justicia asequible, expedita, oportuna e imparcial, que investigue, procese y juzgue con todas las garantías procesales a los extranjeros y trabajadores migratorios que pudieran llegar a cometer un delito en el país de acogida. Caso contrario, se presume la inocencia de todos ellos.

136

En este sentido y a breves rasgos, se ve como mediante el principio de proporcionalidad se puede entrar a analizar si los artículos del Estatuto y su Adenda son constitucionales o no. En el caso, la intervención en los derechos de libertad de tránsito y no discriminación de los trabajadores migratorios, no superan el juicio de idoneidad y necesidad; por lo tanto, tal intervención es inconstitucional.

Respecto a lo segundo. La Corte en el punto 3 de la parte resolutive de su dictamen dice:

Disponer que la Asamblea Nacional devuelva al Ejecutivo el texto del Tratado Internacional Bilateral denominado “Estatuto Migratorio Permanente Ecuatoriano Peruano” y su Adenda de Enmiendas para la correspondiente formulación de reservas al texto del mismo de conformidad con los artículos 19 y siguientes de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

Lo correcto hubiera sido que la Corte disponga que la Asamblea Nacional se abstenga de aprobarlo hasta tanto se produzca la enmienda, reforma o cambio constitucional.<sup>35</sup> Como último recurso, entonces, el Estado ecuatoriano formularía la correspondiente reserva al tratado, en tanto en cuanto no se consolide la enmienda o la reforma por acuerdo entre los dos estados.

## 5. Conclusiones

- i) El control de constitucionalidad de tratados internacionales es indispensable en un Estado constitucional de derechos y justicia. Dicho control no puede limitarse al examen formal sino a un verdadero control material del mismo. Dicho control se logra, cotejando todas las disposiciones que conforman el texto del tratado con la Constitución actual.
- ii) Tal control de constitucionalidad es, en lo fundamental, un control previo, vinculante hacia el legislador, preventivo, automático e integral.
- iii) Las decisiones que adopta la Corte Constitucional a propósito de un control de constitucionalidad de tratados internacionales, son a través de dictámenes no de sentencias de constitucionalidad; en tal virtud, las decisiones no hacen tránsito a cosa juzgada constitucional absoluta, porque queda a salvo el derecho de la ciudadanía a ejercer control abstracto de constitucionalidad sobre el tratado internacional.
- iv) El rol que jugó la Corte Constitucional en el dictamen de constitucionalidad del Estatuto Migratorio Permanente Ecuatoriano Peruano fue completo y determinante. Completo porque entró a examinar la forma como fue suscrito el tratado; es decir, la validez en la representación del Estado ecuatoriano en los procesos de negociación y celebración del instrumento y la competencia de los

35 Véase artículo 112, numeral 2 de la LOGJCC.

funcionarios que intervinieron en dicho proceso y, material, porque la Corte Constitucional analizó el texto en su integralidad, advirtiendo que algunas disposiciones eran incompatibles con la Constitución. Determinante porque se efectuó un ejercicio interesante respecto a que la presentación de certificados de antecedentes personales o penales restringe el derecho al libre tránsito y viola el principio de no discriminación por pasado judicial. Así también, se precisó que tales documentos constituyen una violación al derecho a la presunción de inocencia.

- v) El principio de proporcionalidad mediante los subprincipios de idoneidad y necesidad puede ser perfectamente aplicado al control de constitucionalidad de tratados internacionales para demostrar si la intervención en uno o varios derechos fundamentales, es o no legítimo, desde el plano eminentemente constitucional.
- vi) La Corte Constitucional concluyó que dicho Estatuto no pasó el examen total de constitucionalidad, por tal razón, lo declara parcialmente compatible con la Constitución. Esto quiere decir, que la constitucionalidad del tratado está supeditado o condicionado a la enmienda, reforma o reserva que se haga al texto del mismo, de acuerdo con los parámetros señalados por la Corte en su parte motiva.
- vii) Y lo más importante de todo, que el Estatuto suscrito por el Ecuador es una muestra clara de la intención de liberalizar las fronteras y no criminalizar la migración. ¡Todos somos ciudadanos del mundo!

## 6. Bibliografía

- Alba, Francisco. *Dilemas globales de la migración internacional*. México, Centro Tepoztlán, Mimeo, 1992.
- Bernal Pulido, Carlos. *El Derecho de los derechos*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005.
- Estrada, Alexei Julio. *Las ramas ejecutiva y judicial del poder público en la Constitución colombiana de 1991*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.
- Solano González, Edgar. *Sentencias manipulativas e interpretativas*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000.

### Legislación nacional

- Constitución del Ecuador, 2008.
- Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

### Legislación internacional

- Constitución de Colombia de 1991.
- Constitución de España de 1978.
- Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.
- Ley Orgánica de España n.º 2/19179.

### Jurisprudencia nacional

- Corte Constitucional del Ecuador. Dictamen n.º 0011-09-DTI-CC, juez ponente: Patricio Pazmiño Freire. Internet.  
<http://www.corteconstitucional.gob.ec/>

### Jurisprudencia internacional

- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-578-02, magistrado ponente: Manuel José Cepeda Espinosa.



## Internet

Castillo, Manuel Ángel. *Migración y Derechos Humanos*. Internet.  
<http://www.conapo.gob.mx/publicaciones/migra3/10.pdf>. Acceso: 2 noviembre 2009.



# La seguridad social en la justicia constitucional ecuatoriana

Christian Masapanta Gallegos\*

## Resumen

En el presente trabajo se examina el control de constitucionalidad realizado por la Corte Constitucional para el Período de Transición, contenido en el dictamen 005-09-DTI-CC, publicado en el Registro Oficial n.º 602 del 1 de junio de 2009, que trata en la especie sobre el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social.

Se establecen como puntos esenciales: un preámbulo en donde brevemente se describe los caracteres generales del tratado internacional puesto a consideración de la Corte Constitucional ecuatoriana; continuamos con la tensión existente entre la doctrina internacionalista y la constitucionalista respecto a la supremacía del Derecho internacional por sobre el constitucional o viceversa; para luego contrastar los principios esencia-

les del Derecho internacional y especialmente del Derecho comunitario, con los principios de las normas constitucionales. También se realiza una descripción de este derecho y la relevancia que la Constitución ecuatoriana otorga a los tratados internacionales en materia de derechos humanos; finalmente se emiten conclusiones respecto al pronunciamiento de la Corte con relación al dictamen previo y vinculante de este instrumento internacional.

— umbral —

## 1. Introducción

Dentro del paradigma moderno que un Estado constitucional de derechos y justicia exige, y con el afán de precautelar la supremacía material de la Constitución el acoplamiento de toda la normativa al texto

139



*Control de constitucionalidad, convenios internacionales, seguridad social, derechos económicos – sociales – culturales, bloque de constitucionalidad.*

\* Licenciado en ciencias públicas y sociales; abogado y doctor en Jurisprudencia, Universidad Central del Ecuador (UCE); magíster en derecho constitucional; magíster en política exterior, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Docente de derecho constitucional, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Sede Ibarra; docente invitado en la maestría de derechos humanos y pueblos indígenas (UCE); especialización en derecho penal, Universidad de Especialidades Espíritu Santo; capacitador de la Escuela Judicial del Consejo Nacional de la Judicatura y del Instituto de Altos Estudios Nacionales (IAEN). Docente invitado en especialización en derecho constitucional, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Actualmente, asesor de la Corte Constitucional para el Período de Transición.

constitucional resulta un imperativo que determinará la validez de estas normas dentro del ordenamiento jurídico nacional. A la luz del constitucionalismo nada queda exento al control constitucional, acometida que se hace extensiva también a los tratados y convenios internacionales de los cuales nuestro país es signatario.

Bajo el fenómeno globalizador el Derecho no podía quedar exento de aquella dinámica, y en este sentido paulatinamente las distintas naciones han ido adaptando dentro de sus textos constitucionales la protección de derechos económicos, sociales y culturales, dentro de los cuales el derecho a la seguridad social se convierte en un derecho fundamental que permite la vigencia de una serie de derechos conexos, configurándose de esta forma un verdadero Estado democrático.

No obstante, para una correcta efectivización de estos derechos se requiere no solo la tutela en el ámbito interno de los estados, sino se requiere también de la protección fuera de las fronteras nacionales, para lo cual la celebración de convenios de cooperación en esta materia resultan de gran importancia, expandiendo de esta manera el acceso de este derecho a nivel transnacional, por medio de procesos de integración en aras de alcanzar la satisfacción de este derecho social.

La integración es a todas luces un proceso en permanente expansión, fenómeno frente al cual los sujetos estatales han pretendido normarlo mediante la incorporación de elementos que se desprenden de la esencia misma de los tratados internacionales; normativa que debe guardar armonía con los preceptos contenidos dentro de las constituciones de cada uno de los países miembros. He ahí la importancia de establecer organis-

mos de control constitucional para que la normativa contenida dentro de los instrumentos internacionales guarden relación con la Carta fundamental; produciéndose serios cuestionamientos respecto a si ¿el Derecho Internacional es o no objeto de control constitucional?

## 2. Instrumento internacional objeto de dictamen por parte de la Corte Constitucional

Nuestro estudio abarcará el Dictamen 005-09-DTI-CC emitido por la Corte Constitucional para el Período de Transición, y publicado en el Registro Oficial n.º 602 del 1 de junio de 2009, que trata el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social, suscrito por el Ecuador el 7 de abril del 2008, en la ciudad de Madrid-España, el mismo que llegó a conocimiento de la Corte Constitucional mediante oficio n.º T.4218-SGJ-09-883 de 19 de marzo de 2009, por parte del Presidente Constitucional de la República del Ecuador, quien amparado en lo que dispone el artículo 438, numeral 1 de la Constitución de la República<sup>1</sup> solicita se expida el correspondiente dictamen previo y vinculante acerca de la constitucionalidad de este convenio internacional.

El contenido del convenio que fue objeto de análisis de la Corte Constitucional se remite a la temática de la seguridad social y su ámbito de aplicación material comprende toda la legislación en materia de seguridad social en asuntos relacionados con las prestaciones económicas de invalidez, vejez, supervivencia, accidentes de trabajo y de enfermedad profesional. Siendo titulares de

1 Artículo 438 de la Constitución de la República del Ecuador: "La Corte Constitucional emitirá dictamen previo y vinculante de constitucionalidad en los siguientes casos, además de los que determine la ley: 1. Tratados internacionales, previamente a su ratificación por parte de la Asamblea Nacional."

aquellos beneficios “las personas que estén o hayan estado sujetas a la legislación de uno o de varios estados parte, así como a sus familiares beneficiarios y derechohabientes”.<sup>2</sup>

Este convenio recoge algunos principios esenciales que engloban a los Derechos Económicos Sociales y Culturales como el principio de no regresividad, consagrado en el artículo 6 del antes mentado convenio y que demuestra el avance que en esta materia están asumiendo la mayoría de naciones, quienes paulatinamente han ido superando el sesgo de una odiosa división generacional de los derechos, considerando que todos los derechos son tutelables en igualdad de condiciones, superándose de esta forma el atavismo de entender a los derechos económicos sociales y culturales como derechos programáticos.

### 3. Control formal de constitucionalidad

Dentro de este análisis, la Corte Constitucional tiende a establecer y justificar su labor al ejercer un control en cuanto a la emisión de este convenio, para lo cual se ampara en las disposiciones constitucionales relacionadas a la competencia de los distintos órganos dentro del proceso de suscripción y ratificación del presente convenio. De esta manera determina que conforme a la Constitución le corresponde a la Presidenta o Presidente de la República la suscripción de los tratados y otros instrumentos internacionales (art. 418, Constitución de la República del Ecuador). El artículo 419, numeral 4, de la Constitución establece que la ratificación de los tratados internacionales requerirá la aprobación previa de la Asamblea Nacional,

cuando se refieran a los derechos y garantías establecidas en la Constitución.

Una muestra de este control lo evidenciamos en nuestro país cuando solo la incorporación de los tratados internacionales conforme a las disposiciones de la Constitución, especialmente en lo relativo a su procedimiento, permite a estos configurarse como derecho interno; procedimiento que está en manos del organismo de control constitucional ecuatoriano, radicando en este control previo su importancia.

El profesor Germán Bidart Campos señala: “que el desafío actual del derecho constitucional consiste en impedir que la economía transnacionalizada despoje al estado de su capacidad de reacción para supervisar y controlar”.<sup>3</sup>

La Corte Constitucional para justificar la emisión del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social observa que se produzca el respeto de las normas constitucionales contenidas en los artículos 417, 418 y 419, numeral 4 de la Constitución, que determinan en la especie la sujeción de los tratados y convenios internacionales a lo establecido en la Carta fundamental, la facultad del Presidente o Presidenta de la República para suscribirlos y de la Asamblea Nacional para ratificarlos, siendo estos poderes del Estado competentes para suscribir y ratificar instrumentos internacionales respectivamente; señalando además, que conforme lo determina el artículo 420 de la propia Constitución, el acuerdo procede directamente por iniciativa del Presidente de la República.

En cuanto a su intervención la Corte menciona “que todos los tratados celebrados requieren de la existencia de dictamen previo

2 Artículo 2 del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social.

3 Dermisaky, Pablo. “Derecho Constitucional, derecho internacional y derecho comunitario”. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* (Montevideo) II.10, Konrad Adenauer (2004): 843.



y análisis de constitucionalidad, conforme lo establecido en el artículo 438, numeral 1 de la Constitución”,<sup>4</sup> radicando en esta disposición constitucional la competencia de la Corte para pronunciarse mediante un dictamen previo y vinculante respecto a la constitucionalidad del “Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social”.

Y en concordancia con los artículos 418 y 419, numeral 4, menciona la Corte que el presente instrumento deberá ser ratificado para su posterior canje o depósito, por la Asamblea Nacional ya que se refiere a derechos fundamentales. Por lo expuesto se evidencia que formalmente se han cumplido con las solemnidades que la Constitución establece para la validez del Convenio en análisis.

142



#### 4. Los tratados internacionales en materia de derechos humanos como parte del bloque de constitucionalidad

Un importante elemento que incorpora la Corte Constitucional para emitir su dictamen está respaldado por los Convenios Internacionales relacionados con la Seguridad Social, de esta manera menciona disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en los artículos 16, 21 y 26 que establece la obligación progresiva de garantizar los derechos económicos,

sociales y culturales (DESC) por parte de los estados suscriptores; el Protocolo de San Salvador en sus artículos 10 que trata de seguridad social, y 6 de trabajo; la Obligación General n.º 3, punto 2, del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales (DESC) que establece que “se deben adoptar en un plazo razonablemente breve”, para la incorporación de los DESC al ámbito nacional. El Comité también establece el deber del Estado de proteger un igual acceso a la atención de salud (Obligación General 14, punto 35), también los Principios de Maastricht, especialmente el principio 20, que pretende tutelar a los grupos vulnerables de sufrir un daño proporcionado por violación de un DESC, entre los cuales se encuentran los migrantes.

De esta manera la Corte Constitucional da cumplimiento a lo que en doctrina se conoce como “el bloque de Constitucionalidad” y respeto del principio “pro ser humano”,<sup>5</sup> mandato contenido en el artículo 417 de la Constitución de la República.<sup>6</sup>

La Corte destaca que los tratados internacionales en materia de Derechos Humanos, forman parte del bloque de constitucionalidad del Ecuador, una vez que hayan sido ratificados por nuestro país. El artículo 424 establece que cuando dichos instrumentos reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público.

4 Artículo 438.- La Corte Constitucional emitirá dictamen previo y vinculante de constitucionalidad en los siguientes casos además de los que determine la ley: 1. Tratados internacionales, previamente a su ratificación por parte de la Asamblea Nacional.

5 Para Mónica Pinto, “aquel postulado constituye 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 a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringidas cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o de suspenderlos en forma extraordinaria”. (Mónica Pinto, “El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los Derechos Humanos”. Véase Abregú, Martín y Christian Courtis, comps. *La aplicación de los Tratados sobre derechos humanos por los Tribunales locales*. Buenos Aires, CELS, Editores Del Puerto, 1997, p. 163.

6 El artículo 417 señala que los Tratados Internacionales ratificados por el Ecuador “se sujetarán a lo establecido en la Constitución”.

Para Alberto Acosta, expresidente de la Asamblea Nacional Constituyente, el denominado bloque de constitucionalidad comprende “el conjunto de normas que aún no constando en la Constitución formal, forman parte de ésta, porque la misma Constitución les reconoce ese rango y papel...”<sup>7</sup>

Respecto al bloque de constitucionalidad, Julio César Trujillo manifiesta:

En la doctrina se entiende por ‘bloque de constitucionalidad’ el conjunto de normas que no constando en la Constitución formal, o sea en el texto preparado por la Asamblea Constituyente y aprobado por el pueblo en el referéndum, forman parte de ésta porque la misma Constitución les reconoce ese rango y papel y, por lo que se relaciona con los derechos humanos, las listas que contengan estas normas hay que sumar a la lista constitucional (Arts. 11.3 y 84) y, en caso de conflicto, se ha de aplicar la que de mejor manera y más efectivamente garantice la dignidad de la persona o de la colectividad (Arts. 11.5 y 417).<sup>8</sup>

En este sentido, la Corte Constitucional asume que este instrumento internacional una vez ratificado formará parte del bloque de constitucionalidad del Estado ecuatoriano y, por tanto, gozará de una jerarquía similar a la de una norma constitucional, por lo que es menester realizar un análisis profundo respecto al contenido formal y material de este instrumento, que guarde armonía con las normas constitucionales.

Otro mérito importante a destacar es que la Corte Constitucional realiza un importante ejercicio de conexidad, en virtud del cual se asocia al derecho a la seguridad social, no solo en esta esfera sino en un campo muchísimo más amplio, asociándolo con derechos

como: la vida, salud, trabajo, dignidad, y otros. Debido a que la coyuntura del presente convenio se asocia a la problemática de los trabajadores migrantes, la Corte también toma este elemento valorativo para realizar su pronunciamiento.

## 5. El control de constitucionalidad de los tratados y convenios internacionales

La Corte Constitucional dentro de su dictamen determina la naturaleza jurídica, alcances y efectos del control previo de constitucionalidad de los tratados y convenios internacionales, para lo cual en primer lugar realiza un ejercicio de justificación respecto a la importancia del control de constitucionalidad; para ello se vale de importantes criterios doctrinarios y de la propia normativa constitucional, la cual es asumida con mayor seriedad por parte de la Corte evidenciando una supremacía material de la Constitución, determinándose que bajo el nuevo paradigma del Estado constitucional de derechos y justicia el dictamen previo y vinculante de constitucionalidad de los instrumentos internacionales, lejos de constituir una mera formalidad como se lo venía manejando anteriormente, adquiere bajo los parámetros de la Constitución vigente una tarea importantísima; asumiendo la Corte Constitucional un papel complejo, puesto que este órgano constitucional es el que debe determinar si aquel instrumento guarda o no relación con la Carta fundamental. Solamente si se determina su conformidad con la Constitución se dará paso al proceso de ratificación por parte de la Asamblea Nacional, lo cual refleja la supremacía de la Constitución ya que ninguna norma nacional o internacional puede

7 Acosta, Alberto. *Plurinacionalidad: Democracia en la diversidad*. Quito, Editorial Abya-Yala, 2009, pp. 10-11.

8 Trujillo, Julio César. “El Ecuador como Estado Plurinacional”. *Plurinacionalidad: Democracia en la diversidad*. Quito, Editorial Abya-Yala, 2009, p. 67.

guardar contradicción con el texto constitucional.

En tal virtud, el dictamen realiza una explicación de la jerarquización de los tratados y convenios internacionales dentro de la normativa interna del Estado ecuatoriano, determinándose que los instrumentos internacionales gozan de una jerarquía infraconstitucional y supralegal; es decir, que se encuentran por sobre la legislación interna, pero por debajo de la Constitución; sin embargo, esta afirmación tiene una salvedad en materia de Tratados de Derechos Humanos, en cuyo caso aquellos gozarán de una jerarquía a la par de la Constitución.

144



Ciertos deterministas, que son contrarios al control previo de los instrumentos internacionales, no conciben la superioridad jerárquica de la Constitución por sobre el Derecho Internacional; sin embargo, para responder a estos críticos nos formulamos la siguiente interrogante; si no fuese importante aquel pronunciamiento previo de la Corte Constitucional, respecto a la compatibilidad de los instrumentos internacionales con el texto constitucional, ¿por qué tomarnos la molestia de realizar un dictamen de constitucionalidad? La respuesta radica en la legitimidad que deben asumir los instrumentos internacionales, ya que recordemos que en muchas ocasiones estos instrumentos son celebrados por funcionarios a quienes se les delega la representación del Estado ecuatoriano, pero para el conglomerado se lo observa como textos lejanos, asumidos por entes políticos que no reflejan la realidad social de sus habitantes. En aquel sentido, mediante el pronunciamiento de un órgano técnico en materia constitucional como es la Corte de la

materia, se logra legitimar que las disposiciones contenidas en esos instrumentos no estén en contradicción con la Constitución y, por tanto, con las aspiraciones e intereses de todos los habitantes del Ecuador.

En esta perspectiva, Víctor Bazán expresa:

Corresponde, claro está, no perder de vista la necesidad de actuar con mesura y prudencia al momento de negociar, concluir, firmar, aprobar y ratificar los tratados internacionales, cuidando que las cláusulas de éstos no violenten precepto constitucional alguno, en aras de preservar la supremacía constitucional. De cualquier modo, en un esquema de control preventivo y potestativo, si existiera ‘duda fundada’ acerca de la posibilidad de lesión constitucional, quedaría habilitada la competencia del tribunal competente para verificar la verosimilitud de aquel estado de duda y, en su caso, descalificar el instrumento internacional si, como resultado de ese examen previo de constitucionalidad a cargo de tal órgano, se constatará una efectiva colisión de su preceptiva con la Constitución Política.<sup>9</sup>

Lo cierto es que bajo el axioma de “soberanía de la Constitución”,<sup>10</sup> ninguna norma o instrumento internacional puede estar en contradicción con el texto constitucional, ya que en la Carta fundamental se ven plasmadas todas las aspiraciones y anhelos del pueblo ecuatoriano, por tanto, se debe legitimar el convenio mediante la sujeción del contenido del mismo con el texto de la Constitución de la República. Además la Corte determinó que “en nuestro medio la principal fuente de legitimidad a la hora de la suscripción de un tratado y convenio internacional está dada por el respeto de las normas constitucionales”, generando un precedente que garantiza la

9 Bazán, Víctor. *Jurisdicción Constitucional y Control de Constitucionalidad de los Tratados Internacionales*. México D.F., Editorial Porrúa, 2003, pp. 15-16.

10 Zagrebelsky, Gustavo. “Del Estado de Derecho al Estado Constitucional”. *El derecho dúctil*. Madrid, Editorial Trotta, 2007, p. 22.

sujeción de todos los instrumentos internacionales al marco constitucional como mecanismo de legitimación popular del mismo.

Además, asume la Corte que este convenio internacional tiende a ser un instrumento de integración iberoamericana en materia de seguridad social, adoptándose mediante este posicionamiento lo que para el Derecho de la integración se denomina “la constitucionalización de la integración”, que consiste en que el contenido material y formal de la integración se ha ido incorporando paulatinamente a las cartas constitucionales de los estados; así como la construcción supranacional se alimenta de contenidos de la Constitución;<sup>11</sup> interrelacionándose recíprocamente para llevar adelante objetivos comunes de los países miembros de los procesos integracionistas.

Frente a la disyuntiva que genera el tema del control previo y vinculante, al emitir un dictamen de constitucionalidad de un instrumento internacional, la Corte Constitucional analiza las dos corrientes que estudian esta problemática (internacionalismo vs. constitucionalismo).

## 6. Corriente internacionalista vs. corriente constitucionalista

En el devenir histórico presenciamos como el poder absolutista del monarca fue cediendo paso al poder legislativo representado por un parlamento —entendido aquel como la fiel representación de la soberanía popular—; encargándosele bajo esta ficción la tarea de la producción legislativa y convirtiendo al juez en la “boca de la ley”; esta acometida legislativa, sin embargo, no estaba exenta de caer

en vicios tanto de fondo como de forma; puesto que quienes producen las leyes son seres humanos, susceptibles de cometer errores y abusos. Ante esta necesidad resultó imperiosa la creación de un órgano especializado para llevar adelante un control de aquella producción legislativa que, como es obvio, debe guardar armonía con los preceptos contenidos en la Constitución de la República.

Con lo anteriormente expuesto, creemos que está por demás justificado el control constitucional dentro de la vida jurídica de cada uno de los estados; sería un absurdo asumir lo contrario. La disyuntiva que se presenta en un gran número de juristas es en cuanto a si el control se hace extensivo también al ámbito supranacional, ya que si bien este mecanismo de control se ha producido para limitar el poder de los órganos tradicionales que lo detentan (Ejecutivo, Legislativo y Judicial), todavía no se ha determinado a ciencia cierta cuáles serían los mecanismos que desarrollen los estados para controlar el poder supranacional, o acaso si se debe mantener un abstencionismo estatal para no interferir en el contexto internacional.

Muchos doctrinarios partidarios del internacionalismo, así como la jurisprudencia de los tribunales comunitarios, han determinado que el derecho supranacional se aplica con preferencia al derecho interno. Kelsen en la Teoría General del Derecho afirma que el derecho internacional es un orden jurídico superior a todos los órdenes jurídicos nacionales, y estos como órdenes inferiores, son delegados de aquel y forman con él un orden jurídico universal.<sup>12</sup>

11 Montaña Galarza, César. “Apuntes de la Asignatura Derecho Comunitario”. UASB-Ecuador. Programa de Maestría en Derecho, 2008.

12 Kelsen, Hans. *Teoría General del Derecho y el Estado*. 3ª ed. México, Editorial UNAM, 1969, pp. 417-418. Citado por Dermizaky, Pablo. “Derecho constitucional, derecho internacional y derecho comunitario”. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* (Montevideo) II.10, Konrad Adenauer Stiftung (2004): 833.



En *El Federalista*, Jay también menciona la supremacía que los tratados guardan sobre el ordenamiento jurídico interno:

Los tratados deben ser considerados como la ley suprema de la nación; oponiéndose a la idea de que los tratados, como los demás actos de una asamblea legislativa, deberían poder revocarse cuando parezca conveniente.<sup>13</sup>

Como lo destaca la Corte Constitucional en su dictamen, esta doctrina internacionalista no acepta que las disposiciones constitucionales influyan sobre la validez de los tratados, pues se apoya en que hay que garantizar la seguridad y estabilidad de las relaciones externas (monismo).<sup>14</sup>

Juan Larrea Holguín manifiesta:

El Estado que colija que un tratado celebrado y ratificado válidamente, es inconstitucional, debe o bien revisar y reformar su derecho interno, o acudir a los procedimientos aceptados por el derecho internacional para desahuciar, reformar o llegar a la anulación del tratado, pero no puede unilateralmente hacerse justicia por sí mismo.<sup>15</sup>

No obstante, como el autor manifiesta esto se produce cuando el tratado o convenio ha sido celebrado y ratificado válidamente, para lo cual requiere un proceso previo entre el cual consta el control formal y material de la constitucionalidad previa. Larrea Holguín también señala: “Un punto esencialmente delicado es el de la constitucionalidad de los tratados y más instrumentos internacionales.

En primer término su negociación, suscripción, ratificación y entrada en vigencia, tiene que seguir las normas constitucionales, pues de otro modo serían formalmente inconstitucionales”;<sup>16</sup> argumento que es compartido por la Corte Constitucional.

Otros argumentos valederos en los que se sustentan los internacionalistas y que también son analizados en el dictamen se desprenden de la Convención de Viena sobre los Derechos de los Tratados, en donde además del conocido principio *pacta sunt servanda*, por medio del cual los tratados deben ser respetados de buena fe, el artículo 27 también señala que un “Estado no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un Tratado”. En aquel sentido la Corte Constitucional se fundamenta en el artículo 416 de la Constitución para expresar que “las relaciones del Ecuador con la comunidad internacional responderán a los intereses del pueblo ecuatoriano...”, colocando este imperativo por encima de la visión tradicional de supremacía de los tratados internacionales, además menciona que el numeral 7 del artículo precitado “exige el respeto de los derechos humanos, en particular el derecho de las personas migrantes, y propicia su pleno ejercicio mediante el cumplimiento de las obligaciones asumidas con la suscripción de instrumentos internacionales de derechos humanos”, lo cual hace que la Corte Constitucional se incline por la tesis constitucionalista la misma que “defiende que la

13 Jay, John, Alexander Hamilton y James Madison. *El Federalista*. Buenos Aires, Ediar, 1999, p. 66. Citado por Dueñas Muñoz, Juan Carlos. “Soberanía y Estado Constitucional: su importancia en la integración y el derecho comunitario”. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2007* (Montevideo) II.13, Konrad Adenauer Stiftung (2007): 742.

14 Monroy Cabra, Marco. *Derecho de los Tratados*. Bogotá, Leyer, 1995, pp. 95-96. Citado por Montaña Galarza, César. “Constitución ecuatoriana y Comunidad Andina”. *La estructura constitucional del Estado ecuatoriano*. Quito, Centro de Estudios Políticos y Sociales / Universidad de Valencia / Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador / Corporación Editora Nacional, 2004, p. 348.

15 Citado por César Montaña Galarza, *op. cit.* p. 338.

16 Larrea Holguín, Juan. “Supremacía de la Constitución y Tratados Internacionales”. *Foro* (Quito) 1, UASB / Corporación Editora Nacional (2003): 243.

observancia de las normas constitucionales es condición esencial para la validez de los tratados”,<sup>17</sup> ya que según esta corriente es la Constitución la que permite la suscripción, ratificación de los tratados y convenios internacionales, así como que el Estado participe en un proceso de integración, desprendiéndose de aquella la validez de los instrumentos internacionales así como que ciertos órganos comunitarios gocen de facultades, atribuciones y poderes.

El Parlamento es el órgano de representación popular del Estado, por lo que aquel debe ratificar los instrumentos internacionales de los cuales nuestro país forma parte; competencia que a su vez tiene su origen en la propia Constitución de la República, siendo aquella la fuente por medio de la cual se permite realizar ratificación; no obstante para que el Parlamento apruebe o no un tratado o convenio internacional, se requerirá previamente de un dictamen de constitucionalidad emitido por la Corte Constitucional —órgano de control constitucional ecuatoriano—, el que determinará la conformidad del tratado o convenio con la Constitución; más aún tratándose de un convenio que contenga la protección de derechos como es el caso de la seguridad social.

Una vez analizados los posicionamientos doctrinales, la Corte Constitucional considera que “el Derecho Internacional, así como el Comunitario, no puede dejar de lado los axiomas básicos que conforman la Constitución; puesto que en el contenido de la Constitución se plasma el espíritu mismo de la organización social, política y económica del pueblo; por lo tanto, mal podría cualquier otro instrumento ir en detrimento de aquel espíritu configurador”, asumiendo que aquello también se torna en fuente de legitimidad frente al colectivo.

Por lo expuesto, consideramos que la Corte se inclina por la corriente constitucionalista, valioso aporte que establece lineamientos certeros respecto al direccionamiento de la política exterior del Ecuador en cuanto a la suscripción y ratificación de tratados y convenios internacionales.

## 7. Control material

En cuanto al control material la Corte realiza las siguientes consideraciones respecto al análisis de compatibilidad con la Constitución del “Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social”, señalando en lo principal:

Que el Ecuador, mediante el nuevo paradigma constitucionalista es un Estado constitucional de derechos y justicia; así, el artículo 11, numeral 9 de la Constitución establece que “el más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución”.

Entre los deberes fundamentales del Estado ecuatoriano se encuentra el “[g]arantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, en particular la educación, la salud, la alimentación, la seguridad social y el agua para sus habitantes...”; así lo establece la Constitución de la República en su artículo 3, numeral 3.

Tornándose esas disposiciones en los pilares fundamentales sobre la base de los cuales va a girar el análisis emitido por la Corte dentro del dictamen de constitucionalidad, que correrán una suerte de simbiosis con el derecho a la seguridad social, que se halla interrelacionado con otros derechos fundamentales que también se encuentran



17 Marco Monroy Cabra, *op. cit.*, p. 348.

amparados por la Constitución de la República, asumiéndose de esta forma un control integral del convenio y sobre todo un papel activo de los jueces a la hora de emitir un dictamen de la relevancia como el objeto de análisis.

## 8. El derecho a la seguridad social como un derecho universal tutelado constitucionalmente.

La Constitución de la República del Ecuador consagra el sistema universal de seguridad social; en el artículo 34 determina además que aquel será un derecho irrenunciable de todas las personas, atribuyéndole una responsabilidad primordial al Estado de brindar este derecho.

Nuestra Constitución además hace extensivo este derecho a las personas que realizan trabajo no remunerado en los hogares, actividades para autosustento en el campo y personas desempleadas, ampliando esta cobertura a todas y todos los ecuatorianos, convirtiéndose en un derecho exigible independientemente de la existencia de una relación de dependencia laboral, visión aquella que se había mantenido como un rezago de la tradición paleopositivista que asociaba el derecho a la seguridad social permanentemente como el derecho al trabajo, a la luz del cual se dejaba en la indefensión a quienes no justificaban una relación de dependencia laboral.

[L]a historia de las políticas sociales modernas se ha caracterizado, entre otros aspectos, por su carácter limitado y excluyente tanto desde el punto de vista espacial como de los sujetos concernidos por ellas. Así, buena parte de las políticas que han fundado la satisfacción de los derechos sociales modernos han compor-

tado la exclusión o la inclusión subordinada tanto de los pueblos y regiones periféricos, como de ciertas clases y grupos de personas, desde las mujeres, los trabajadores precarios o informales hasta el campesinado, los pueblos indígenas o las personas con discapacidades físicas o mentales. En estos ámbitos y para estos colectivos, los contratos sociales (y jurídicos) mediante los cuales se reguló el reconocimiento de derechos fueron contratos no tanto de inclusión como de exclusión, no tanto consensuados como de forzosa o resignada adhesión.<sup>18</sup>

Con aquella visión, nuestra Carta fundamental realiza un gran avance en tutela de derechos sociales y permite el acceso universal al sistema de seguridad social comprometiendo por ende al Estado ecuatoriano a adoptar los medios necesarios para dotar a su población del pleno ejercicio de este derecho, para lo cual, es importantísimo la celebración de convenios de cooperación con sus naciones pares en aras de alcanzar el bienestar colectivo del conglomerado.

En este sentido, la Corte Constitucional ha considerado esta acometida y ha realizado una interpretación integral del texto constitucional tendiente a determinar si el Convenio objeto de dictamen se ajusta a esta iniciativa constitucional, determinando luego de un análisis profundo que este instrumento guarda armonía con la Constitución, no solo en lo relacionado al acceso a la seguridad social, sino interrelacionándolo con la protección de otros derechos análogos que se desprenden de la seguridad social. En esta línea analiza el derecho a la salud, consagrado en el artículo 32 de la Constitución de la República, el derecho al trabajo (art. 33), el derecho a una calidad de vida digna (art. 66, numeral 2) y el derecho a la igualdad (art. 66, numeral 4), y en razón de que este convenio

18 Pisarello, Gerardo. *Los derechos sociales y sus garantías: elementos para una reconstrucción*. Madrid, Editorial Trotta, 2007, pp. 30-31.

es multilateral se establece también un reconocimiento de las personas a migrar (art. 40) pretendiendo con aquello que nuestra población migrante se haga beneficiaria de este derecho a la seguridad social inclusive fuera de nuestras fronteras patrias.

Para lo cual se fundamenta en resoluciones emitidas por la Corte Constitucional colombiana bajo la premisa de que todas las personas somos “iguales ante la vida”,<sup>19</sup> expresión que comporta una justificación y constituye el núcleo rector en el pronunciamiento de la Corte, lo cual evidencia que no solo se realiza un análisis a la luz del derecho a la seguridad social como tradicionalmente lo venía manteniendo su predecesor —Tribunal Constitucional ecuatoriano—; sino que realiza un esfuerzo mucho más amplio para que la armonía constitucional se produzca en relación con el texto constitucional en su integralidad.

Continuando con este control material del Convenio, la Corte Constitucional realiza un ejercicio interpretativo asociando a la seguridad social con este principio de no regresividad consagrado en otros instrumentos internacionales como el Protocolo de San Salvador. Este principio es abordado por el artículo 6 del Convenio que dispone la conservación de los derechos adquiridos, determinando además que las prestaciones económicas “no estarán sujetas a reducción, modificación, retención, suspensión o retención”.<sup>20</sup>

El órgano de control también se fundamenta en otros instrumentos internacionales relacionados con la protección de los dere-

chos sociales, configurándose de esta forma lo que en doctrina se denomina como el *bloque de constitucionalidad* analizado en líneas precedentes.

Sin embargo, este derecho —seguridad social— no tienen que ver exclusivamente con derechos como el trabajo y la salud, sino que se asocia a otros derechos, por ejemplo, la vida, la dignidad. Como lo destaca Pisarello, los bienes que protegen estos derechos —DESC—:

tienen que ver con la supervivencia y con el disfrute de las condiciones materiales que posibilitan el ejercicio real de la libertad o de la autonomía, la reivindicación de los derechos sociales interesa potencialmente a todas las personas. Pero incumbe, de manera especial, a los miembros más desaventajados de la sociedad, cuyo acceso a los recursos en juego suele ser residual y, no pocas veces inexistente.<sup>21</sup>

Con este espíritu, tanto el convenio como el análisis de la Corte Constitucional coinciden en intentar precautelar los intereses de los beneficiarios de aquella aseguración; y es más hacen extensiva aquella tutela a sus familiares y derechohabientes, toda vez que este derecho abarca no solo al individuo, sino considera que alrededor del mismo se encuentra todo un núcleo familiar que requiere y se beneficia de este derecho, es por aquello que al garantizar este derecho también se está garantizando la seguridad social de la familia del beneficiario.

En el pronunciamiento de la Corte Constitucional, también se supera la odiosa

19 Véase Gaceta Constitucional colombiana n.º 83, p. 4, columna 3. Citado por Corte Constitucional colombiana, sentencia n.º T-406/92, 5 de junio de 1992.

20 Convenio Multilateral Iberoamericano en Seguridad Social. Artículo 6. Conservación de los derechos adquiridos y pago de prestaciones en el extranjero. 1) Salvo que el presente Convenio disponga otra cosa, las prestaciones económicas referidas en el artículo 3 reconocidas por la Institución Competente de un Estado Parte, no estarán sujetas a reducción, modificación, retención, suspensión o retención, excepto las que, en su caso, se deriven de los costos de transferencia, por el hecho de que el beneficiario se encuentre o resida en el territorio de otro Estado Parte, y se le harán efectivas en este último.

21 Gerardo Pisarello, *op. cit.*, p. 11.



consideración de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales como derechos programáticos.<sup>22</sup> Recordando que la Constitución de la República determina que en materia de protección de derechos, los mismos serán directamente aplicables sin que se pueda alegar falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento;<sup>23</sup> además consagra el principio de no regresividad de derechos cuando manifiesta en el artículo 11, numeral 8: “Será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de derechos...”, lo cual guarda concordancia con el artículo 6 del convenio. En tal virtud, la Corte Constitucional analiza el principio de no regresividad y contrasta el texto del convenio con el espíritu garantista que el constituyente impregnó en la Carta fundamental del Estado ecuatoriano.

Este posicionamiento adoptado por la Corte obedece a una corriente doctrinaria garantista, que plantea una nueva visión de los derechos; así, Gerardo Pisarello plantea una reconstrucción de los derechos sociales desde una doble perspectiva: desde un punto de vista garantista “esta perspectiva parte de la constatación de que si bien el derecho suele expresar el interés de los sujetos más fuertes, también puede operar como instrumento al servicio de los sujetos más débiles”;<sup>24</sup> y en un segundo plano, desde una visión democrático-participativa.

En palabras de Carlos Santiago Nino ‘democrático deliberativa’, en donde la democracia aparece como un régimen siempre abierto y no como una construcción ya acabada;<sup>25</sup> por lo que los DESC deberán ser desarrollados permanentemente.

El convenio en análisis además “revaloriza o actualiza las prestaciones”, lo cual asegura derechos constitucionales como el del buen vivir<sup>26</sup> y la dignidad<sup>27</sup> de las personas. Adicionalmente, este instrumento asume una suerte de compilador de otros instrumentos en materia de seguridad social, o en caso de ausencia este vendrá a ser el instrumento que rija esta materia, con lo cual se pretende una armonización de la legislación internacional diseccionándola a brindar la mayor protección a la seguridad social.

Y en aplicación del principio pro ser humano, se establece que en caso de existir otros instrumentos internacionales se estará a la interpretación de aquel que otorgue mayores ventajas al beneficiario.

Cuando se analiza los objetivos del convenio, entre los que se destacan: el garantizar la igualdad de trato y los derechos adquiridos de los trabajadores migrantes, la Corte Constitucional asume también un análisis en donde se tutelen los derechos de este grupo de trabajadores, realidad que es común en muchas familias ecuatorianas, por lo que, más allá de un simple control institucional, la Corte busca que el instrumento se articule y permita una efectiva tutela de

22 En palabras de Pisarello, bajo el esquema del estado liberal decimonónico “los derechos sociales no serían derechos fundamentales ni derechos judicialmente exigibles, sino simples derechos programáticos cuya operatividad quedaría supeditada a la libre configuración del legislador de turno”. Gerardo Pisarello, *op. cit.*, p. 16.

23 Ver artículo 11, numeral 3 de la Constitución de la República del Ecuador.

24 Gerardo Pisarello, *op. cit.*, pp. 16-17.

25 *Ibid.*, p. 17.

26 Los Derechos del Buen Vivir se encuentran consagrados en el Título II, Capítulo segundo de la Constitución de la República del Ecuador.

27 Artículo 66.- Se reconoce y garantiza a las personas: [...] 2. El derecho a una vida digna, que asegure la salud, alimentación y nutrición, agua potable, vivienda, saneamiento ambiental, educación, trabajo, empleo, descanso y ocio, cultura física, vestido, seguridad social y otros servicios sociales necesarios.

nuestros compatriotas migrantes; y en virtud de todo lo expuesto emite un dictamen favorable de constitucionalidad del Convenio Multilateral Iberoamericano Seguridad Social.

## 9. Conclusiones y comentario

Debemos manifestar que la labor emprendida por la Corte Constitucional para el Período de Transición en este caso es destacable al realizar un análisis integral del texto objeto de dictamen previo y vinculante, superando de esta forma atavismos y herencias que se encasillaban a pronunciamientos del órgano de control constitucional efímeros, en donde se realizaba un análisis exclusivamente en cuanto a la forma del convenio, sin entrar a considerar cuestiones de fondo, y mucho menos una interpretación integral del texto constitucional para determinar si el contenido de un tratado o convenio internacional guarda armonía con las disposiciones constitucionales.

En el análisis del dictamen se puede evidenciar que la Corte realiza una interpretación integral en donde no solo se analiza el contenido del derecho a la seguridad social y su armonía con el convenio objeto del dictamen; sino que también lo asocia con otros derechos constitucionalmente reconocidos que configuran y permiten un efectivo goce del derecho a la seguridad social, materia principal del convenio, así hace una enunciación del respeto derechos como la vida, la dignidad, el trabajo, la salud, etc., lo que per-

mite configurar una verdadera supremacía material de la Constitución.

En igual sentido la Corte analiza la tensión existente entre las corrientes internacionalistas y constitucionalistas, y asume una posición que refleja la moderna corriente del pensamiento humano, como es la tutela de los derechos fundamentales que nos asisten a todas las personas, inclinándose por la corriente constitucionalista en cuanto a la sujeción de todos los instrumentos internacionales al texto de la Constitución, no solo como un mecanismo de legitimación popular de dichos instrumentos, sino como un principio que va de la mano con el espíritu configurador del Ecuador como un Estado constitucional de derechos y justicia.

A lo largo del dictamen se justifica la intervención de la Corte dentro de lo que puede asumirse como un control de constitucionalidad de los instrumentos internacionales, mediante el cual deben observarse procedimientos previos para la aceptación de un compromiso internacional, el cual debe respetar contenidos esenciales que constituyen el núcleo sustancial de la Constitución, y en lo medular, el tema relacionado con los derechos constitucionales, así como ciertos órganos e instituciones que permiten la consolidación de un determinado Estado.

Mediante este sistema de control previo y vinculante de los tratados y convenios internacionales se efectiviza una “*supremacía constitucional*”,<sup>28</sup> por sobre la normativa internacional, la misma que en virtud de las disposiciones constitucionales ecuatorianas asumen

28 “[En igual sentido] la Constitución colombiana confía a la Corte Constitucional la guarda de la integralidad y la supremacía de la Constitución, ‘en los estrictos y precisos términos’ del art. 241, fin para el que cumplirá —entre otras— la función de decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los tratados internacionales y de las leyes que los aprueben, para cuyo fin el Gobierno los remitirá a la Corte, dentro de los seis días siguientes a la sanción de la ley (numeral 10). Añade dicho numeral del artículo 241 que cualquier ciudadano podrá intervenir para defender o impugnar la constitucionalidad de aquellos. Si la Corte los declara constitucionales, el Gobierno podrá efectuar el canje de notas; en caso contrario no serán ratificados”. (Ver Víctor Bazán, *Jurisdicción Constitucional y Control de Constitucionalidad de los Tratados Internacionales*, p. 29).



una jerarquía infraconstitucional, a excepción de los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, los mismos que se encuentran a la par de la Constitución si aquellos consagran derechos más favorables para las personas.

En su pronunciamiento, la Corte manifiesta que no se puede desconocer los compromisos internacionales de los cuales nuestro país es suscriptor y a los que debe dar fiel cumplimiento por un imperativo a más de jurídico por un compromiso moral (*pacta sunt servanda*, art. 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados). Asume que tampoco se puede restar importancia a la corriente constitucionalista, y en esta línea la Corte Constitucional consagra la primacía de las disposiciones constitucionales por sobre cualquier tipo de normativa nacional o internacional.

Konrad Hesse al analizar la tensión existente en cuanto a la supremacía de la Constitución frente a procesos de integración profunda como el Derecho Comunitario europeo, manifiesta:

El Derecho Constitucional no llegará completamente a disolverse hasta el extremo de ser reducible a mero episodio de la historia constitucional. Con independencia de la forma que cobre en el futuro la Comunidad Europea: su existencia presupondrá siempre la de los Estados miembros y, con ello, la de sus respectivas constituciones.<sup>29</sup>

Precisamente los sujetos que conforman la Comunidad Internacional no son solo los estados que la integran, sino también los individuos de cada una de sus naciones; por lo que, teniendo como uno de sus objetivos los procesos integracionistas el bienestar

común de los ciudadanos de los países miembros, aquel bienestar deberá estar garantizado al interior de las constituciones de cada uno de los estados, puesto que ahí se plasma el pacto social que todo el conglomerado ha asumido para poder organizarse social, política y económicamente. Recordemos que el constitucionalismo surgió no solo para elaborar principios declarativos dentro de un instrumento jurídico llamado Constitución, sino más bien se creó para defender al individuo de las arbitrariedades que pudiere cometer el poder público, haciéndose extensivo aquel poder a instancias internacionales; por lo que, se deben respetar los principios contenidos en las cartas constitucionales, sin pasar por alto el respeto a los derechos fundamentales.

Con estos parámetros consideramos que la Corte Constitucional ha realizado un interesante trabajo en cuanto a la determinación armónica del contenido del texto del Convenio Multilateral Iberoamericano en materia de Seguridad Social con la Constitución de la República; ya que establece en su dictamen varios parámetros y lineamientos a tomarse en cuenta para futuros pronunciamientos en materia de tratados y convenios internacionales; adopta la corriente constitucionalista como pilar fundamental que permite la articulación de los principios pro ser humano, consagrando la irreductibilidad de derechos, lo cual permite configurar una verdadera supremacía material de la Constitución acorde con el paradigma vigente de proclama al Ecuador como un Estado constitucional de derechos y justicia.

29 Hesse, Konrad. "Constitución y Derecho Constitucional". *Manual de Derecho Constitucional*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2002, p. 14.

## 10. Bibliografía

- Abregú, Martín y Christian Courtis, comps. *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*. Buenos Aires, CELS, Editores Del Puerto, 1997.
- Ávila Santamaría, Ramiro. “Garantías Constitucionales: restricción o fortalecimiento”. *Revista Reportes Andinos* (Quito), UASB Ecuador, Programa Andino de Derechos Humanos (2007).
- Bazán, Víctor. *Jurisdicción Constitucional y Control de Constitucionalidad de los Tratados Internacionales*. México, Editorial Porrúa, 2003.
- De Vresse, Alfonso. “El control de la legalidad en las comunidades europeas”. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela* (Caracas), 43 (1969).
- Dermizaky, Pablo. “Derecho constitucional, derecho internacional y derecho comunitario”. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2004* (Montevideo) II.10, Konrad Adenauer Stiftung (2004).
- Dueñas Muñoz, Juan Carlos. “Soberanía y Estado Constitucional: su importancia en la integración y el derecho comunitario”. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2007* (Montevideo) II.13, Konrad Adenauer Stiftung (2007).
- Ferrajoli, Luigi. “La democracia constitucional”. *Desde otra mirada: Textos de teoría crítica del derecho*. Comp. Christian Courtis. Buenos Aires, Editorial Universitaria, 2001.
- Hesse, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992.
- Isignares Cera, Silvana. “El derecho comunitario andino: ¿obstáculo en la integración?”. *Revista de Derecho* (Barranquilla) 27, Universidad del Norte (2007).
- Jay, John, Alexander Hamilton y James Madison. *El Federalista*. Buenos Aires, Ediar, 1999.
- Kelsen, Hans. *Teoría General del Derecho y el Estado*. 3ª ed. México, Editorial UNAM, 1969.
- Larrea Holguín, Juan. “Supremacía de la Constitución y Tratados Internacionales”. *Foro* (Quito) 1, UASB / Corporación Editora Nacional (2003).
- Montaño Galarza, César. “Constitución ecuatoriana y Comunidad Andina”. *La estructura constitucional del Estado ecuatoriano*. Quito, Centro de Estudios Políticos y Sociales / Universidad de Valencia / Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador / Corporación Editora Nacional, 2004.
- \_\_\_\_\_. *Derecho de la Integración: Derecho Comunitario*. Loja, UTPL, 2007.
- Roth, Joachim. “El control constitucional: Función vital para preservar el Estado de Derecho y consolidar la democracia constitucional”. *Comisión Andina de Juristas. La Constitución de 1993*. Lima, Serie Lecturas sobre temas constitucionales, 12, 1996.
- Trujillo, Julio César. *Teoría del Estado en el Ecuador*. Quito, Corporación Editora Nacional, 1994.
- Zagrebelsky, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Madrid, Editorial Trotta, 2007.





# Influencia de las sentencias constitucionales en la cultura jurídica ecuatoriana

Jhoel Escudero S.\*

## Resumen

En el artículo se evidencia la transformación de las sentencias constitucionales y su influencia como fuente privilegiada del derecho. El estudio se aborda dentro del contexto del análisis de la sentencia constitucional n.º 0003-09-SIN-CC que resolvió el conflicto constitucional originado con ocasión al tratamiento de las tasas aeroportuarias en la ciudad de Quito. Además, se observa ¿cuál es la función de la Corte Constitucional como legislador positivo o creador del derecho? Hecho que constituye un paso adelante en relación con la anterior función binaria de ratificar la constitucionalidad o expulsar la norma, innovación ciertamente necesaria para la transformación del derecho.

— umbral —

## 1. Introducción

En el presente trabajo se reflejará cómo las sentencias constitucionales pueden mostrar un cambio progresivo con relación a la supremacía material de la Constitución vigente, así como se reconoce la necesidad de que progresivamente se incremente una doctrina constitucional sustancial para la aplicación de los derechos constitucionales; se desarrolla influencia de las sentencias como fuente formal del derecho aplicable en mayor forma a la que se verificó en el anterior sistema constitucional débil, propio del Estado Legislativo de Derecho.

Por ello este análisis versa sobre la sentencia n.º 0003-09-SIN-CC, dictada en ocasión a la regulación de tasas aeroportuarias y régimen de competencias aplicables a los Aeropuertos Mariscal Sucre y Nuevo Aeropuerto de Quito D.M., (en adelante los

155



*Aeropuertos, tasas, tarifas, competencias, legislador positivo e influencia de las sentencias constitucionales.*

\* Licenciado en ciencias públicas y sociales. Doctor en jurisprudencia y abogado, mediador de la Universidad Central del Ecuador. Magister en derecho, mención en derecho constitucional, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Actualmente, asesor de la Corte Constitucional para el Período de Transición.

aeropuertos) publicada en el Suplemento del Registro Oficial n.º 644, de 29 julio 2009.

La idea central que reviste de forma general el fallo, parte de la noción de marcar un cambio estructural diferente al que mantenía como vértice la Constitución Política de 1998, esto es la preeminencia del Estado Legislativo y Administrativo de Derecho Social. Por su parte, la sentencia reconoce expresamente que los postulados señalados son rechazados e incompatibles con la construcción de un “Estado Constitucional de Derechos, Social...”<sup>1</sup> porque en ella se afirma que:

el cambio de normativa constitucional representó un cambio de estructura jurídica ya que [...] las condiciones de ese marco de referencia no existen, pues desaparecieron con la entrada en vigencia de la Constitución de 2008.

Circunstancia que afecta la primacía de la ley, que en el Ecuador es entendida como fuente primera en aplicación del derecho, debido a su tradición romano-francesa. Entonces, la cultura jurídica requiere un cambio, en el cual es indispensable el papel de la Corte Constitucional, porque debe desarrollar una doctrina constitucional que dinamice el sistema de fuentes del derecho y que la Constitución a más de ser un límite al poder político sea efectivamente aplicada por todos, en especial, por los operadores de justicia.

## 2. Divergencias del Procurador General y el Contralor General del Estado en torno a la norma aplicable a los aeropuertos de Quito

En el caso concreto que se analiza, se evidencia que la Contraloría General del Estado (en adelante, CGE) y la Procuraduría General del Estado (en adelante, PGE) mantenían su propia perspectiva respecto de las normas aplicables a los aeropuertos de la ciudad de Quito D.M. Entonces, la pregunta central en el caso de inconstitucionalidad parcial de los pronunciamientos del PGE gira en torno a lo siguiente: ¿le es aplicable al Aeropuerto Mariscal Sucre y Nuevo Aeropuerto de Quito la Constitución de 1998 o la vigente? Por un lado, la CGE sostenía que al caso del Aeropuerto Mariscal Sucre y el Nuevo Aeropuerto de Quito D.M., le es aplicable la Constitución vigente. Por su parte, la PGE esgrimía que las normas jurídicas que sostenían la legalidad de los actos aplicables al caso, son anteriores a la Constitución de la República y por respeto a la seguridad jurídica debe ser mantenido ese sistema jurídico, aún pudiendo ser contrario a la Constitución vigente. En definitiva, que el cambio constitucional no le era aplicable a los aeropuertos de Quito D.M. En torno a esta divergencia se desarrolla la sentencia.

## 3. Contenido de la sentencia y resolución de problemas jurídicos

La demanda de inconstitucionalidad parcial por el fondo, propuesta por la CGE, versó

1 Como señala Zagrebelsky: “La importancia de la transformación [del Estado] debe introducir a pensar en un auténtico cambio genético, más que en una desviación momentánea en espera y con la esperanza de una restauración”. Véase Zagrebelsky, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Madrid, Trotta (1995), 6ª ed., 2005, p. 33. En la misma línea, Luigi Ferrajoli expone la crisis del Estado de Derecho que consiste principalmente: i) El Estado de Derecho es parte del modelo juspositivista, que expresa el monopolio de la producción jurídica que produce inflación legislativa y disfunción del lenguaje legal; ii) el papel garantista de la constitución en relación al legislador; iii) colapso de la capacidad reguladora de la ley. Véase Ferrajoli, Luigi. “Pasado y Futuro del Estado de Derecho”. *Neoconstitucionalismo (s)*. Comp. Miguel Carbonell. Madrid, Trotta, 2003, pp. 19-21.



sobre los pronunciamientos del PGE contenidos en los oficios n.ºs 5569 del 5 de enero de 2009 y 5929 del 23 de febrero de 2009, que en la parte pertinente al responder a la pregunta 2, realizada por el CGE, dicen: “¿los recursos que recibe Quiport S.A., por concepto de tasas como se denomina en el contrato, son públicos o privados?” La respuesta cuya inconstitucionalidad se acusó de forma explícita indicaba:

[S]e concluye que en el caso de contratos de concesión vigente con Quiport S.A., estamos frente a tarifas del servicio aeroportuario [...] estas no se enmarcan en la definición de tributos constantes en el artículo 1 del Código Tributario [...] sino que constituyen valores recaudados por la Municipalidad concedente por la prestación de un servicio concesionado, que al ser recaudados e ingresados al activo corriente del concesionario, conforme el contrato de concesión, no pueden ser considerados públicos sino privados de acuerdo con lo señalado en el inciso segundo del artículo 3 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado.

Sobre la base de este problema jurídico la Corte Constitucional en la sentencia n.º 0003-09-SIN-CC indicó que:

- a) Poner de relieve las denominadas referencias internas o precedente horizontal,<sup>2</sup> en donde se equipara puntos esenciales de un pronunciamiento anterior, en el presente caso respecto a la naturaleza jurídica de los pronunciamientos del PGE, en ese sentido citó la sentencia n.º 002-09SA-CC, en la parte que señala:

Los Pronunciamientos del PGE son: “[...] El derecho objetivo [...] pauta, regla, escala según la cual se fundamenta que del comportamiento de los sujetos, bajo un supuesto de hecho, resulten derechos y deberes [...] El derecho objetivo es el que crea razón jurídica suficiente para engarzar con un determinado supuesto de hecho determinados derecho y deberes que nacen, perduran o desaparecen con este. El derecho objetivo es el único que fundamenta y crea derechos subjetivos y deberes.”

Bajo este fundamento se consideró que los dictámenes de las consultas realizadas al PGE, son derecho objetivo principalmente por su carácter vinculante, es decir, porque los efectos de los pronunciamientos son reales —mandan hacer o no algo— y forma parte de la actividad de interpretación de normas infraconstitucionales que posee el PGE<sup>3</sup> siempre y cuando una norma, ley y reglamento sea obscuro o ambiguo.

Luego de un análisis de las sentencias de la Corte Constitucional, respecto de los dictámenes del PGE se identifican dos tendencias claramente contradictorias: i) considerar al dictamen del PGE como un acto autorizado por la ley pero que no constituye norma jurídica; y ii) determinar que los dictámenes emitidos por la PGE, son actos normativos y por tanto sujetos de acción pública de inconstitucionalidad (art. 436, numeral 2 CRE).

Es claro que en las sentencias que se analiza, la Corte decidió considerar a los dictámenes como actos normativos, aspecto que deja claro que los actos normativos no solo se producen por los órganos legislativos nacionales y seccionales o por el Ejecutivo mediante decretos, decreto ley y reglamentos, sino que

2 López Medina, Diego. *El Derecho de los Jueces*. Bogotá, Legis, 2006, p. 88.

3 Circunstancia que de forma clara expone la sentencia interpretativa n.º S-001-09-SIC, que dice: “al PGE, según dispone el inciso 3 del Art. 237 de la Constitución, le corresponde: «el asesoramiento legal y la absolución de las consultas jurídicas a los organismos y entidades del sector público, con carácter vinculante, sobre la inteligencia y aplicación de la ley...», lo cual implica que *el Procurador no puede hacer interpretación constitucional con carácter vinculante y obligatorio so pena de incurrir en arrogación de funciones*”. (Énfasis añadido.)



Cuadro 1. Sentencias relacionadas con los pronunciamientos de la Procuraduría General del Estado (PGE) (Constitución 2008) <sup>4</sup>			
Dictamen del PGE, no es acto normativo.	S. 001-09-SIC-CC Prohíbe al PGE interpretar la Constitución con efectos vinculantes (13.03.09).		Dictamen del PGE es derecho objetivo por tanto norma jurídica.
		S. 002-09-SAN-CC. Se declara la inconstitucionalidad al dictamen emitido por el PGE (02.04.09).	
		S. 003-09-SIN-CC. Aeropuerto de Quito. Se declara inconstitucional el dictamen del PGE que justificaba el cobro de tarifas en el aeropuerto de Quito.	

158



posee un concepto más amplio, que no hace referencia al proceso de creación del acto normativo, sino a los efectos generales de hacer o no algo, como en el caso de los dictámenes emitidos por el Procurador General del Estado.

b) El PGE, mediante un ejercicio de interpretación literal había considerado que el artículo 3 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, le es plenamente aplicable a los aeropuertos de Quito D.M., en la parte que dice:

los recursos públicos no pierden la calidad de tales [...] *hasta tanto los títulos, acciones, participaciones, o derechos que representen ese patrimonio sean transferidos a personas naturales o personas jurídicas de derecho privado conforme con la ley.* (Énfasis añadido.)

Sobre esa base, afirmó que los contratos de concesión como el que mantiene el Municipio de Quito y la Compañía Quiport S.A., le transfieren al sector privado el control de los aeropuertos, razón por la cual quedaba fuera del control estatal.

Al respecto, la Corte Constitucional examinó la constitucionalidad del artículo 3 de la Ley de la Contraloría General del Estado, a la luz del artículo 211 de la Constitución de la República del Ecuador, que trata de las facultades de la Contraloría General del Estado, que dice: “organismo técnico encargado del control de la utilización de los recursos estatales, de las personas jurídicas de derecho privado que dispongan recursos públicos.” Razón por la cual, consideró que el referido artículo de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado no es inconstitucional,

4 La forma de explicar el presente problema jurídico, se sustenta en el marco diseñado por Diego López Medina.

porque tanto la Constitución como la ley hacen referencia al control del Estado en los casos que exista recursos públicos que aún no habían sido transferidos al sector privado en su totalidad. En ese sentido, los recursos percibidos por los aeropuertos de Quito son públicos, por tanto,

no pierden su calidad de tales al ser administrados por corporaciones, fundaciones, sociedades civiles, compañías mercantiles y otras entidades de derecho privado, cualquiera hubiere sido o fuere su origen, creación o constitución.

Respecto a este punto, la Corte fue clara en identificar que “la infraestructura, la pista y las edificaciones en general pertenecen al sector público y con más razón aun los recursos del público”.<sup>5</sup> Estas razones constituyen motivos de peso para considerar que la concesión no significa la transferencia total de un servicio público, únicamente temporal respecto a la administración. En ese sentido, es deber jurídico propio de los organismos públicos de control realizar la fiscalización de esas áreas que por su naturaleza pertenecen al sector público y, con más razón, si son parte estratégica del Estado Central (art. 261, numeral 10 CRE).

De otro lado, bajo la influencia clara de la doctrina constitucional comparada,<sup>6</sup> la Corte Constitucional del Ecuador asumió la teoría de *la constitucionalidad condicionada*, que

consiste en mantener la constitucionalidad de la norma siendo necesario para aquello disponer condiciones ya sea para la comprensión o aplicación de la norma infraconstitucional. En el caso de los aeropuertos de Quito, al haber encontrado que la interpretación del artículo 3 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado realizada por el PGE, es incompatible con el artículo 211 de la Constitución y por tanto inconstitucional; en ese sentido mediante interpretación con efectos generales, el PGE se había limitado las competencias de control de los recursos públicos administrados por personas jurídicas de derecho privado.

159

### 3.1 ¿La Corte Constitucional del Ecuador en la sentencia n.º 0003-09-SIN-CC actúa como legislador positivo?

Según la expresión de Hans Kelsen, el papel histórico de los tribunales y cortes constitucionales, es el de *legisladores negativos*, ya que se encargan de eliminar normas o confirmar su validez.<sup>7</sup>

La Corte Constitucional, como máximo intérprete de la Constitución, pero no el único, en uso de sus atribuciones (art. 429 CRE), puso de relieve esa facultad para apartarse del dualismo de declarar válida o eliminar una norma contraria a la Constitución, ya que al evitar que se elimine una norma infraconstitucional y condicionar su interpretación,

5 La sentencia aclara que se transfiere totalmente un recurso público al sector privado: i) cuando el recurso es de naturaleza transferible; ii) sea posible la transferencia a través de títulos, acciones y participaciones, ya que son instrumentos que específicamente guardan relación con actos contractuales como la compra venta, donación o cesión; y iii) a través de los procesos de remate, en los que el denominador común es el enajenamiento total de bienes del sector público hacia el sector privado.

En definitiva, la Corte Constitucional para el Período de Transición manifestó que los recursos públicos no pierden, ni perdieron la calidad de tal, a través de contrato de concesión, toda vez que este contrato no implica la transferencia de la propiedad de bienes públicos, con mayor razón cuando se trata de bienes pertenecientes a un aeropuerto, bienes que son, de acuerdo con la nueva Constitución, bienes públicos de carácter estratégico, y por tanto, son bienes objeto de control por parte de la Contraloría General del Estado.

6 Corte Constitucional del Colombia. *Sentencia n.º C-065/97*. Tribunal Constitucional de Perú. *Exp. n.º 004-2004-CC-TC*.

7 Kelsen, Hans. *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* Madrid, Tecnos, 1995.

introduce en adelante un requisito para la comprensión de esa norma. Esta técnica significa que las leyes así interpretadas fueran comprendidas conforme lo expresado por la Corte, es decir, se agrega una jurisprudencia al texto legislativo. Tal paso constituye sin duda un paso hacia la legislación positiva.<sup>8</sup> En ese sentido, la Corte indicó que el inciso segundo del artículo 3 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, en lo referente a los contratos de concesión deberá ser entendido así:

Se declara ajustada a la Constitución la siguiente interpretación constitucional condicionada, “[Art. 3, inciso 2 LOCGE] *hasta tanto los títulos, acciones, participaciones o derechos que representen ese patrimonio sean transferidos a personas naturales o personas jurídicas de derecho privado de conformidad con la ley.*” Sólo en cuanto se entienda que las disposiciones de esta parte de la norma no son aplicables al Contrato de Concesión, en tanto la celebración de un contrato de esta naturaleza no implica la transferencia del dominio de los bienes concesionados. En ese sentido los bienes públicos al ser administrados por corporaciones, fundaciones, sociedades civiles, compañías mercantiles y otras entidades de derecho privado, cualquiera que hubiere sido su origen, creación o constitución.

La Corte, al manipular la interpretación de una ley infraconstitucional, no solo ordena al órgano que emitió la comprensión errónea de una norma, sino que hace que prevalezca su interpretación de forma general, ya que adquiere efectos de cosa juzgada explícita, es decir, irradia obligatoriamente a todo el ordenamiento jurídico. Este desarrollo del derecho constitucional se sostiene bajo las siguientes premisas: i) generar un ordena-

miento coherente y sostener la Supremacía de la Constitución, y ii) expresar de forma clara que la labor del juez constitucional es salvar la norma hasta donde sea razonablemente posible; la expulsión de normas debe ser utilizada en última ratio.<sup>9</sup>

### 3.2 Sobre la naturaleza jurídica de los pagos realizados en los aeropuertos de Quito

La Corte Constitucional, luego de una nutrida argumentación de las razones constitucionales sobre los pagos realizados por el público en el Aeropuerto de Quito, explicó y sostuvo, que estos corresponden a “tasas”, al respecto indicó principalmente lo siguiente:

Conforme lo previsto en el artículo 211 de la Constitución de la República del Ecuador, el Estado Central tendrá competencias exclusivas sobre determinadas materias, estableciendo en su numeral 10: “el espectro radioeléctrico y el régimen general de telecomunicaciones; puertos y *aeropuertos*”. En tal sentido, es de comprender que en materia de aeropuertos la competencia es exclusiva del Estado Central, aspecto que se encuentra en consonancia con el artículo 314 de la Constitución, en lo relativo a la responsabilidad de la provisión de servicios públicos, como lo es el servicio aeroportuario.

El servicio público aeroportuario al ser de competencia exclusiva del Estado Central, es considerado como un servicio público, al que como pago del público le corresponde “tasas aeroportuarias” descartando lo sostenido por el Procurador General del Estado, quien indicaba que a esos pagos le correspondía la calificación de “tarifas”.

8 Diego López Medina, *op. cit.*, p. 55.

9 Expresiones utilizadas en la sentencia n.º 0003-09-SIN-CC, pp. 22-23.



Por su parte, la Corte Constitucional dijo:

[L]as tarifas aeroportuarias como término expuesto [...] por el Concejo Municipal de Quito D.M., se debe entender como una determinación racional de los costos, mediante el cual se aseguran los activos de las entidades de servicio público, con el fin de garantizar su financiamiento ajustando las tarifas a los cambios en los costos reales a fin de mantener un equilibrio económico financiero de la empresa y garantizar la cobertura futura de los servicios, tal como señala el artículo 313 de la Constitución de la República del Ecuador...<sup>10</sup>

Razón por la cual existe una relación en la noción de determinar las tarifas de las tasas; definiendo que los costos de los servicios públicos, los beneficios generados y los aspectos que sirven para determinar el costo a pagar por los contribuyentes son un parámetro tarifario para imponer una tasa.

La Corte, dejó claro que:

la tarifa es la cuantificación del cobro que debe darse por concepto de la prestación de un servicio público. En ese sentido, de ninguna forma implica que la determinación de tarifa privatice un servicio [público] ni mucho menos.

Finalmente, señaló que las tasas se rigen bajo las siguientes características y principios: i) legalidad tributaria, es decir, que las tasas se encuentran vigentes a través de una ley, en el caso de que la imposición tributaria se origine, modifique o extinga por parte del

Estado Central; y, de una ordenanza en caso de que las competencias le correspondan al Municipio;<sup>11</sup> ii) principio de reserva de ley, es una garantía constitucional que establece diferencias entre la ley común y la ley orgánica, por dos motivos: un trámite distinto — donde se exhibe la voluntad diferente a la necesaria para pronunciamiento de una Ley ordinaria, sea una mayoría especial, sea la intervención, en ciertos casos, de un sujeto diferente al poder legislativo—; y una materia especial. Al respecto, la Corte consideró que la creación modificación o extinción de una tasa aeroportuaria se realice mediante acto legislativo —Ley ordinaria en el caso del Estado Central; ordenanza en el caso de las municipalidades— mas no a través de un contrato de concesión;<sup>12</sup> y iii) son creadas para contribuir al gasto público en forma de una contraprestación de un servicio público.

### 3.3 Delegación de competencias a la luz de la Constitución de 1998 y la Constitución vigente, ruptura de precedente.

No partimos de cero entendiendo que la concesión de los aeroportuarios a los municipios y las empresas privadas como es Quiport S.A. fue otorgada bajo un régimen jurídico expuesto en la Constitución Política de 1998. Si bien es cierto, bajo las reglas del juego anteriores a la Constitución de Montecristi, la

10 Constitución de la República del Ecuador, artículo 314, que dice: “[...] El Estado dispondrá que los precios y las tarifas de los servicios públicos sean equitativos, y establecerá su control y regulación”.

11 Corte Constitucional del Ecuador, sentencia n.º 0003-09-SIN-CC, en base al respeto del principio de legalidad (arts. 132 y 301, CRE), consideró que las tasas aeroportuarias deben regirse al principio de legalidad, por lo tanto sostuvo que no es adecuado que las tasas aeroportuarias sean modificadas por personas jurídicas de derecho privado como lo es Quiport S.A., ya que había adquirido esa competencia mediante ordenanza n.º 0154-2005, la cual fue declarada inconstitucional por este motivo.

12 *Ibid.* La reserva de ley es una Garantía Constitucional, el régimen de competencias reconocido en el artículo 261 y más precisamente para el caso concreto en el numeral 10: “los aeropuertos forman parte del régimen de competencias exclusivas”, por tanto debe ser desarrollado mediante Ley Orgánica, por ser materia especial, que sustrae el trámite legislativo corriente.



delegación a los municipios era posible incluso a empresas privadas (art. 249, CPE/98). Sin embargo, bajo el régimen jurídico vigente la variación respecto de la delegación de los aeropuertos es lo suficientemente clara, ya que son de competencia exclusiva del Estado Central. Para ilustrar mejor este tema se expone en el cuadro n.º 2.

En consonancia con la Constitución Política de 1998, se expidieron dos leyes que posibilitaron la delegación de las competencias de los aeropuertos de Quito;<sup>13</sup> hecho que fue confirmado por el expresidente de la República Gustavo Noboa, mediante Decreto Ejecutivo.<sup>14</sup> Una vez que el tema aeroportuario se encontraba en manos del Municipio de Quito, este a través de la Ordenanza Municipal n.º 0154-2005, transfirió las competencias y consolidó el giro del tema aeroportuario a personas jurídicas de derecho privado como lo son la Corporación Aeropuerto de Quito (Corpaq) y Quiport S.A. Posteriormente, se presentó una demanda de inconstitucionalidad en contra de la Ordenanza Municipal referida, petición que fue rechazada por el Tribunal Constitucional, con un voto salvado.

El 20 de octubre del 2008 se derogó la Constitución Política de 1998, por un nuevo marco jurídico expuesto en la Constitución de Montecristi publicada en el Registro Oficial n.º 449, el 20 de octubre del 2008,<sup>15</sup> hecho que varió radicalmente los sectores del servicio público, en el caso concreto de los aeropuertos, sin embargo el PGE sostenía

que a los aeropuertos les eran aplicables las normas jurídicas del sistema jurídico anterior. Por su parte, la Corte Constitucional declaró: i) la inconstitucional parcial por el fondo de los pronunciamiento del PGE; ii) la inconstitucionalidad total por el fondo de la integridad de la Ordenanza que delegó al sector privado la competencia de los aeropuertos de Quito; y iii) rompió con el precedente generado por el ex Tribunal Constitucional, desatándose definitivamente de la filosofía que informaba el derecho constitucional de 1998.<sup>16</sup> Estos presupuestos son un indicador de que la presente sentencia influyó en el desarrollo del sistema de competencias de forma coherente con el ordenamiento jurídico superior, así como, el contenido de una nutrida argumentación permite identificarla como sentencia hito que forma parte de la doctrina constitucional relevante.

#### 4. Influencia de las sentencias constitucionales

Las sentencias a las que se hace referencia son las generadas en materia constitucional, se dividen en control de constitucionalidad de actos normativos, administrativos, por omisión (art. 436, numerales 2, 4 y 6), control concreto de constitucionalidad (art. 428 CRE) y protección de derechos, en resumen se puede destacar las siguientes características: i) las que se dictan en ejercicio del control abstracto de constitucionalidad surten

13 Ley n.º 1993-50, R.O. n.º 349, de 31 diciembre 2003, Privatización y prestación de servicios públicos por parte de la iniciativa privada y la Ley n.º 2002-58, R.O. n.º 503 de 28 enero 2002, Ley reformativa a los decretos leyes n.ºs 29 del 28 septiembre 1986 promulgado en R.O. n.º 532 de 29 septiembre del mismo año; y, 31, R.O. n.º 970 de 4 julio 1998.

14 Decreto Ejecutivo n.º 885, R.O. n.º 198 de 7 noviembre 2000, delega la construcción, administración y mantenimiento del nuevo aeropuerto de Quito.

15 Sentencia n.º 003-09-SIN-CC, en su interpretación sostiene que el marco de referencia de la nueva Constitución contiene nuevos valores y principios, los cuales son considerados irreconciliables con los de la Constitución anterior.

16 Cabe explicar: aún se encuentran vigentes las normas generales que delegaron la competencia de los aeropuertos a los municipios, razón por la cual la Corte Constitucional no retiró las competencias al Municipio de Quito que se sujetan a la aplicación de esas leyes dictadas con anterioridad a la Constitución.

Cuadro n.º 2 Problema jurídico				
	Ley n.º 1993-50 Modernización, delegación aeropuertos.			
Constitución de 1998, delegación de aeropuertos a municipios y empresas privadas. arts. 225-252.				
	Decreto Ejecutivo n.º 885-2000 transfiere competencias para que administre los aeropuertos al Municipio del Distrito Metropolitano de Quito.			Constitución vigente, los aeropuertos pertenecen de forma exclusiva al Estado Central artículo 261, numeral 10.
	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Ley n.º 2002-58 Reformatoria a la Ley de Aviación Civil, ordena que los municipios puedan regular las tasas aeroportuarias.</li> <li>• El Municipio de Quito en la Ordenanza Municipal 0154 2005, transfiere sus competencias a la Corpaq y Quiport S.A.</li> </ul>			
	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Sentencia del Tribunal Constitucional (T-016-036-2006), considera constitucional la ordenanza 0154-2005.</li> </ul>	Voto salvado declaró contrario a la Constitución/98.		
			Cambio de la Constitución, octubre del 2008.	
	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Pronunciamiento del Procurador enero y febrero del 2009. "El cambio de la Constitución no cambia la situación de los aeropuertos de Quito".</li> </ul>		<ul style="list-style-type: none"> <li>• Contralor General del Estado, los aeropuertos de Quito son fiscalizables.</li> </ul>	
				•

efectos de cosa juzgada y producen efectos generales hacia el futuro (art. 95, LOGJCC). El avance en materia de control abstracto de constitucionalidad viene expuesto por las sentencias que expide el órgano de control constitucional, como legislador positivo, sentencias manipulativas (art. 5, LOGJCC), con algunas variantes como son las aditivas, en la

cual se incrementa al texto de la norma examinada "una palabra o frase" para sostener su constitucionalidad; sustitutiva, expresa una norma en lugar de otra;<sup>17</sup> interpretativas, limita o expande el margen de comprensión de la norma según los parámetros de la Constitución (cosa juzgada explícita); y, las condicionadas que subsanan los elementos

17 Escudero, Jhoel. "El cambio de cultura jurídica en la interpretación constitucional". *Nuevas Instituciones del Derecho Constitucional*. Quito, Inredh, Serie n.º 14, 2009, pp. 81-82.

normativos en caso de omisión constitucional (art. 129, numeral 2 LOGJCC); ii) el control concreto de constitucionalidad ubica a todos los jueces como garantes de la Constitución, ya que al identificar en el caso concreto una o varias normas que sean incompatibles con la Constitución, deberán consultar motivadamente a la Corte Constitucional para que en sentencia se realice el respectivo control constitucional; y iii)<sup>18</sup> sobre protección de derechos constitucionales, sentencias emitidas por los jueces ordinarios y la Corte Constitucional.

Al respecto, cabe señalar que existe un cambio normativo respecto a la creación de jurisprudencia. Por un lado, la regla de la triple reiteración de fallos que irradiaba a todo el ordenamiento jurídico, la que impone la obligación de seguir una jurisprudencia solo cuando ha existido tres sentencias sobre el mismo hecho. De otro lado, las sentencias constitucionales que sin necesidad de someterse a generar tres fallos sobre un mismo hecho, en la primera sentencia podrían fundar una línea jurisprudencial aplicable obligatoriamente en el futuro para casos análogos, como bien señala el artículo 2, numeral 3 de la LOGJCC:

Obligatoriedad del Precedente Constitucional.- los parámetros interpretativos de la Constitución fijados por la Corte Constitucional en los casos sometidos a su

conocimiento tienen fuerza vinculante. La Corte podrá alejarse de sus precedentes de forma explícita y argumentada garantizando la progresividad de los derechos y la vigencia del Estado constitucional de derechos y justicia.

La norma regula la jurisprudencia vinculante y establece claros límites en el caso del cambio del precedente, por ejemplo, es que únicamente el órgano encargado de cambiar el precedente es la Corte Constitucional y el referido cambio no puede restringir los derechos constitucionales o el desarrollo alcanzado, definitivamente estas imposiciones restringen la libertad discrecional del juez ya que a la hora de resolver el caso concreto está en la obligación de revisar la jurisprudencia existente y, además, no deberá generar cambios jurisprudenciales que vayan en detrimento del desarrollo de los derechos constitucionales.

La influencia de la jurisprudencia constitucional se refleja en las relaciones políticas, en los casos de conflictos de competencia, así como en las decisiones sobre la discrecionalidad política del Parlamento, mediante instrumentos que forman parte del control como son la razonabilidad,<sup>19</sup> la ponderación<sup>20</sup> y la jerarquía axiológica.<sup>21</sup>

164



18 Guastini, Ricardo. "La Constitucionalización del Orden Jurídico". *Neoconstitucionalismo* (s). Ed. Miguel, Carbonell. Madrid, Trotta, 2003, p. 63.

19 *Ibid.* p. 72. Un ejemplo de razonabilidad ocurre al analizar la igualdad, que es violada cada vez que la ley, sin motivo "razonable", trata diferente a ciudadanos que se encuentran en las mismas condiciones. Este principio exige que toda distinción o clasificación introducida por el legislador sea razonable, no arbitraria, en suma justificada.

20 *Ibid.* p. 73. En ponderación de los principios sucede que dos principios constitucionales están en conflicto entre sí, que según algunos es un rasgo definitorio de los principios; en ese sentido las reglas se distinguen de los principios.

21 *Ibid.* p. 73. Conflictos entre normas, cronológico (*lex posterior*), jerarquía (*norma superior*). La técnica instaurada por la Corte consiste en instituir una jerarquía entre valores implicados por dos principios en conflicto. En virtud de tal jerarquía un principio cede a favor de otro, por lo demás, se advierte que la jerarquía es móvil, en el sentido de que es del todo posible que, en un caso, cierto principio (P1), prevalezca sobre otro principio (P2) y, sin embargo, en un caso distinto aunque similar al precedente: P2 prevalezca sobre P1. La jerarquía axiológica es resultado de un juicio de valor que implica ponderar principios.

#### 4.1. Parámetros de influencia: forma y nivel de influencia

Los parámetros para determinar la influencia de las sentencias constitucionales se podría identificar en dos grupos: por la forma y el nivel de influencia.<sup>22</sup>

a) Las formas<sup>23</sup> de influencia: i) interna, se verificará la importancia del tema y la carga argumentativa que refleja el nivel de debate al interior de la Corte Constitucional; ii) la influencia horizontal y vertical, es decir, la capacidad de la Corte de autocitarse, así como, la influencia de la sentencia para que sea seguida por los jueces inferiores,<sup>24</sup> en sentido vertical (art. 86, numeral 3), circunstancias que aportan a la generación de un sistema de justicia independiente; y iii) externa, se ejerce a través del derecho al acceso a la información pública y la libertad de expresión, diversas opiniones de juristas, estudiantes, periodistas y políticos comentando las sentencias. Cabe señalar que estos indicadores distintamente de las opiniones que se puedan realizar —sean a favor o en contra— dejan en claro el nivel de influencia y debate de las sentencias en el interior de la Corte Constitucional y hacia el exterior, señalando que existen casos que no generan el mismo interés o impacto, por lo tanto influyen en la órbita interna de la institución y únicamente se exteriorizan hacia las partes.<sup>25</sup>

b) Los niveles de la influencia de las sentencias constitucionales vienen compuestas por diferentes grados: leve, medio y alto: i) una sentencia que no revista complejidad en el debate y posee una baja carga argumentativa ya sea porque el juez constitucional aplica directamente una regla o continúe un precedente constitucional, que sea de interés únicamente de las partes se ubicaría en el nivel “leve”; ii) las sentencias que continúen una línea jurisprudencial, pero que en el debate se identifique la tendencia a cambiar el precedente —votos salvados— o aportan con el desarrollo de los derechos y que benefician a las partes.<sup>26</sup> Además, que obligan horizontalmente a la misma Corte y verticalmente a los jueces inferiores quienes deben someterse a la jurisprudencia de la Corte, ya sea, al cambio del precedente o al desarrollo del derecho, por tanto se encuentran en un “nivel medio”; y iii) las sentencias hito o fundadoras de línea jurisprudencial, que obligan a las partes y al sistema judicial a someterse a las reglas contenidas en las sentencias constitucionales, influyen de forma directa ya que señala una guía para casos análogos, es decir, posee efectos *erga homes*. Cabe indicar que en este tipo de sentencias se profundiza en el debate interno y externo, ya que funda una manera de regular un conflicto constitucional, razón por la cual el nivel de influencia es “alto”.

22 La primera hace referencia al análisis de la sentencia, como es la carga argumentativa y la influencia institucional interna y externa. En la segunda, se verificará la graduación del nivel de influencia de las sentencias constitucionales.

23 Cabe señalar que la forma se refiere al proceso de formación de la sentencia que permite analizar si la sentencia fue expedida por el pleno o una sala constitucional y la carga argumentativa.

24 En lo que se refiere a: acción de protección, hábeas corpus, hábeas data y acceso a la información pública.

25 En definitiva, las formas son: interna, horizontal-vertical y externa.

26 En relación con las partes las sentencias podrían ser: *inter partes*, *inter pares*, *inter comunis* y *erga homes*.



Finalmente, la sentencia de los aeropuertos de Quito, como lo refleja la argumentación<sup>27</sup> señala la capacidad de autocitarse respecto de los dictámenes del PGE,<sup>28</sup> respecto del tema de las tasas y tarifas; declara inconstitucionalidad de normas conexas (art. 436, numeral 3 CRE);<sup>29</sup> rompe con la obligatoriedad del precedente generado por el ex Tribunal Constitucional e introduce una interpretación al artículo 3 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado. En ese sentido, impone su propia doctrina constitucional y genera un debate argumentativo en la sentencia.<sup>30</sup>

De otro lado, se evidencia un debate externo, remite el estudio de las fuentes primarias como el seguimiento en el cual se han involucrado los medios de comunicación televisiva<sup>31</sup> y escrita —diario *El Comercio*, 30 de julio del 2009; diario *Hoy*; 25 de septiembre del 2009; diario *La Hora*— los comentarios de juristas y la relevancia en el debate académico realizado en las facultades de derecho de distintas universidades locales.<sup>32</sup> Razón por la cual, se considera que la presente sentencia posee un alto nivel de influencia en el sistema constitucional.

## 5. Conclusiones

Cabe destacar que las sentencias constitucionales revisten de una importancia sin precedentes para nuestra época, dan cuenta de la existencia de un mecanismo de desarrollo e influencia en el derecho, como parte del sistema de fuentes y señalan el camino de cómo aplicar la Constitución a los casos concretos de forma justa, deber constitucional impuesto a una administración de justicia independiente.

El análisis de la sentencia relativa a los aeropuertos de la Ciudad de Quito D.M. es rica en argumentación y desenlaza los conflictos relativos a la norma aplicable, optando por el respeto a la nueva Constitución, en ese sentido, es enfática en sostener que las normas infraconstitucionales, en general, deben generar coherencia con la nueva Constitución.

Respecto del análisis formal de las sentencias constitucionales, referente a su proceso de formación y la importancia del nivel de influencia que permitirá manejar de forma adecuada el sometimiento, continuación o

27 Los temas relevantes son: 1. ¿Cuál es la naturaleza jurídica de los pronunciamientos emitidos por el Procurador General del Estado? 2. ¿Cuál es la interpretación constitucional adecuada del artículo 3 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado? 3. ¿Cuál es la naturaleza jurídica de los pagos hechos por los particulares en el aeropuerto de Quito? 4. ¿Son parcialmente inconstitucionales por el fondo, los actos administrativos con efectos generales oficios n.º 5929 de 3 febrero 2009, y 5569 de 5 enero 2009, emitidos por el Procurador General del Estado, por contravenir a las disposiciones establecidas en la Constitución de la República del Ecuador? 5. ¿Son obligatorios las resoluciones (pasadas en autoridad de cosa juzgada) contenidos en las Resoluciones del ex Tribunal Constitucional, que sostenían la Constitución de 1998? 6. Determinar la inconstitucionalidad de normas conexas.

28 En este caso, la sentencia de los aeropuertos continúa precedente señalado por la sentencia n.º 002-09-SA-CC, referente a los discapacitados.

29 Se refiere a la declaración de inconstitucionalidad conexas de la ordenanza n.º 0140-2005 y la ruptura del precedente constitucional generado en la sentencia acumulativa n.º 0016-0036-2006-TC.

30 Señaló que para el futuro en general, la Corte no está obligada a decidir con los parámetros de la Constitución de 1998, ni someterse a la doctrina constitucional contenida en las sentencias del ex Tribunal Constitucional (*supra*).

31 En los espacios de noticias se ha realizado el seguimiento a la sentencia (Ecuavisa, Teleamazonas, ETV, Telerama y Gamavisión), en los que presentaron diferentes opiniones respecto del análisis de la sentencia conocida como el caso de los aeropuertos, dentro de las cuales se destaca la intervención de Macarena Valarezo, opositora al proyecto desde el inicio. Carlos Polit, contralor general del Estado, actor del proceso; Augusto Barrera, alcalde de la ciudad de Quito D.M.; así como, Paco Moncayo, en contra de lo dictaminado por la Corte Constitucional; y en la misma línea, Jaime Nebot Saadi, alcalde de Guayaquil. Fechas: entre el jueves 30 de junio y el 14 de agosto del 2009.

32 Entrevista a estudiante de la Universidad Andina Simón Bolívar sobre la discusión relacionada con la sentencia n.º S-003-009-SIN-CC. Posterior publicación de artículo en el *Revista de Derechos Foro*, 11 (Quito, UASB).

diferenciación, de las líneas jurisprudenciales marcadas por el precedente y sus diversas transformaciones.

## 6. Bibliografía

- Escudero, Jhoel. "El cambio de cultura jurídica en la interpretación constitucional". *Nuevas Instituciones del Derecho Constitucional Ecuatoriano*. Comps. Cordero, David y Luis Saavedra. Quito, Serie n.º 14, 2009.
- Ferrajoli, Luigi. *Pasado y Futuro del Estado de Derecho. Neoconstitucionalismo (s)*. Comp. Miguel Carbonell. Madrid, Totta, 2003.
- Guastini, Ricardo. "La Constitucionalización del Orden Jurídico". *Neoconstitucionalismo (s)*. Comp. Miguel Carbonell. Madrid, Trotta, 2003.
- Kelsen, Hans. *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* Madrid, Tecnos, 1995.
- López Medina, Diego. *El Derecho de los Jueces*. Santa Fe de Bogotá, Legis, II Edición, 2006.
- Zagrebelsky, Gustavo (1995). *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. 6ª ed. Madrid, 2005.

### Normas

- Constitución Política del Ecuador. Registro Oficial n.º 1 del 11 de agosto de 1998.
- Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial n.º 449, de 20 de octubre del 2008.
- Decreto Ejecutivo n.º 885-RO. n.º 198 de 7 de noviembre del 2000.
- Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Jurisdiccional. Segundo Suplemento de Registro Oficial n.º 52 de jueves 22 de octubre del 2009.
- Ley Reformatoria de los decretos leyes n.ºs 29 del 28 de septiembre de 1986. Registro Oficial n.º 532 de 29 de septiembre del mismo año; y 31, Registro Oficial n.º 970 de 4 de julio de 1998.

- Ley n.º 1993-50. Registro Oficial n.º 349 de 31 de diciembre del 2003.
- Ley n.º 2002-58. Registro Oficial n.º 503 de 28 de enero del 2002.

### Jurisprudencia

- Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia n.º 001-09-SIC-CC.
- \_\_\_\_\_. Sentencia n.º 002-09-SAN-CC.
- \_\_\_\_\_. Sentencia n.º 0003-09-SIN-CC.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia n.º C-065/97.
- Tribunal Constitucional de Perú. Exp. n.º 004-2004-CC-TC.





# Jurisprudencia



# Exenciones tributarias: un derecho constitucional de las personas con discapacidad

Pablo Alarcón Peña\*

## Resumen

La sentencia objeto del presente estudio, se constituyó en la fundadora de la novedosa garantía jurisdiccional de derechos reconocida en la Constitución de la República: la acción por incumplimiento. Por otro lado, la garantía citada, interpuesta por parte de un grupo de atención prioritaria, permitió a la Corte Constitucional ejercer por primera vez el control de oficio de constitucionalidad de normas conexas. Finalmente, la sentencia demuestra la utilización de una serie de métodos de interpretación constitucional que merecen ser analizados y discutidos.

— umbral —

## 1. Introducción

¿Una nueva visión de la ciencia jurídica? ¿Nuevas técnicas de interpretación? ¿Qué es ponderar? ¿Se han incorporado nuevas garantías jurisdiccionales en el texto constitucional? ¿Cuáles son las competencias de la nueva Corte Constitucional del Ecuador? ¿Cuál es el nuevo rol que se ve obligado a desempeñar el juez constitucional? ¿Qué es la justicia material?, entre otras, son interrogantes frecuentes que se han generado a partir de la promulgación de la Constitución de la República del Ecuador, el 20 de octubre de 2008. En efecto, la incorporación de un nuevo modelo de Estado en el artículo 1 de la Constitución (*Estado constitucional de derechos*) ha irradiado respecto al ordenamiento jurídico ecuatoriano una serie de efectos, que por su novedad y trascendencia merecen ser profundizados, desarrollados y, finalmente, difundidos.

171



*Grupos de atención prioritaria, acción por incumplimiento, inconstitucionalidad de normas conexas, ponderación, proporcionalidad, argumentación jurídica, igualdad, idoneidad, necesidad, razonabilidad, silogismo, justicia material, fórmula del peso, modulación.*

\* *Baccalaureus Artium* en ciencias jurídicas y abogado, Universidad San Francisco de Quito. Diploma superior en derecho, mención derecho constitucional y magister en derecho, mención derecho constitucional, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Doctorando en derecho constitucional de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Docente de la Universidad de Especialidades Espíritu Santo y Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Correo electrónico: [palarconpe@gmail.com](mailto:palarconpe@gmail.com)



En atención a ello, la Corte Constitucional para el Período de Transición, consciente de una nueva realidad jurídico-política, y con el fin de aportar al necesario proceso de socialización de los contenidos previstos en la Carta fundamental vigente, ha impulsado la realización y apertura de distintos foros, entre ellos, seminarios, talleres y, principalmente, ha hecho de sus sentencias una auténtica fuente del derecho. En esa línea, se pueden evidenciar cambios sustanciales, no solo respecto a las decisiones de fondo que se han adoptado desde que la Corte Constitucional asumió las funciones previstas en la Carta fundamental vigente, sino incluso desde su estructura, que de ser identificadas en el pasado —*en su mayoría*— como exegéticas, subsuntivas, típicas y estimatorias —*acordes con un modelo de Estado de características legalistas y administrativistas*—, pasaron a ser ampliamente argumentadas.

Tan importante ha sido la transformación que ha venido promoviendo la Corte Constitucional del Ecuador mediante sus fallos, que constitucionalistas prestigiosos, nacionales como extranjeros, entre ellos, Manuel Atienza, Luis Fernando Torres, Alí Lozada han dedicado su tiempo a la elaboración de estudios relacionados con las sentencias que ha promulgado el órgano rector de la justicia constitucional del Ecuador. Así también, desde el ámbito de la academia, connotadas universidades del país han incluido en sus programas de posgrado, análisis relacionados a los avances y deficiencias que han podido identificar en las sentencias de la Corte ecuatoriana.

Sin duda, más allá de ser objeto de críticas o halagos, aspectos comprensibles si tomamos en cuenta que la Corte ha iniciado un proceso de transformación, las sentencias de la Corte Constitucional han permitido que se difundan a nivel nacional e internacional los avances doctrinarios inmersos en el constitucionalismo contemporáneo ecuatoriano, y

lo más importante, la forma de aplicarlos en casos concretos.

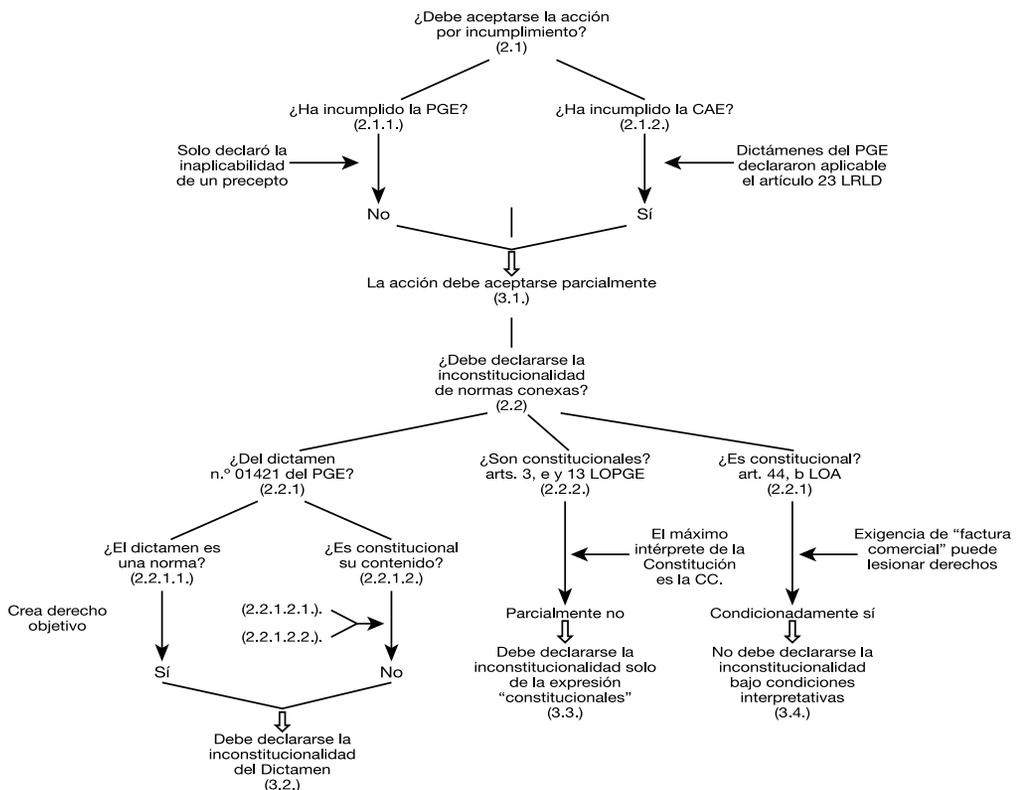
En ese contexto, el presente análisis se desarrollará sobre la base de una de las sentencias *hito fundadoras de línea* expedidas por la Corte Constitucional para el Período de Transición. En la misma, se podrá constatar cómo a partir de la activación de una de las nuevas garantías jurisdiccionales de conocimiento exclusivo de la Corte Constitucional, —*la acción por incumplimiento prevista en el artículo 93 de la Constitución de la República*—, por parte de un *grupo de atención prioritaria*, se abordaron una serie de temas inherentes al paradigma del Estado Constitucional y a las nuevas competencias de la Corte Constitucional del Ecuador. Entre esos temas se destacan: la naturaleza de las garantías bajo la visión del constitucionalismo contemporáneo; la naturaleza, alcance y efectos de la acción por incumplimiento; la reparación integral (elemento no previsto en la Constitución Política de 1998); el rol del juez constitucional bajo el paradigma del Estado Constitucional; la utilización de métodos interpretativos exclusivamente exegéticos o deductivos para el caso de antinomias entre normas de estructura hipotética; la relevancia de la protección estatal respecto a los grupos de atención prioritaria; la naturaleza jurídica de los dictámenes que emite el Procurador General del Estado; la atribución legal de interpretación constitucional vinculante que ostentaba el Procurador General del Estado; la Corte Constitucional como máximo órgano de interpretación constitucional vinculante; las nuevas técnicas interpretativas a utilizarse para el caso de conflictos o colisión entre principios y derechos constitucionales —normas de estructura tética—: la ponderación de derechos en concreto; la imposibilidad de realizar ponderaciones en abstracto (igualdad jerárquica de derechos); la razonabilidad, la proporcionalidad, la maximización de los efectos normativos de

los derechos fundamentales; la fórmula del peso de Robert Alexy como forma de esquematización de los resultados de una ponderación racional previa; la importancia del establecimiento de sentencias atípicas; el control abstracto de constitucionalidad; la declaratoria de inconstitucionalidad de oficio de normas conexas cuando en los casos sometidos a conocimiento de la Corte se concluya que una o varias de ellas son contrarias a la Constitución (nueva competencia de la Corte Constitucional, artículo 436, numeral 3); la modulación de sentencias en el tiempo, materia y espacio: la declaratoria de constitucionalidades condicionadas e inconstitucionalidades reductoras, entre otras.

Todo lo dicho puede ser identificado a detalle en el esquema proporcionado por el maestro Manuel Atienza y Alí Lozada en su reciente visita al Ecuador, con ocasión del taller “Análisis de argumentaciones judiciales” desarrollado en Quito el 10 de octubre de 2009. El mentado estudio resume en gran medida la forma como se adoptaron las soluciones para los problemas jurídicos identificados.

En virtud de lo expuesto, y considerando que los temas que abordó en el fallo en cuestión, se encuentran ampliamente desarrollados en la sentencia emitida por la Corte Constitucional, optaré por analizar y

**Esquema<sup>1</sup>**



1 Atienza, Manuel y Alí Lozada. “Caso Game Muñoz y Luna Narváez. Sentencia n.º 005-2008-AN de la Corte Constitucional ecuatoriana”. Quito, Taller: Análisis de argumentaciones judiciales, 10 octubre 2009, p. 23.

aclarar algunos aspectos que han podido generar dudas en el *auditorio universal*. Es así que los temas que se abordarán serán los siguientes: 1) La importancia de la doctrina y de la argumentación jurídica en una sentencia constitucional hito fundadora de línea; 2) Técnicas interpretativas tradicionales vs. técnicas de interpretación constitucional; y 3) La fórmula del peso de Robert Alexy, como mecanismo de esquematización de los resultados de una ponderación racional previa.

### 1. La importancia de la doctrina y de la argumentación jurídica en una sentencia constitucional hito fundadora de línea

174

Siendo que el análisis central del acápite en cuestión se encuentra relacionado íntimamente con técnicas de argumentación jurídica, que mejor que recurrir al estudio conjunto elaborado por el maestro y director de *Doxa*, Manuel Atienza y Alí Lozada, en relación con la sentencia materia del presente estudio. En el mismo, se podrán constatar una serie de criterios relacionados con la estructura de la sentencia y la forma como se desarrolló la argumentación jurídica.

Cabe señalar que el presente análisis no pretende ser considerado una verdad única, menos aún descalificar los criterios provenientes de un jurista tan connotado como lo es Atienza, pero sí pondrá de manifiesto dos aspectos muy importantes: primero, la posibilidad de generación de criterios doctrinarios distintos respecto a un mismo tema o conflicto; y segundo, la relevancia del contexto geográfico y circunstancial en el que se adopta una decisión judicial.

Así por ejemplo, más allá de que el fallo en cuestión haya sido calificado por Atienza y Lozada como una “buena sentencia, justa y

bien motivada”, se mencionó también lo siguiente:

La única observación más o menos crítica que cabría hacer es que la sentencia es quizás excesivamente prolija. Por lo demás, en la sentencia se plantean cuestiones interesantes de teoría del Derecho. Y una cuestión de fondo sobre el diseño de las instituciones y sobre cómo debe comportarse un tribunal —particularmente, una Corte Constitucional— en una situación de “institucionalidad en formación.” [Más adelante] La sentencia da, en ocasiones, la impresión de que más que una sentencia es un trabajo de dogmática jurídica o de teoría del derecho. [Más adelante] Así, las referencias al constitucionalismo y al Derecho comparado son bastante inútiles [no merece la pena insistir en ello] para justificar que la Corte Constitucional podía entrar a revisar la constitucionalidad de las normas conexas, ya que hay un artículo clarísimo de la Constitución ecuatoriana que así lo establece.<sup>2</sup>

Varios aspectos caben ser advertidos a partir del criterio señalado. Primero, los propios autores del análisis (Atienza y Lozada) reconocen la situación circunstancial bajo la cual fue adoptada la decisión en cuestión, es decir, una época de transición en la que por primera vez se había conformado una Corte Constitucional en el Ecuador. Aquello como es lógico, trajo como consecuencia que la Corte para el Período de Transición deba ser la primigenia en el desarrollo y por sobre todo en la enseñanza a partir de sus fallos, de los novedosos contenidos inmersos en el constitucionalismo contemporáneo y, por consiguiente, en la Constitución de la República vigente. Segundo, a pesar de haber reconocido dicho elemento temporal y circunstancial, Atienza y Lozada, demuestran su inconformidad con la utilización de doctrina extranjera y con la remisión permanente al

<sup>2</sup> *Ibíd.*, p. 24.

constitucionalismo para sustentar o justificar la aplicación de una norma constitucional en el caso concreto. Aquel criterio, muy respetable por cierto, daría a entender que el solo hecho de la vigencia de una norma, por más novedosa que esta sea, genera una claridad tal que su interpretación y aplicación no podrían generar mayor problema en la práctica (criterio propio del formalismo jurídico del siglo XIX). Aquello se encuentra muy lejos de la realidad pues basta remitirnos a la experiencia vivida en los distintos foros organizados por la Corte Constitucional a nivel nacional, y a las demandas que llegan diariamente a la institución, para confirmar la incertidumbre que existe a todo nivel de la ciudadanía con relación a los nuevos contenidos previstos en la Carta fundamental, empezando por el nuevo modelo de Estado que rige al Ecuador, pasando por la presencia de nuevas garantías jurisdiccionales, nuevas competencias, nuevos derechos y terminando por la modificación sustancial del aparato orgánico institucional del Estado.

Ante esa realidad, no se puede concebir que una Corte Constitucional, con mayor razón una de transición, se limite a ser un órgano mecánico aplicador de reglas vigentes. En efecto, era el momento preciso para que la jurisprudencia constitucional ocupe su lugar, y trace el camino hacia la consolidación de una auténtica fuente del derecho: la jurisprudencia.

Ahora bien, tomando como premisa el contexto bajo el cual ha debido operar la Corte Constitucional para el Período de Transición, resulta oportuno determinar a la luz de la doctrina bajo que categoría de fallos se inserta la sentencia n.º 002-09- SAN-CC. Solo a partir de ello, se podrá determinar si la sentencia en cuestión, se asemeja más a un trabajo de dogmática jurídica o de teoría del

derecho, como en efecto lo sostienen Atienza y Lozada.

El profesor Diego López Medina, al referirse a los distintos tipos de fallos que podrían identificarse al interior de una línea jurisprudencial aborda y explica con claridad qué debe entenderse por una sentencia hito fundadora de línea en el contexto colombiano:

En primer lugar se encuentran las sentencias fundadoras de línea. Estos son fallos usualmente proferidos en el período inicial de la actividad de la Corte (1991- 1993), en los que se aprovecha sus primeras sentencias de tutela o de constitucionalidad para hacer enérgicas y muy amplias interpretaciones de derechos (u otros institutos) constitucionales. Son sentencias a menudo muy ambiciosas en materia doctrinaria y, en las que se hacen grandes recuentos históricos y comparados (a falta de experiencia jurisprudencial local) de los principios y reglas relacionados con el tema bajo estudio. Son por sus propósitos, sentencias eruditas a veces manipulosas y casi siempre largas, redactadas en lo que Kart Llewellyn llamaba *grand style*; se apoyan en el vacío jurisprudencial existente, en aquél entonces para consagrar visiones reformistas de la sociedad colombiana.<sup>3</sup>

Los argumentos esgrimidos por el profesor López Medina en relación al contexto colombiano, en concreto a la fase de actividad inicial de la Corte Constitucional colombiana en 1991 resulta plenamente equiparable a la realidad ecuatoriana. En efecto, ante la presencia de una nueva Constitución, una nueva Corte Constitucional, y también ante la ausencia de precedentes jurisprudenciales, es evidente que la Corte ecuatoriana debía llenar ese vacío e intentar, a partir de fallos como el que nos ocupa, difundir la nueva realidad jurídica y política que atraviesa Ecuador, realidades que sin duda van de la mano con el Estado constitucional de derechos.

3 López Medina, Diego. *El derecho de los jueces*. Bogotá, Editorial Legis, 2008, p. 164.



Es así que la remisión a la doctrina nacional como comparada, y la explicación detallada de los efectos que irradia el Estado constitucional de derechos, en antítesis a los criterios de Atienza y Lozada, resultaba completamente necesaria. Por otro lado, “si un fallo está bien motivado, y alcanza la justicia material” —tal como lo señalan los doctrinarios citados—, entonces se torna irrelevante su extensión física, más aún cuando se trata de una sentencia hito fundadora de línea que se expidió pocos meses después de la promulgación de la Constitución de la República vigente.

176



Por otro lado, cabe señalar que la utilización de citas bibliográficas en fallos no resultan ser simples adornos que dotan a las sentencias de una elegancia particular o que pretenden dificultar su entendimiento, por el contrario, resulta ser, al menos en la sentencia que nos ocupa, uno de los cambios más palpables si analizamos y comparamos con las sentencias que se emitían en el pasado. La incorporación de citas bibliográficas, no solo que guarda respeto con los derechos de autor del titular de una obra sino que incluso contribuye notablemente a la argumentación jurídica y a la difusión de doctrinas interesantes que no siempre son conocidas y que, en definitiva, aportan al conocimiento de la ciudadanía en general.

En definitiva, ante las circunstancias descritas, y en presencia de un nuevo modelo de Estado que lleva consigo profundas modificaciones respecto a todo el ordenamiento jurídico ecuatoriano, se torna necesaria una labor mancomunada. La responsabilidad de difusión y enseñanza de los contenidos plasmados en la Carta fundamental no puede recaer únicamente sobre la academia, por el contrario, bajo la visión del constitucionalismo contemporáneo, el juez constitucional debe inmiscuirse, y aportar a partir de sus

fallos, a la consolidación de un verdadero derecho jurisprudencial, una auténtica fuente del derecho que pueda aportar a la sociedad en su conjunto y que rompa finalmente, con aquellas estructuras tradicionalmente formalistas y jerárquicas que existieron entre quienes ostentaban el poder jurisdiccional y sus usuarios.

## 2. Técnicas interpretativas tradicionales vs. técnicas de interpretación constitucional

En armonía con lo expuesto en líneas anteriores, esto es, el contenido didáctico que se plasma en la sentencia n.º 002-09-SAN- CC, la Corte Constitucional puso de manifiesto una de las principales transformaciones que ha traído consigo el paradigma del Estado constitucional. En efecto, en el fallo en cuestión, la Corte remarca la importancia que reviste la utilización de técnicas interpretativas apropiadas que respeten y tomen en cuenta los contenidos axiológicos plasmados en la Constitución. Y es que de conformidad con el Estado constitucional de derechos y justicia, y bajo la nueva visión del derecho, “el constitucionalismo contemporáneo”, el juez constitucional, o quien interprete la Constitución, debe propender a alcanzar una decisión justa. Aquello como es lógico, involucra toda una transformación en cuanto a la forma de interpretar y concebir el derecho, será la norma válida —aquella que respeta los contenidos axiológicos— y no la vigente la que deba ser aplicable para la solución de un caso concreto.

En esa línea, la Corte Constitucional deja en claro por un lado, que ante la presencia de antinomias entre reglas de estructura hipotética la utilización de técnicas tradicionales de interpretación subsuntiva será plenamente

válida, en tanto en cuanto su resultado no conlleve la limitación desproporcionada de derechos constitucionales. Por otro lado, determinó que ante la colisión entre derechos constitucionales que pueden hallarse inmersos en las reglas que han entrado en pugna, será la ponderación la técnica interpretativa idónea para constatar cuál es el derecho a aplicarse para el caso concreto.

Ante el proceso de rematerialización que ha sufrido el ordenamiento jurídico, en el que los principios y derechos constitucionales han adquirido un carácter vinculante, el intérprete debe ampliar su visión tradicional de la regla, y previa la utilización mecánica de un método interpretativo exegético, está en la obligación de constatar hasta qué punto su aplicación podría conllevar la afectación implícita de un derecho constitucional. En caso de no hacerlo, su decisión —en tanto intérprete de la Constitución—, más allá de estar en contradicción con el Estado constitucional y con la nueva visión del derecho, corre el grave riesgo de devenir en inconstitucional.

Fue precisamente eso lo que sucedió en el caso concreto, el Procurador General del Estado, en tanto intérprete legal y constitucional, de conformidad con sus atribuciones previstas en el artículo 216 de la Constitución Política de 1998 (vigente en ese entonces), y de los artículos 3 y 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado (objeto de una inconstitucionalidad reductora), emitió un dictamen vinculante relacionado con la consulta solicitada por el Director Nacional del Consejo Nacional de Discapacidades respecto a la aplicabilidad del artículo 23 de la Ley Reformatoria a la Ley sobre Discapacidades. En dicho dictamen, determinó en primer lugar, la presencia de antinomias entre el contenido de cuatro disposiciones legales (ver cuadro 1): el artículo 23 de

la Ley sobre Discapacidades (ordinaria); artículo 27, literal i de la Ley Orgánica de Aduanas; artículo 50 de la Ley de Tránsito y Transportes Terrestres; y artículo 6 del Convenio de Complementación en el Sector Automotriz. Mientras la regla prevista en el artículo 23 de la Ley sobre Discapacidades autorizaba de manera expresa la importación de vehículos ortopédicos y no ortopédicos, nuevos o de hasta tres años de fabricación libre de impuestos a favor de la población discapacitada, el artículo 27 de la Ley Orgánica de Aduanas, artículo 50 de la Ley de Tránsito y Transportes Terrestres y artículo 6 del Convenio de Complementación Automotriz, prohibían la importación de vehículos no ortopédicos y usados a favor de este grupo de atención prioritaria. Una vez detectada dicha antinomia, el Procurador a partir de la utilización de un método tradicional jerárquico, y siendo que la Ley sobre Discapacidades es una ley ordinaria, determinó su inaplicabilidad y, por tanto, prohibió la importación de vehículos no ortopédicos de hasta tres años de fabricación en beneficio de la población discapacitada. Cabe señalar en este punto, que la justificación práctica para la autorización de importación de vehículos no ortopédicos libre de impuestos, encuentra razón de ser en aquellos casos en que producto de un alto grado de discapacidad, la persona se encuentre imposibilitada de conducir por sus propios medios, aun cuando se tratare de un automóvil ortopédico. Como consecuencia de ello, y para garantizar su movilidad, el artículo 23 de la Ley sobre Discapacidades contemplaba la posibilidad de que previo a la autorización respectiva del Conadis, la persona discapacitada pueda designar un conductor para el automóvil, aspecto que abría la posibilidad para la importación libre de impuestos de vehículos no ortopédicos.





Es evidente que la decisión adoptada por el Procurador General del Estado a partir de la utilización de un método interpretativo exegético habría sido correcta desde el punto de vista de un Estado Liberal de Derecho, en el que los derechos y la justicia se reducían a lo establecido por la ley.<sup>4</sup> No obstante, bajo la lógica del Estado constitucional, semejante proceder no podía encontrar sustento alguno. En efecto, lo primero que debe advertirse, es que si bien el método de interpretación jerárquico resulta un criterio idóneo para la solución de antinomias, no lo es menos, que la elección del mismo para el caso de colisión implícita de derechos constitucionales, o ante la restricción de uno de ellos, resulta insuficiente. Así, por ejemplo, en el caso concreto, cada una de las reglas infraconstitucionales que entraron en colisión, hallaban detrás un contenido axiológico plasmado en un derecho constitucional,<sup>5</sup> veamos:

Bajo esas circunstancias, y ante un contenido axiológico implícito en las reglas infraconstitucionales de estructura hipotética que colisionaron en el caso concreto, es evidente que la inaplicabilidad de la regla prevista en el artículo 23 de la Ley sobre Discapacidades, a partir de un dictamen vinculante, catalogado por la Corte Constitucional como norma que modificó y creó un nuevo derecho objetivo, devino en la limitación del derecho previsto en el numeral 4 del artículo 47 de la Constitución de la República. Por ese motivo, al parecer, la Corte Constitucional se vio en la obligación de acudir, en primer término, a dos técnicas interpretativas propias de los principios constitucionales, la proporcionalidad y la razonabilidad, para finalmente, a partir de la ponderación, determinar cuál de los derechos constitucionales debía prevalecer para el caso concreto.

Cuadro 1	
Artículo 23, Ley Sobre Discapacidades	→ Artículo 47, numeral 4, de la Constitución: Se reconoce a las personas con discapacidad exenciones en el régimen tributario.
Artículo 27, Ley Orgánica de Aduanas	Artículos 14 y 66, numeral 25, de la Constitución
Artículo 50, inciso primero, Ley de Tránsito	→ Derechos de defensa del consumidor y medioambiente
Artículo 6, Convenio de Complementación en el Sector Automotriz	

4 Véase Zagrebelsky, Gustavo. "Del Estado de Derecho al Estado Constitucional". *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Madrid, Editorial Trotta, 1999, p. 33.

5 Véase Corte Constitucional del Ecuador. *Sentencia n.º 002-09-SAN-CC*, p. 25: En la especie, el Procurador General del Estado optó por aplicar el Convenio de Complementación en el sector Automotriz, La Ley Orgánica de Aduanas y finalmente la Ley de Tránsito y Transportes Terrestres, e inaplicó el artículo 23 de la Ley Reformatoria a la Ley sobre Discapacidades, que desarrolla el ejercicio de derechos fundamentales previstos en la Constitución y en Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos ratificados por el Ecuador, relacionados con grupos de atención prioritaria como es el caso de la población discapacitada. Un derecho contemplado de manera general en la Constitución se beneficia del desarrollo de normas de inferior jerarquía que amplían su contenido y detallan las maneras de ejercerlo, sin que la ausencia de esta reglamentación sea objeción válida para violarlo o desobedecerlo. Cuando existen normas infraconstitucionales que se refieren a previsiones constitucionales sobre derechos humanos, estas no hacen más que desarrollar el contenido original del derecho.

## 2.1. ¿Por qué se utilizó el principio de proporcionalidad?

Como se mencionó previamente, la Corte Constitucional en el fallo materia de análisis, determinó que los dictámenes vinculantes que emite el Procurador General del Estado tienen el carácter de norma, en tanto en cuanto crean derecho objetivo. A partir de ello, la Corte pudo iniciar con el test de constitucionalidad previsto en el numeral 3 del artículo 436 de la Constitución. Es claro que si el Procurador General del Estado determina la inaplicabilidad con carácter vinculante de un precepto normativo infraconstitucional, dicha decisión, entendida como acto normativo, podría conllevar una vulneración a la Constitución. En efecto, siendo que el contenido de los derechos constitucionales halla regulación en normas de inferior jerarquía,\* resulta lógico pensar que una decisión de esa naturaleza podría devenir en una limitación al ejercicio de un derecho constitucional.

A partir de ello la Corte Constitucional analiza, inicialmente, hasta qué punto el dictamen de inaplicabilidad emitido por el Procurador General del Estado pudo limitar desproporcionadamente el derecho previsto en el numeral 4 del artículo 47 de la Constitución de la República. Debe quedar en claro que no existen derechos absolutos, sino que cada derecho se enfrenta a la posibilidad de ser limitado, por esa razón el principio de proporcionalidad aparece como la técnica a utilizar para determinar de qué manera y con qué requisitos se pueden limitar derechos.<sup>6</sup>

## 2.2. ¿Cómo se aplicó el principio de proporcionalidad en el caso concreto?

Ramiro Ávila Santamaría determina que la proporcionalidad es un principio por medio del cual se legitima la intervención del Estado en el ejercicio de derechos humanos.<sup>7</sup> Por su parte, en cuanto a su estructura, Carlos Bernal Pulido sostiene que el estándar de proporcionalidad tiene tres elementos: la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad propiamente dicha.<sup>8</sup> La *idoneidad* ayuda a apreciar que la limitación de un derecho contribuye a la consecución de un fin legítimo, que no puede ser otro que un derecho humano de igual jerarquía; en el caso concreto cabe preguntarse: ¿la prohibición de importación de vehículos no ortopédicos de hasta tres años de fabricación libre de impuestos, que priva del derecho a la exención tributaria de las personas discapacitadas, podría resultar una medida idónea para precautelar los derechos a un medioambiente sano de los consumidores? No, ya que si bien el fin puede ser catalogado como legítimo tomando en consideración que ambos derechos de conformidad con el artículo 11, numeral 6 de la Constitución tienen la misma jerarquía, es evidente que la importación de un vehículo de apenas tres años de fabricación no resulta ser el principal hecho generador de la contaminación ambiental, razón por la cual, su limitación no contribuiría en mayor grado a la consecución del fin deseado. La *necesidad* por su parte, contribuye al análisis entre varias medidas idóneas, y sugiere escoger la

\* Véase el artículo 11, numeral 8 de la Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial n.º 449 de 20 octubre 2008

6 Carbonell, Miguel. "Introducción: El Principio de Proporcionalidad y los derechos fundamentales". *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, p. 10.

7 Ávila Santamaría, Ramiro. "El principio de legalidad vs. el principio de proporcionalidad". *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, p. 332.

8 Bernal Pulido, Carlos. "Racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad en el control de constitucionalidad de las leyes". *El derecho de los derechos*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, pp. 61-87.

medida más favorable al derecho intervenido, en este caso, en beneficio del derecho a una exención tributaria para la población discapacitada.

Finalmente, la *proporcionalidad* valora el objetivo perseguido y el derecho humano limitado; entre los derechos se debe evaluar si la ventaja que quiero obtener (objetivo) compensa el sacrificio que voy a realizar (derecho limitado).

Bajo esas condiciones, es evidente que la declaratoria de inaplicabilidad del artículo 23 de la Ley sobre Discapacidades, sobre la base de un criterio de interpretación jerárquico, para el caso de colisión implícita de derechos constitucionales, primero que no resultaba pertinente, y segundo, la limitación del derecho a exenciones tributarias a favor de la población discapacitada fue desproporcionada.

180



### 3. La fórmula del peso de Robert Alexy como mecanismo de esquematización de los resultados de una ponderación racional previa

Una vez determinadas las razones y circunstancias bajo las cuales se utilizó el principio de proporcionalidad en el caso concreto, corresponde ahora establecer y esclarecer algunos aspectos importantes relacionados al juicio de ponderación. Como se mencionó en líneas anteriores, las reglas infraconstitucionales que colisionaron en el caso concreto, encontraban relación directa con una serie de derechos constitucionales. Como se desprende de la decisión, la Corte Constitucional, luego de analizar las circunstancias bajo las cuales se limitó el ejercicio de un derecho constitucional (dictamen del

procurador), procedió a efectuar el juicio de ponderación pertinente respecto a los derechos que entraron en colisión, concretamente los derechos de los grupos de atención prioritaria vs. derechos del consumidor y medioambiente. Para ello, sustentó sus argumentaciones en la ley de la ponderación y posteriormente, una vez concluido dicho análisis, utilizó la fórmula del peso para esquematizar toda una argumentación *racional* previa.<sup>9</sup>

Pero, ¿qué debemos entender por una decisión *racional*? De manera general, tal como lo señala Carlos Bernal Pulido, citando a Jerzy Wroblewski, Robert Alexy y Manuel Atienza, se acepta que para ser racional, una decisión de esta índole debe ser susceptible de ser fundamentada correctamente en el derecho. Esto ocurrirá, si su fundamentación puede ser enunciada en términos conceptualmente claros y consistentes, y si se respetan las exigencias de estar conformada por premisas completas y saturadas, de observar las reglas de la lógica y las cargas de argumentación, así como las exigencias que imponen la consistencia y la coherencia.<sup>10</sup> Los resultados de una ponderación racional se reflejan así, en que sus resultados se consideren aceptables en general, no solo en la práctica jurídica, sino también en la vida cotidiana. Ahora bien, cabe preguntarse si ¿el fallo de la Corte Constitucional reflejó dicha racionalidad? La respuesta está en los fragmentos utilizados dentro del examen de proporcionalidad y razonabilidad. En efecto, elementos como la idoneidad, necesidad y la proporcionalidad de la medida utilizada para alcanzar un fin constitucional legítimo, están relacionadas de una u otra forma con los elementos componentes de la argumentación

9 Véase Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdez. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, p. 81.

10 Carlos Bernal Pulido, *op. cit.*, 2008, p. 51.

racional que sustenta el juicio de ponderación. Así, por ejemplo, el hecho de considerar que la limitación del derecho a una exención tributaria no es proporcional para precautelar el derecho a un medioambiente sano (fin), será absolutamente necesario para establecer cuál es el derecho a aplicarse en el caso concreto a partir de un juicio de ponderación. Es así que técnicas como la ponderación y la proporcionalidad, si bien no son lo mismo, cuentan con elementos comunes que tornan necesaria su interrelación.<sup>11</sup> En sustento de lo dicho, el artículo 3 de la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional señala expresamente:

Se tendrán en cuenta los siguientes métodos y reglas de interpretación jurídica constitucional y ordinaria para resolver las causas que se someten a su conocimiento, *sin perjuicio de que en un caso se utilicen uno o varios de ellos*:  
1. Reglas de solución de antinomias; 2. Principio de proporcionalidad; 3. Ponderación; 4. Interpretación evolutiva o dinámica; 5. Interpretación sistemática; 6. Interpretación teleológica; 7. Interpretación literal; 8. Otros métodos de interpretación. (Énfasis añadido.)<sup>12</sup>

En el mismo sentido, Luis Prieto Sanchis señala:

El juicio de proporcionalidad en sentido estricto, condensa todas las exigencias anteriores y encierra el núcleo de la ponderación, aplicable esta vez tanto en las interferencias públicas como a las conductas de los particulares. En pocas palabras, consiste en acreditar que existe un cierto equilibrio entre los beneficios que se obtienen con la medida limitadora o

con la conducta de un particular en orden a la protección de un bien constitucional o a la consecución de un fin legítimo, y los daños o lesiones que de dicha medida o conducta se derivan para el ejercicio de un derecho o para la satisfacción de otro bien o valor; aquí es donde propiamente rige la ley de la ponderación, en el sentido de que cuanto mayor sea la afectación producida por la medida o por la conducta en la esfera de un principio o derecho, mayor o más urgente ha de ser también la necesidad de realizar el principio en pugna. A diferencia de los pasos anteriores, el juicio de proporcionalidad en sentido estricto entraña más bien un juicio normativo o jurídico, pues ya no se trata de indagar si en la práctica o desde un punto de vista técnico la medida es idónea o si existe otra menos gravosa, sino de valorar el grado de afectación o lesión de un principio, el grado de importancia o urgencia en la satisfacción de otro y, por último, a la luz de todo ello, de valorar la justificación o falta de justificación de la medida en cuestión. Se trata en suma, de determinar el peso definitivo que en el caso en concreto tienen ambos principios.<sup>13</sup>

Es así que luego de analizar la ponderación, consideramos que la Corte Constitucional para la solución y armonización de los derechos en colisión, no se sustentó en la aplicación de variables numéricas que denotarían una matematización del derecho; por el contrario, encontramos una fuerte carga de argumentación jurídica, aspecto que lo reconoce el maestro Manuel Atienza, al determinar que se trata de una sentencia “bien motivada”.<sup>14</sup> Y es que basta constatar diversos fragmentos de la sentencia para colegir que existen

11 *Ibid.*, p. 58. “La fórmula del peso representaría un desarrollo complementario de la ley de la ponderación, que Alexy enuncia como base en la formulación clásica del tercer subprincipio de proporcionalidad, es decir, el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, que se aplica en el derecho constitucional alemán”. Véase Sentencia BVerfGE 30, 296 (316) Tribunal Constitucional Federal alemán. (Énfasis añadido).

12 Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional del Ecuador, art. 3.

13 Prieto Sanchis, Luis. “El juicio de ponderación constitucional”. *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, p. 112.



argumentos racionales contundentes que determinan el porqué el derecho a exenciones tributarias en beneficio de un grupo de atención prioritaria debe prevalecer para el caso concreto, por sobre los derechos a un medioambiente sano y de los consumidores:

La importación de automóviles de hasta tres años de fabricación no atenta de manera exorbitante al medio ambiente, y tampoco es la causa principal y directa de contaminación. Por su parte, un automóvil de tres años de fabricación reviste un alto grado de probabilidad de que brindará las seguridades necesarias para el usuario (no estamos hablando de automóviles de 7, 8 o 10 años de fabricación). Finalmente, con respecto a la seguridad de las premisas sobre su afectación, resulta ser plausible, el medio ambiente nunca estará libre de contaminación; no obstante, como se mencionó, la importación de vehículos en beneficio de la población discapacitada, bajo las condiciones y características que prevé la ley, no resulta ser el hecho principal generador de contaminación. Debe recordarse que la exención respecto a estos automotores se da en razón del grupo, no es aplicable a la población en general. El derecho a la exención tributaria en el caso concreto, deberá preceder en la ponderación y, como resultado del caso, debe establecerse que resulta inadmisibles e inconstitucional la restricción a la importación libre de impuestos de vehículos automáticos de hasta tres años de fabricación a favor de la población discapacitada.<sup>15</sup>

Por otro lado, con relación a la razonabilidad y principio de igualdad señaló:

En cuanto a las técnicas de razonabilidad que deben guiar el quehacer interpretativo y la argumentación jurídica respecto de leyes y principios constitucionales, cabe mencionar

que la calificación de grupos de atención prioritaria de la que forma parte la población discapacitada, no es una denominación gratuita pues trae consigo una situación doble de protección. Por un lado, esta consideración constitucional implica que el intérprete o funcionario público deba tender a generar actos que no limiten el desarrollo de sus derechos. Segundo: sin que se rompa la integridad indiscutible de la Constitución, toda interpretación debe propender, de forma estricta, a desarrollar adecuadamente su contenido. Bajo esa circunstancia, esta Corte considera que el uso de mecanismos legales y técnicas de interpretación exegéticas, deben utilizarse de forma tal, que no restrinjan derechos, como en efecto ha sucedido en la especie. Por ser que el Estado reconoce exenciones en el régimen tributario para las personas con discapacidad, y el artículo 23 de la Ley Reformatoria a la Ley sobre Discapacidades configura su supuesto de hecho en relación a la importación de vehículos ortopédicos y no ortopédicos de hasta tres años de fabricación previo a la fecha de autorización del CONADIS, su cumplimiento se justifica plenamente respecto a aquella población con capacidades diferentes. De conformidad con el artículo 11. 2 de la Constitución de la República, “todas las personas son iguales y gozan de los mismos derechos (así como) el Estado adoptará medidas afirmativas para promover la igualdad real [...] Es evidente que a la luz de la igualdad formal y sustancial, el juez constitucional debe garantizar los derechos de los discapacitados incluso con medidas afirmativas, disposición que implica que a) el reconocimiento de la diferencia debe ser respetado, y debe propiciar un espacio adecuado para su integración social; b) el trato diferente debe tender a generar beneficios a los discapacitados de forma temporal o permanente; y c) los beneficios se justifican respecto de su condición, reconocida por el

14 Atienza, Manuel y Ali Lozada. “Caso Game Muñoz y Luna Narváez. Sentencia n.º 005-2008-AN de la Corte Constitucional ecuatoriana”, p. 24.

15 Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia n.º 002-09-SAN-CC, p. 24.

Estado. En razón a lo expuesto, se determina que el análisis de aplicabilidad e inteligibilidad efectuado por el Procurador General del Estado con respecto a normas legales, supra legales (Convenio Automotriz) y constitucionales, no tomó en consideración criterios de razonabilidad y proporcionalidad, que justifiquen el fin logrado, más aún, si se considera que dicho análisis de aplicabilidad ha repercutido directamente en el ejercicio de derechos fundamentales inherentes a la población discapacitada. Aquellos derechos se encuentran reconocidos en el sistema jurídico ecuatoriano, lo que involucra a la Constitución de la República, Instrumentos Internacionales ratificados por el Ecuador y normas de rango leal.<sup>16</sup>

Por consiguiente, debe quedar en claro que la fórmula del peso resulta ser una forma de esquematizar una ponderación racional previa, lo que deviene en la inconveniencia e imposibilidad de utilizarla aisladamente para llegar a una armonización de derechos. Ahora bien, con respecto a las cargas de subjetivismo que podría ostentar la técnica de la ponderación y concretamente la fórmula del peso, cabe señalar que este no es un aspecto atribuible únicamente a la ponderación. Y es que resulta imposible imaginar que exista un procedimiento puramente objetivo para la aplicación de principios jurídicos. La indeterminación normativa abre siempre la puerta a las apreciaciones subjetivas del juez, en consecuencia, estas aparecerán indefectiblemente tanto en la ponderación como en cualquier otro procedimiento alternativo, incluso el silogismo.<sup>17</sup> Precisamente, por y ante ello, resulta necesario que toda técnica de interpretación lleve consigo una alta carga de racionalidad y, sobre todo, una contundente argumentación jurídica.

Finalmente, con respecto a la pertinencia de la aplicación de la fórmula del peso del maestro Robert Alexy para el caso concreto, conviene remitirnos nuevamente al análisis conjunto efectuado por Manuel Atienza y Alí Lozada:

Y, en fin, el uso de la “fórmula del peso” de Alexy también resulta un tanto innecesario. Era bastante obvio que la argumentación (la ponderación) de la Procuraduría era inaceptable, pues resulta absurdo pensar (la sentencia lo dice en algún momento) que autorizar la importación de un pequeñísimo número de vehículos y con una antigüedad de hasta tres años pudiera tener un efecto negativo en el medio ambiente (o en el derecho de los consumidores) cuando resulta que el parque automovilístico, mayoritariamente, supera esa antigüedad y no hay razón para pensar que la importación de un auto usado atente contra los derechos de los consumidores. Seguramente un lector que no conozca bien la “fórmula del peso” de Alexy pueda resultar muy impresionado por el manejo de fórmulas. Pero realmente no pasa de ser una impresión. Si uno se para a pensarlo, el caso debería llevar más bien a considerar la inutilidad práctica (aunque sin duda sea una reconstrucción interesante) de la fórmula en cuestión. Por lo siguiente, en los casos claros (como el presente) resulta, como se ha dicho, innecesaria, es obvio cuál de los derechos pesa más. Y en los casos difíciles, la atribución de valores numéricos será siempre cuestionable.<sup>18</sup>

Respecto de esta afirmación existen varios aspectos que deben ser precisados. Primero, no resulta tan claro, sobre todo en nuestro pensamiento jurídico legalista, que el resultado de la ponderación al que llegó la Corte

16 *Ibid.*, pp. 26 y 27. Elementos utilizados en el examen de proporcionalidad y que sirvieron de base para la construcción de una ponderación racional.

17 Carlos Bernal Pulido, *op. cit.*, pp. 47 y 49.

18 Manuel Atienza y Alí Lozada, *op. cit.*, p. 25.



Constitucional resulte obvia, tanto es así, que el Procurador General del Estado llegó a una solución completamente diferente. Segundo, resulta cuestionable la facilidad para calificar al caso como “claro”, entre otras, por las siguientes consideraciones: como se pudo constatar en el presente análisis, se trata de una sentencia por demás compleja, en que a partir de la interposición de una garantía jurisdiccional la Corte, en lugar de limitarse a desecharlo por no ser el mecanismo adecuado, aplicó el principio *iura novit curia*, y en base al ejercicio de una atribución inexistente hasta antes de la vigencia de la Constitución del 2008, debió declarar la inconstitucionalidad de oficio de una norma conexa. Para ello, debió determinar la naturaleza jurídica de los dictámenes del Procurador General del Estado, aspecto que no fue dilucidado con claridad por parte de la jurisprudencia constitucional ecuatoriana.

Por otro lado, esta sentencia demuestra aún más complejidad al analizar detenidamente la inconstitucionalidad de una serie de normas preconstitucionales, entre ellas las que conferían al Procurador General del Estado la atribución de interpretar con carácter de vinculante la Constitución de la República. Así también, cabe señalar que no existe caso sencillo, todos conllevan un nivel de complejidad que torna necesario un análisis pormenorizado. Así pues, aun aquellos casos que a primera vista parecerían resultar sencillos, podrían convertirse en casos extremadamente complejos, para muestra, el presente caso.

Para concluir, cabe hacer alusión a la diversidad de posiciones que se han generado a partir de la fórmula del peso, y concretamente, respecto a la presencia de valores numéricos en una sentencia constitucional. Así, por ejemplo, mientras Atienza y Lozada

demuestran su inconformidad con la fórmula del peso, Carlos Bernal Pulido establece algunos elementos favorables y explica de manera muy adecuada cuál es su auténtica función:

Es preciso enfatizar que la fórmula del peso no es un procedimiento algorítmico que pueda ofrecer a cada caso una única respuesta correcta. Por el contrario, este modelo de ponderación reconoce sus propios límites de racionalidad y abre al juez un margen de deliberación en el que su ideología y sus apreciaciones juegan el papel determinante. No obstante, este hecho no reduce la racionalidad ni la utilidad de la fórmula del peso. Este es un procedimiento claro incluso en cuanto a que explicita con claridad sus propios límites. Asimismo, se ofrece como una estructura jurídica que dota a la ponderación de un concepto preciso, libre de toda contradicción. En esta estructura, la escala triádica es la medida común para determinar el peso de los principios relevantes. De igual modo, la fórmula del peso explicita cuáles son las variables relevantes para la ponderación. Como consecuencia, posibilita fundamentar correctamente en el derecho el resultado de la ponderación. Por medio de esta fórmula, puede estructurarse una fundamentación en términos conceptualmente claros y consistentes, mediante premisas completas y saturadas, que respetan las reglas de la lógica y las cargas de la argumentación. La fórmula del peso hace explícitos todos los elementos que el juez debe tener en cuenta para que sus decisiones encuentren respaldo en una fundamentación correcta. Por último la fórmula del peso es un buen ejemplo de cómo algunos problemas prácticos de derecho constitucional pueden resolverse con ayuda de consideraciones de filosofía del derecho.<sup>19</sup>

A pesar de lo expuesto, y de mi particular coincidencia con el criterio vertido por el

19 Carlos Bernal Pulido, *op. cit.*, p. 68.

profesor Carlos Bernal Pulido, en cuanto a considerar a la fórmula del peso como una forma de esquematizar el resultado de la ponderación, sin duda, que el establecimiento de técnicas de interpretación constitucional que prevean variables numéricas, como es el caso de la fórmula del peso de Robert Alexy, siempre resultarán polémicas. Precisamente por ello, en lugar de erradicar su aplicación práctica, podría resultar conveniente que tal como lo han hecho países como Colombia, adaptemos dicha fórmula a nuestra realidad. ¿A qué me refiero en concreto? A la sustitución de los factores numéricos de la fórmula, por variables que incluyan criterios de racionalidad provenientes de un juicio de ponderación previo.<sup>20</sup> Aquello coadyuvará de diversas maneras, primero, evitará que los jueces constitucionales de instancia incurran en un peligroso subjetivismo extremo, y segundo, erradicará la equívoca concepción de una *matematización del derecho*.

#### 4. Conclusiones

En definitiva, la sentencia n.º 002-09-SAN-CC, en tanto sentencia hito fundadora de línea, y por tanto, primigenia en el desarrollo de una serie de contenidos novedosos en la Constitución de la República, marca dos momentos en concreto respecto a la justicia constitucional ecuatoriana. Un antes y un después de que la Corte Constitucional para el Período de Transición asumió sus funciones como tal. Finalmente, las sentencias constitucionales provenientes del órgano rector de la justicia constitucional ecuatoriana dejaron de ser puramente descriptivas y exegéticas, para ser ampliamente argumentativas y didácticas. De esa forma, la Corte Constitucional ha asu-

mido y cumplido con los mandatos previstos en la Carta fundamental y, principalmente, ha hecho de sus fallos una auténtica fuente del derecho.

La importancia de haber contribuido al desarrollo de un derecho jurisprudencial acorde con el paradigma del Estado Constitucional, se plasma en la constatación de un efecto muy importante: finalmente, los fallos de la Corte Constitucional “ecuatoriana”, se han convertido en materia central de análisis, críticas y debates en diversas esferas de la sociedad, no solo nacionales sino, incluso, internacionales.

Es así que más allá de ser objeto de críticas positivas o negativas, a nuestro criterio, la Corte Constitucional para el Período de Transición, en tanto órgano primigenio encargado de aplicar los contenidos previstos en la Constitución de la República vigente, ha trazado el camino para continuar con la transformación que involucra e irradia el Estado constitucional respecto a todo el ordenamiento jurídico ecuatoriano y la iusteoría. Sobre esa base, será deber de la primera Corte Constitucional asumir su papel de guardián de la Constitución de la República y continuar con la consolidación definitiva del Estado constitucional de derechos previsto en el artículo 1 de la Carta fundamental.

#### 5. Bibliografía

- Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2007.
- Atienza, Manuel y Alí Lozada. *Caso Game Muñoz y Luna Narváez. Sentencia n.º 005-2008- AN de la Corte Constitucional ecuatoriana*. Quito, Taller: Análisis de argumentaciones judiciales, 2009.

20 Véase Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia n.º C-142-2001*.



Ávila Santamaría, Ramiro. “El principio de legalidad vs. el principio de proporcionalidad”. *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.

Bernal Pulido, Carlos. “Racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad en el control de constitucionalidad de las leyes”. *El derecho de los derechos*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005.

\_\_\_\_\_. “La racionalidad de la ponderación”. *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.

Carbonell, Miguel. “Introducción: El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales”. *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.

Prieto Sanchís, Luis. “El juicio de ponderación constitucional”. *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.

López Medina, Diego. *El derecho de los jueces*. Bogotá, Editorial Legis, 2008.

Zagrebelsky, Gustavo. “Del Estado de Derecho al Estado Constitucional”. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Editorial Trotta, 1999.

### Fuente normativa

Constitución de la República del Ecuador, 2008.  
Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, 2009.

### Fuente jurisprudencial

Corte Constitucional del Ecuador. *Sentencia n.º 002-09-SAN-CC*. Suplemento Registro Oficial de 8 abril 2009.

Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia n.º C-142-2001*.

Tribunal Constitucional Federal de Alemania. *Sentencia BVerfGE 30, 296*.

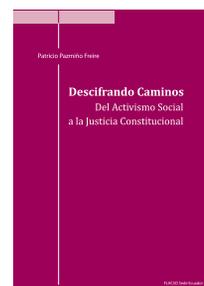


# Reseñas



# Patricio Pazmiño Freire

## *Descifrando caminos. Del activismo social a la justicia constitucional*



Quito, Flacso, 2010.

Por Pamela Juliana Aguirre Castro\*

*Descifrando caminos. Del activismo social a la justicia constitucional*, obra publicada por FLACSO Ecuador, abre un sendero por el cual, Patricio Pazmiño Freire nos conduce a dilucidaciones, análisis, conocimientos y experiencias, que se irán proponiendo y compartiendo a través de las doscientas treinta y un páginas.

“Una interrogante que acompañó recurrentemente mis preocupaciones intelectuales, durante las dos últimas décadas, tenía que ver con la cuestión de descubrir los medios idóneos para concretar una transformación institucional profunda y pacífica, desde la disciplina del derecho, que permita resolver, de manera democrática y eficaz, las necesidades vitales de la gente, principalmente de los sectores sociales”<sup>1</sup> palabras con las cuales Patricio Pazmiño, abogado activista de derechos humanos, nos deja entrever la pasión que inspiró su ejercicio profesional, que podrá ser percibida por el lector, pues

“[e]ste libro tiene un sabor de autenticidad. Es un libro vivido, que nos transmite un saber hecho de experiencia como diría el gran poeta portugués Luis Camoes.”<sup>2</sup>

*Descifrando caminos. Del activismo social a la justicia constitucional* abarca una importante variedad de temas relacionados con el derecho constitucional, reflejando así el análisis minucioso que el autor ha realizado a lo largo de su trayectoria profesional, tópicos entre los que se encuentran las posibles violaciones a derechos humanos como práctica impuesta por la instituciones financieras internacionales, el análisis del contenido de los derechos a la salud, libertad de expresión, participación ciudadana, la necesidad de una nueva Constitución que impulse los cambios transformadores en el Ecuador, las nuevas dinámicas de vinculación y obligatoriedad que imponen los derechos constitucionales a partir de la vigencia de la Constitución de la República del Ecuador del 2008.

189

\* Abogada, Universidad del Azuay, Cuenca, mejor egresada de la promoción, mención Honorato Vázquez (2007); diploma superior en derecho constitucional; magister en derecho con mención en derecho tributario. Doctoranda, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Actualmente asesora institucional de la Corte Constitucional y docente de la Universidad Andina Simón Bolívar.

1 Pazmiño Freire, Patricio. *Descifrando caminos. Del activismo social a la justicia constitucional*, Quito, Flacso, 2010, p. 15.

2 Sousa Santos, Boaventura de. Prólogo. *Descifrando caminos. Del activismo social a la justicia constitucional*. Por Patricio Pazmiño Freire. Quito, Flacso, 2010, p. 11.

Esta obra ofrece al lector un panorama integral del proceso de transformación constitucional en el que nos encontramos inmersos en el Ecuador, el cual, con acierto señala Patricio Pazmiño, no inicia con la convocatoria a la Asamblea Constituyente de Montecristi, sino que encuentra su génesis en la lucha constante de larga data por parte de activistas sociales quienes, como el autor, han logrado combinar su pasión por la protección de los derechos humanos y su conocimiento profesional en aras de la consolidación de un nueva concepción del derecho, más humano y garantista.

Se inicia el estudio proponiendo mecanismos críticos de fiscalización y control social respecto a las políticas de endeudamiento externo con las instituciones financieras internacionales, presentando algunas estrategias de acción institucional para confrontar las prácticas de estas instituciones y garantizar los derechos humanos. Se analizan las alternativas de diálogo con estas instituciones, además se prioriza el estudio de los mecanismos institucionales para el control de la deuda externa ilegítima, culminando con la presentación de una demanda de inconstitucionalidad contra la suscripción de la Carta de Intención entre el gobierno de Ecuador y el Fondo Monetario Internacional, lo que implicó la primera iniciativa de llevar ante la justicia constitucional las decisiones y prácticas de políticas públicas sostenidas entre las instituciones financieras internacionales y el gobierno nacional en temas de endeudamiento externo. Esta acción judicial abrió camino en nuestro país al debate sobre la responsabilidad que pueden llegar a generar tanto los organismos internacionales financieros y el Estado con la suscripción de este tipo de instrumentos internacionales, con relación a la violación de los derechos humanos como resultado de la aplicación de las políticas contenidas en estas.

El segundo capítulo conduce al lector a determinar las características básicas acerca del constitucionalismo contemporáneo, sobre todo las particularidades que reviste, lo que se ha denominado en doctrina, constitucionalismo latinoamericano. En este contexto el autor resalta el verdadero sentido de la Constitución, justamente como el instrumento idóneo que llega a garantizar la libertad de los ciudadanos, por medio de un complejo mecanismo de limitación del poder, concluyendo en tal virtud que *la Constitución como instrumento de transformación* funciona en tanto sea un instrumento de racionalización y limitación del poder, en tutela de los derechos humanos, es decir, instrumento en beneficio de la sociedad de la que es fruto.

En el tercer capítulo nos ofrece el autor los insumos para examinar el proceso constituyente suscitado en Bolivia y Ecuador. El primer caso resalta que el proceso constituyente resulta de un proyecto de Constitución ampliamente discutido con organizaciones indígenas; en tanto que en el segundo proceso, el autor nos plantea las pautas acerca del rediseño político e institucional que inspiró a la Constitución de Montecristi, producto de un proceso constitucional amplio que inició con la lucha social contra el poder hegemónico tradicional.

Una interesante reflexión del autor en este capítulo, es acerca de cómo la lucha social se convierte en un mecanismo de participación ciudadana, la cual conduce a los pueblos a la transformación profunda, pacífica y en democracia. Señalando además el acierto de nuestra Constitución al ampliar las sedes democráticas que garantizan, entre otros derechos, la participación de migrantes, jóvenes mayores de dieciséis años, de los miembros de la policía nacional y fuerzas castrenses.

En el cuarto capítulo, Patricio Pazmiño señala que una democracia constitucional siempre trae consigo derechos controversiales, más aún cuando dicha democracia es resultado de una transformación proveniente de un movimiento ciudadano autoconsciente de sus propias necesidades, por lo que el autor realiza un examen dinámico de la relación que emerge de la libertad de expresión y los medios masivos de comunicación, respecto al derecho a la información como un servicio público.

En el quinto capítulo procura establecer la dinámica entre la internacionalización del derecho constitucional y la constitucionalización del derecho internacional, al analizar el tema nada pacífico del *bloque de constitucionalidad*, proponiendo un sistema de respeto mutuo, donde el bloque de constitucionalidad estaría conformado por aquellos instrumentos internacionales de derechos humanos que contengan una mayor protección o garantía a aquellos derechos contenidos en la Constitución. Es así que una vez llegado a este punto, el activista social se convierte en juez constitucional y lleva sus principios sociales a la búsqueda de un ordenamiento jurídico constitucional basado en la justicia material, incentivando la justiciabilidad de los derechos sociales, como un camino para la verdadera aplicación de la Constitución como norma suprema, fuente de irradiación de todo el ordenamiento jurídico.

El autor examina algunos fallos constitucionales en el capítulo quinto (“La justiciabilidad de los derechos constitucionales”), con el fin de acercar al lector y comprender dos niveles de análisis. Por un lado, medir la concreción de la prerrogativa judicial activista y, por otro, confrontarnos a la medición

sistemática de la evolución de los contenidos jurídicos de los derechos constitucionales gracias a la aplicación práctica de sus postulados.

Entre otros fallos constitucionales, el autor analiza la resolución del Tribunal Constitucional del Ecuador n.º 1491-06-RA,<sup>3</sup> relativa a un contrato de usufructo suscrito entre la Organización de la Nacionalidad Huaorani de la Amazonía y la empresa *Eco Genesis Development*, resolución en la cual el Tribunal Constitucional a más de declarar las violaciones a derechos colectivos y ancestrales en la aplicación de dicho contrato, ordenó la reparación integral. De la misma forma, el autor procede a examinar la sentencia de la Corte Constitucional n.º 001-10-SIN-CC, relativa al control de constitucionalidad de la Ley de Minería, fallo en el que la Corte Constitucional declara la constitucionalidad condicionada de dicho cuerpo normativo, en aplicación o de manera directa el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo y normas constitucionales, requiriendo a la función legislativa la garantía del derecho a la consulta prelegislativa como un derecho de las comunidades, pueblos y nacionalidades del Ecuador.

Para finalizar, Patricio Pazmiño inicia un debate interesante respecto al nuevo constitucionalismo latinoamericano. A manera de diálogo con Juan Antonio García Amado formula argumentos respecto de la evolución del nuevo paradigma constitucional latinoamericano, observando la evolución de la crisis del positivismo jurídico formalista y de la crisis del Estado de Derecho, como base necesaria para la implementación de un Estado de justicia. “[E]n ese sentido, a partir de que los jueces se convierten en agentes esenciales de la axiología constitucional, la



3 Primera Sala del Tribunal Constitucional del Ecuador. Resolución n.º 1491-06-RA del 24 septiembre 2008.

práctica judicial se transforma”,<sup>4</sup> pues el juez deja de ser la boca de la ley, y aplicar el método de subsunción lógica como el único método hermenéutico aplicable, y permite que la interpretación jurídica se convierta ‘en el escenario privilegiado de la acción judicial’.<sup>5</sup>

En esta misma línea, concluye el autor, “la nueva Constitución ecuatoriana, representa una ruptura epistemológica radical respecto del modelo de jurisdicción y de justicia existente en el pasado, reemplazándolo por un orden jurídico en donde el ejercicio de la función judicial se transforma en el mecanismo básico de generación de legitimidad del sistema político, lo cual quiere decir que, a partir del momento en que se asume este modelo constitucional, los jueces comenzarán a participar en la definición y control de las políticas públicas, a raíz de la necesaria aplicación directa e inmediata de los derechos constitucionales”.<sup>6</sup>

Patricio Pazmiño, a través de *Descifrando caminos. Del activismo social a la justicia constitucional*, nos invita a reflexionar sobre el derecho constitucional como herramienta válida y eficaz para generar un verdadero cambio social, y en tal virtud generar nuevas propuestas académicas, jurídicas y filosóficas en búsqueda del nuevo paradigma constitucional ecuatoriano. No me queda más que invitar al lector a inmiscuirse en esta aventura constitucional.

---

4 Patricio Pazmiño Freire, *op. cit.*, p. 201.

5 *Ibid.*, p. 209.

6 *Ibid.*, pp. 210-211.



# Boaventura de Sousa Santos *Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del Sur*



Quito, Abya-Yala, 2010.

Por Danilo Caicedo Tapia\*

El porqué leer un libro de Boaventura de Sousa Santos encuentra respuesta en las propias cualidades del autor, quien además de ser un teórico brillante en varias áreas de las ciencias sociales es un activista denodado en los derechos humanos, en especial de los derechos de los grupos estructural o históricamente excluidos. Lo anterior sin olvidar que el autor es un conocedor a fondo y privilegiado de los actuales procesos que están atravesando los países del hemisferio Sur.

El porqué leer esta obra en particular, encierra un análisis mucho más particular. Partiendo por la razón más atractiva, diremos que este libro centra gran parte de su estudio en la situación de Ecuador y Bolivia luego de sus respectivas constituyentes, aunque tal como lo señala el autor esta “epistemología del sur” no es un resultado netamente latinoamericano. En este sentido nos encontramos ante un texto de gran actualidad porque sus

planteamientos se presentan dentro de un tiempo determinado “ahora” y de un espacio específico “aquí”.

Otra razón, quizá la más importante a la hora de leer esta obra, es el saber de antemano que el autor nos mostrará con diáfana claridad el conflicto entre varios universos civilizatorios, sus diferentes formas de ver el mundo, sus distintas maneras de sentirlo y, por supuesto, sus disímiles formas de expresarse y vivirlo. Pero sin duda, lo más destacado es que la obra no se queda en el plano meramente descriptivo, ya de por sí revelador y novedoso, sino que a nivel propositivo ensaya toda una nueva dimensión intercultural y plurinacional de Estado, organización y persona, basada en la traducción intercultural y ecología de saberes.

La obra se divide en dos partes plenamente diferenciadas; la primera compuesta de tres capítulos los cuales comparten como

193



\* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Diplomado y magister en derecho constitucional, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Miembro del Colectivo PRODH. Funcionario de la Subsecretaría de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos del Ecuador.

identidad temática la exposición teórica de la idea central del libro “la epistemología del Sur”, partiendo para ello de la representación y descomposición de lo que podría ser llamado como teoría eurocéntrica, resaltando dos de sus elementos que serán cruciales a lo largo del texto: capitalismo y colonialismo.

En una primera instancia se nos demuestra la dificultad actual de los distintos gobiernos y sociedades por reconocer la existencia misma del capitalismo y del colonialismo, más aún la dificultad de replantear nuevos modelos que carezcan de los postulados de dichas conceptos tan arraigados en las diferentes estructuras, en este sentido, se parte de la necesidad de marcar cierta distancia con la teoría eurocéntrica, tendencia creada en nuestra ausencia bajo parámetros conceptuales que nos son ajenos, y formada bajo estructuras que nos fueron impuestas, esto con la intención necesaria de crear formas propias que reconozcan nuestras muy propias particularidades como región.

Esta distancia, como se lo explica de manera transversal dentro del texto, no implica de manera alguna el desconocer el año de historia sino que, como bien lo señala Boaventura de Sousa, implica la necesidad de marcar nuestros propios saberes, creando nuestros espacios, tiempos y estableciendo nuestras realidades emancipadas y desprovistas de los límites impuestos por la perspectiva netamente occidental.

Hasta este momento de la obra, nos encontramos ante un panorama alentador a nivel de exposición de conocimientos, por una parte desarticulando estructuras epistemológicas y, por otra, planteándonos la necesidad de señalar nuevos horizontes cognoscitivos, en esto Boaventura de Sousa no se diferencia de grandes pensadores como Foucault o Derrida, quienes se detenían en el

reconocimiento de edificaciones conceptuales dotadas de aparente científicidad pero contenedoras de mecanismos de dominación y, en consecuencia, de la necesidad de deconstrucción.

En lo que si se distingue Boaventura es en haber encontrado en el Sur los elementos necesarios para una seria labor de replanteamiento y restructuración. Sobre esa base veremos que mediante lo que el autor denomina “Sociología de las ausencias” y “Sociología de las emergencias”, se critica y desmantela formas monoculturales de percibir al entorno, al saber y al ser, visibilizando formas muy distintivas del Sur de entender al conocimiento, al tiempo y al espacio.

Determinándose ya en este punto de la obra, los elementos necesarios para conceptualizar a una epistemología del Sur como “el reclamo de nuevos procesos de producción y valoración de conocimientos válidos, científicos y no científicos, y de nuevas relaciones entre diferentes tipos de conocimiento, a partir de las prácticas de las clases y grupos sociales que han sufrido de manera sistemática las injustas desigualdades y las discriminaciones causadas por el capitalismo y por el colonialismo”.

Así se traduce que para la construcción de este nuevo orden cognitivo, ontológico y hermenéutico, el autor se vale de dos ideas centrales como son: la ecología de saberes y la traducción intercultural; la primera parte de la idea de que no hay ignorancia o saber en general, es decir, reconocer que existe más de un tipo de conocimiento y en consecuencia más de una clase de ignorancia, aquello nos obliga a reconfigurar como efecto la relación entre estas representaciones bajo al menos dos parámetros, el escoger de lo que queremos aprender y como adquirirlo sin perder nuestro propio bagaje exclusivo de aprendizaje.



En complemento, la traducción intercultural es el procedimiento que permite la inteligibilidad recíproca entre todas las formas de saberes, experiencias, prácticas sociales y agentes, tanto las disponibles como las posibles, es decir, en la consecución de un amplio diálogo intercultural sin limitaciones. Para aquello se plantea un tipo de hermenéutica que establece varios tipos de ejercicios para realizar una comunicación entre dos o más culturas, partiendo como idea base de un postulado valiosísimo: “todas las culturas son incompletas y por tanto, pueden ser enriquecidas por el diálogo y por la confrontación de otras culturas”.

La segunda parte del libro se compone de cuatro capítulos y se centra en la implementación, al menos teórica, de esta epistemología del Sur en los estados modernos. Como podemos observar en este planteamiento Ecuador y Bolivia, con sus nuevas constituciones, tienen papeles privilegiados en esta deconstrucción de estructuras y puesta en práctica de modelos propios alejados en gran manera de modelos foráneos y con gran cantidad de elementos de un nuevo diálogo de saberes. De esta manera, en el transcurso de esta sección, se realiza un análisis, si se quiere embrionario, de estos procesos de transición, de esta reconfiguración del “Estado” con todas sus nuevas variantes, así como de otros campos como el político, económico y el social, entre otros.

Como bien lo señala el autor en su presentación al hablar de que estos procesos nacientes y aún en formación constituyen un difícil objeto de estudio, pues su praxis no solo requiere de nuevas herramientas y métodos de análisis, sino incluso de mecanismos para determinar sus resultados, aquello sumado a que en muchos de los casos dicha novedad epistemológica no per-

mite visualizar en su dimensión los cambios producidos. Es así que estas recientes teorías y prácticas no solo tienen que combatir con su propia tendencia de experimentación y resultado, sino incluso y en gran parte con la feroz resistencia de viejas teorías y agentes del conservadurismo, que ya no pueden ser tan fácilmente encasillados como de izquierda o derecha.

La utilidad de esta segunda parte del libro no solo es de importancia para Ecuador y Bolivia sino que, como queda señalado por el autor, es de importancia máxima para toda la humanidad, es en sí dotar de elementos reales y prácticos a conceptos recientes de nuevos modelos de gobierno y Estado. Boaventura nos obliga a examinar y proponernos la refundación de los estados, a los cuales denomina como de “venas cerradas”, profundiza en sus dificultades de implementación, la superación de modelos colonialistas y capitalistas en el contexto del orden nacional e internacional y la utilización de estrategias hegemónicas y contrahegemónicas.

Otro reto, sobre el cual poco o nada se ha escrito con muy pocas excepciones y que resalta la obra, es el tratar con rigor metodológico la transición de un modelo de Estado del Norte a un modelo propio del Sur. De tal manera, Boaventura nos demuestra las dificultades de determinar desde y hasta cuando comienza la transición, el concepto de tiempo que gobierna una transición y los agentes que interactúan en estos procesos. En este punto es especialmente interesante la diferenciación entre los procesos de Ecuador y Bolivia, en especial lo referente al concepto y cristalización de la plurinacionalidad.

La parte neurálgica de esta parte del libro, trata sobre la refundación del Estado y varios



aspectos de dicha labor. Sin duda temas de intenso y frecuente debate no solo en el ámbito académico, sino en el entorno social que impulsó los actuales procesos constituyentes, actores sociales y políticos que en no pocas ocasiones se encuentran en lugares muy distintos a aquellos en los cuales comenzaron al afrontar los cambios constitucionales.

En ese sentido, serán analizados por el autor temas de importancia capital para los estados que tienen como reto lograr en efecto lo que en la primera parte de la obra fue conceptualizado como una epistemología del Sur. De esta manera, desde un plano multidisciplinario serán estudiados dentro del marco del Estado como comunidad ilusoria y del Estado de las venas cerradas, aspectos tales como el constitucionalismo transformador, el Estado plurinacional, la nueva institucionalidad, el pluralismo jurídico, la nueva territorialidad, la organización del poder, la planificación, la democracia intercultural, entre otras aristas que se desprenden del fenómeno de reconfiguración de gobiernos y estados.

Con el desarrollo de estas temáticas, parafraseando a Ronald Dworkin, podemos decir que el profesor Boaventura de Sousa nos obliga, sobre la base del conocimiento adquirido a lo largo del texto, a cuestionarnos si en realidad estamos tomándonos en serio la refundación de nuestros estados, a inquirirnos hasta qué grado hemos alcanzado una plurinacionalidad e interculturalidad real, cuestionamiento que se ve enriquecido con el estudio puntual de fenómenos como el boliviano y ecuatoriano que comparten gran cantidad de similitudes como de diferencias.

Precisamente para cerrar el libro, retomando el anterior capítulo, Boaventura propone a manera de conclusiones y mensaje, la

necesidad de reconfigurar el ámbito político, identificando fracturas, dualidades y oportunidades de los procesos constituyentes, esto tanto para los actuales detentores del poder estatal como para aquellos que se encuentran como ciudadanas y ciudadanos en el ejercicio del poder netamente social que necesariamente compone y conforma el panorama político y jurídico.

Dentro de este capítulo es meritorio que el autor se encarga de la difícil y ardua tarea de no solo encontrar puntos de conflicto entre distintos actores, sino de la búsqueda y propuesta de puntos y oportunidades de encuentro, aspecto de enorme relevancia en todos los temas de intenso debate que encierran los procesos ante y posconstituyentes, más aún en cuestiones relativas a la plurinacionalidad e interculturalidad, contenidos muy propios de esta nueva epistemología que como ya ha quedado analizado, no solo requieren nuevos enfoques académicos u doctrinarios, sino nuevas actitudes de los nuevos y tradicionales actores.

En este punto del libro, más que en otros del texto, pese a lo reciente de la publicación podemos señalar que es oportuna una actualización, la cual ya se encuentra en desarrollo por parte del autor para una próxima edición, puesto que como en todo proceso de cambio y transición, hoy recién comenzamos a vislumbrar las verdaderas ideologías, la fuerza y consistencia de los procesos, las reales actitudes de los actores visibles y la importancia de aquellos entramados invisibles del poder que pasan voluntaria o involuntariamente desapercibidos.

Para finalizar esta breve recensión, es necesario recomendar ampliamente este libro, en una primera instancia para conocer de conceptos que, si bien se encuentran ampliamente desarrollados dentro de nuestra



cultura, han sido poco abordados por las ciencias. En una segunda instancia, para enseñarnos que el proceso de implementación es mucho más complejo y va mucho más allá del plano netamente jurídico.

En una tercera y final instancia, puedo afirmar de manera personal que este texto es de lectura obligada para aquellos que no nos conformamos solamente con declaraciones amplias y llenas de esperanza como las de nuestra Constitución, en lo referente a la interculturalidad y plurinacionalidad, sino que buscamos a partir de ellas la concreción de acciones propias que rompan teorías foráneas y excluyentes que no se compadecen de la realidad de nuestra epistemología del Sur.





# Diego Eduardo López Medina

## *El derecho de los jueces*



Bogotá, Legis, 2005.

Por Johanna Romero Larco\*

Como en doctrina se ha señalado, a partir de la corriente positivista todo cuanto se configure como elemento del derecho debe estar enmarcado en esta misma línea, así, las fuentes del derecho, la ley, los mecanismos de interpretación, las instituciones jurídicas, los actores del derecho siguen una misma dinámica positivista de plenitud y coherencia del derecho.

En esta misma línea, y de manera más específica, las fuentes del derecho en este sistema positivista están construidas bajo esa dinámica de ordenación y jerarquía. Es ese tradicionalismo de fuentes que además obedece a una estructuración que no es de simple elaboración, pues supone una lucha política entre quienes deben o quieren asumir el control sobre la creación del derecho, y como tal la voluntad de quien debe ser respetada.

En este mismo orden de ideas, la ley como fuente del derecho, ocupa el lugar

supremo de ubicación y aplicación, y determina qué otros elementos del derecho tienen o podrán tener la calidad de fuente. El legislador, como creador de la ley, es el sujeto a quien los demás actores jurídicos deben acudir para identificar el contenido de la ley, entre ellos, el juez un mero aplicador mecánico de la norma.

La plenitud del derecho fundado bajo el postulado por el cual cualquier acontecimiento de la cotidianidad estaba contenido en una fuente formal de derecho que lo regulaba, configuraba a su fuente suprema, la ley, a partir de la generalidad y universalidad con ese mismo propósito. La ley, en tanto más general y abstracta fuera, era capaz de englobar todo supuesto de la realidad alcanzando su cometido de dar soluciones *justas* a todo problema social, de ahí incluso el propio *principio de legalidad*. En tal virtud, la noción de que el derecho es coherente supone la existencia de un sistema jurídico perfecto e

199



\* Abogada, Universidad de Cuenca (UC); diploma superior en derecho constitucional y derechos fundamentales (UC); magister (c) en derecho con mención en derecho constitucional, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Actualmente investigadora del Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional de la Corte Constitucional para el Período de Transición.

infallible, capaz de encontrar en la ley sobre todo la solución a todo conflicto social.

Si bien esta corriente positivista del derecho cuya estructuración contiene de fondo elementos justificativos coherentes, tuvo en su momento su razón de ser, no obstante es innegable señalar además, que dadas las continuas transformaciones en las sociedades, las relaciones sociales se tornan cada vez más complejas, frente a lo cual la ley, así estructurada, no puede seguir dando respuestas y soluciones justas a los conflictos sociales.

El derecho en este contexto ha debido afrontar esta situación en todos los niveles posibles, de tal forma que pueda seguir sirviendo de instrumento de orden social. Sin embargo, los ordenamientos jurídicos actuales, que son predominantemente de contenido positivista-formalista, han pretendido seguir dando respuesta a esta realidad bajo la concepción de la “Plenitud del derecho”, sin prestar atención que tal concepción se ha vuelto incompatible en los escenarios actuales.

Por lo tanto, bajo la corriente positivista del derecho, particularmente el derecho legislado, ha resultado reactivo a las transformaciones sociales, cayendo ante la imposibilidad de dar respuestas suficientes a las nuevas realidades y conflictos sociales.

Es de alguna forma en este contexto en donde inicia el replanteamiento del sistema de fuentes del derecho, a partir de los debates generados entre el realismo jurídico y el formalismo, el cual trae a discusión y reconsideración los roles de las demás fuentes de derecho tradicionalmente calificadas como fuentes auxiliares o de conocimiento, sobre todo de aquellas que realmente cumplen los cometidos del derecho, que la ley no ha logrado abastecer.

*El derecho de los jueces*, obra del profesor colombiano Diego López Medina, logra plasmar claramente estos debates acontecidos en Europa, y logra incluso identificar y analizar cómo estos llegaron hasta Colombia, y cómo se vieron reflejados en las prácticas jurídicas internas, en la legislación y en los propios textos constitucionales.

*El derecho de los jueces* marca de partida al sistema jurídico colombiano como un sistema neorromanista y positivista por filiación, y como tal un sistema que ha acarreado los estigmas del positivismo, en donde la actividad de los jueces se traduce en una estricta sujeción a la ley, sin otorgar mayor relevancia a sus propios productos judiciales, con lo cual el derecho legislado o codificado se ubica como único o predominante en la estructura de fuentes del derecho.

Consecuencia de lo anterior la práctica jurídica y la formación académica, indica el autor, ha sido tradicionalmente enfocada a las normas positivas, en donde la jurisprudencia ubica un papel auxiliar o secundario, que no funciona sino solo para resolver vacíos normativos u obscuridades de las propias normas positivas, por lo que su manejo, estudio y análisis no ha recibido mayor atención.

*El derecho de los jueces*, en la primera parte de su recorrido, logra resaltar cómo en el ordenamiento jurídico colombiano se han desarrollado cambios importantes en lo que al tratamiento de la jurisprudencia como una fuente con valor normativo se refiere en esta primera parte de la obra, que inicia desde el capítulo 1 hasta el capítulo 4, el autor logra trazar una suerte de línea cronológica, que comienza su recorrido identificando la situación en el ámbito internacional para posteriormente ubicarse en la realidad colombiana que arranca bajo la influencia de las corrientes del pensamiento de rasgo sobre todo francés, y que tomó partida con fuerza en



Colombia principalmente por medio de la promulgación del Código Civil, con lo cual se implantaba una fuerte cultura formalista.

El profesor López Medina da un paso más y analiza los momentos más importantes en los que el debate sobre el valor de la jurisprudencia se produjeron en la cultura jurídica colombiana, debates que surgen tras la llegada a Colombia de la “doctrina legal” española, la posterior crítica a esta, la consecuente inclusión de la “doctrina probable” y, finalmente, la “doctrina constitucional” por intermedio de la naciente Corte Constitucional, y sus dos sucesoras.

En tal sentido, la obra da cuenta de las dos tendencias que en Colombia se expresaron a la hora de debatir sobre el valor de la jurisprudencia. Por un lado, se encontraba aquel sector que defendía la revalorización del papel del juez en la creación de derecho, frente a quienes tal situación suponía la modificación del sistema de fuentes, y que como tal se percibía no tolerable por antidemocrático, no obstante tales debates con el tiempo fueron tomando contenido.

López Medina no solo incluye un análisis teórico que demuestre las falencias del formalismo jurídico y su caduco sistema ordenado de fuentes —planteado en los primeros capítulos—, sino que además para revalorar a la jurisprudencia como fuente importante del derecho plantea un segundo componente, uno de índole metodológico. Es decir, si bien la primera parte de la obra reseñada contiene todo ese debate jurídico-político que enmarcó la valoración de la jurisprudencia en el ordenamiento jurídico colombiano, además, una segunda parte afianza esos debates mediante la inclusión de metodologías que no solo permitan reconocer el valor del precedente, sino que además permitan utilizar tales a fin de tenerlas de herramientas de análisis jurídico.

A través de los capítulos 5 y 6, el autor desarrolla metodologías de análisis estático y dinámico de la jurisprudencia como herramienta de trabajo para un análisis enriquecedor y valorativo de estas. El análisis dinámico del precedente vía elaboración de líneas jurisprudenciales, el autor conduce al lector a identificar de manera cronológica, secuencial, comparativa y crítica cómo los tribunales han ido fallando en determinadas épocas respecto de una misma problemática o “problema jurídico”, para lo cual utiliza como herramienta la elaboración de gráficas que traducen esos vaivenes dentro de los escenarios constitucionales que son el producto de la relación patrón fáctico y norma constitucional.

Para concluir, en el capítulo 7 de “Teoría del derecho judicial: el papel político jurídico de la jurisprudencia en la crítica antiformalista al derecho” el autor analiza las implicaciones del tradicionalismo de fuentes y la propuesta antiformalista, a partir de las posturas de Roscoe Pound y François Geny, el realismo norteamericano y los “juristas inquietos” en Colombia, logrando en tal forma criticar la auxiliaridad de la jurisprudencia en el sistema de fuentes.

Es en este marco que la excelente obra del profesor Diego López Medina brinda un aporte trascendental en el entendimiento de la problemática en torno al rol de la jurisprudencia como fuente del derecho, y a la valoración del precedente jurisprudencial en la práctica jurídica diaria, el análisis jurídico y la investigación en sí. López Medina resalta que los contenidos normativos ya sea mediante la ley o la Constitución no se agotan en ellos mismos, que la verdadera estructuración del derecho constitucional de los derechos humanos, por ejemplo, se ha alcanzado por medio de “el derecho de los jueces” a través de su labor en dar contenidos claros a estos,



por lo cual la revalorización de la jurisprudencia juega un rol importante.

La obra reseñada aporta en gran magnitud no solo a la academia, sino además a los propios operadores judiciales, y particularmente a los jueces constitucionales, en un propósito de recobrar en estos el “nuevo derecho” que lo construyen en los acercamientos a los problemas de la cotidianeidad.



## COLABORADORES

**Pablo Alarcón Peña**, ecuatoriano. *Baccalaureus Artium* en ciencias jurídicas y abogado, Universidad San Francisco de Quito. Diploma superior en derecho, mención derecho constitucional y magíster en derecho, mención derecho constitucional, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Doctorando en derecho constitucional de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Docente de la Universidad de Especialidades Espíritu Santo y Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.  
Correo electrónico: [palarconpe@gmail.com](mailto:palarconpe@gmail.com)

**Pamela Aguirre**, ecuatoriana. Abogada, Universidad del Azuay, Cuenca, mejor egresada de la promoción, mención Honorato Vázquez (2007); diploma superior en derecho constitucional; magíster en derecho con mención en derecho tributario. Doctoranda, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Actualmente asesora institucional de la Corte Constitucional y docente de la Universidad Andina Simón Bolívar.  
Correo electrónico: [pame\\_aguirre@hotmail.com](mailto:pame_aguirre@hotmail.com)

**Danilo Caicedo Tapia**, ecuatoriano. Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Diplomado y magíster en derecho constitucional, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Autor y editorialista en varias publicaciones; miembro del Colectivo PRODH. Funcionario de la Subsecretaría de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos del Ecuador.  
Correo electrónico: [danct242@hotmail.com](mailto:danct242@hotmail.com)

**Jhoel Escudero S.**, ecuatoriano. Licenciado en ciencias públicas y sociales. Doctor en jurisprudencia y abogado, mediador de la Universidad Central del Ecuador. Magíster en derecho, mención en derecho constitucional, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Actualmente, asesor de la Corte Constitucional.  
Correo electrónico: [marlin99x@yahoo.com](mailto:marlin99x@yahoo.com)

**Alexei Julio Estrada**, colombiano. Doctor en derecho, Universidad Externado de Colombia. Doctorado en derecho constitucional, Universidad Complutense de Madrid; especialización de derecho constitucional y ciencia política, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid; magíster (c) en economía, Universidad Externado de Colombia. Estancia de investigación en el Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México. Magistrado auxiliar de la Corte Constitucional de Colombia.  
Correo electrónico: [alexeijulio@gmail.com](mailto:alexeijulio@gmail.com)



**Sebastián González Andrade**, ecuatoriano. Abogado, Pontificia Universidad Católica del Ecuador; Especialista en Derecho Constitucional y Parlamentario, Universidad Externado de Colombia y Autónoma de Madrid; Profesor universitario. Asesor de la Corte Constitucional del Ecuador para el Período de Transición.

Correo electrónico: *sebastian.gonzalez.a@gmail.com*

**Patricio Herrera Betancourt**, ecuatoriano. Abogado y doctor en jurisprudencia, Universidad Central del Ecuador. Diplomado en derechos fundamentales y justicia constitucional, Universidad de Guayaquil. Candidato a especialista y magíster en derechos fundamentales y justicia constitucional, Universidad de Guayaquil. Juez de la Corte Constitucional para el Período de Transición desde junio de 2007; actual presidente de la Tercera Sala de dicho organismo.

Correo electrónico: *epatrick1@hotmail.com*

204 **Christian Masapanta Gallegos**, ecuatoriano. Licenciado en ciencias públicas y sociales; abogado y doctor en Jurisprudencia, Universidad Central del Ecuador (UCE); magíster en derecho constitucional; magíster en política exterior, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

- Docente de derecho constitucional, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Sede Ibarra;
- docente invitado en la maestría de derechos humanos y pueblos indígenas (UCE); especialización en derecho penal, Universidad de Especialidades Espíritu Santo; capacitador de la Escuela Judicial del Consejo Nacional de la Judicatura y del Instituto de Altos Estudios Nacionales (IAEN). Docente invitado en especialización en derecho constitucional, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Actualmente, asesor de la Corte Constitucional para el Período de Transición.

Correo electrónico: *chrismagall@msn.com*

**Diego López Medina**, colombiano. Colombiano. Doctor en ciencias jurídicas (S.J.D.) y magíster en leyes (LL.M.), Universidad de Harvard, en Cambridge (EE.UU.). Abogado y filósofo, Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá. Miembro fundador del Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad. Dedicado a la academia y a la consultoría en temas de derecho público y de derecho comparado. Actualmente es profesor asociado de la Universidad de los Andes y de la Universidad Nacional de Colombia, ambas en Bogotá. También es editor de la Colección “Nuevo pensamiento Jurídico” (Uniandes / Siglo del Hombre editores) y coeditor de la Revista de Derecho Público de la Universidad de los Andes y de Global Jurist (Berkeley University Press).

Correo electrónico: *dlopez@uniandes.edu.co*

**Gustavo Medinaceli Rojas**, boliviano. Licenciado en derecho por la Universidad Católica Boliviana “San Pablo”, La Paz, Bolivia. Magíster en derecho con mención en derecho constitucional, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

Correo electrónico: *medinaceligustavo@gmail.com*

**Juan Montaña Pinto**, colombiano. Abogado y especialista en derecho público, Universidad de Externado de Colombia; especialista en derecho constitucional y ciencia política, Centro de Estudios Constitucionales de Madrid; diplomado de estudios avanzados en derechos fundamentales, Universidad Autónoma de Madrid; máster en historia del derecho, Universidad Messina; doctor en derecho constitucional, Universidad de Alicante. Actualmente, director ejecutivo del Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional.

Correo electrónico: *biofilopanclasta1971@gmail.com*

**Johanna Romero Larco**, ecuatoriana. Abogada, Universidad de Cuenca (UC); diploma superior en derecho constitucional y derechos fundamentales (UC); magister (c) en derecho con mención en derecho constitucional, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Actualmente investigadora del Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional de la Corte Constitucional para el Período de Transición.

Correo electrónico: *jhoannamelyna@hotmail.com*

**Daniel Fernando Uribe Terán**, ecuatoriano. Egresado de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Ecuador. Diplomado en derechos humanos de la Cátedra “DAG HAMMARSKJOLD”, Universidad Técnica del Centro (Venezuela), Centro UNESCO para la formación en derechos humanos, ciudadanía mundial y cultura de paz y Fundación Internacional de Expertos en Derechos Humanos. Curso de mediación y resolución de conflictos, Universidad Católica de Ecuador; Curso de derecho constitucional y derechos humanos, Universidad de los Andes, Colombia. Actualmente desempeña el cargo de asistente administrativo de la Corte Constitucional de Ecuador. Correo electrónico: *uribe.df@gmail.com*





# umbral

## Revista de Derecho Constitucional

### Política editorial Normas de publicación

#### POLÍTICA EDITORIAL

*Umbral*, revista de publicación semestral, recibe artículos entre octubre y noviembre para incluirlos en la primera edición del año, y entre abril y mayo para la segunda edición. Los artículos deben ajustarse a la política editorial y a las normas de publicación.

De preferencia los artículos deben presentar resultados o avances de investigación en derecho constitucional ecuatoriano y comparado, derechos humanos. También se aceptan ensayos sobre teoría del derecho o historia del derecho constitucional sustentados en bibliografía especializada, análisis de coyuntura nacional o internacional con orientación académica.

Las secciones de revista *Umbral* son las siguientes:

- **Debate & Reflexión.** Incluye artículos cuyo enfoque motiva la discusión sobre la base de argumentos del pensamiento y realidad nacional e internacional.
- **Jurisprudencia.** Presenta artículos de la jurisprudencia como fuente del derecho, criterios de interpretación de las normas, instrumentos jurídicos, etcétera.
- **Reseñas.** Presenta reseñas o comentarios críticos sobre libros relacionados con las ciencias jurídicas, derechos humanos u otras disciplinas de las ciencias sociales.

Para la selección de los artículos se utiliza el sistema de doble ciego (*peer review*).

#### NORMAS DE PUBLICACIÓN

##### 1. Criterios de admisibilidad y elegibilidad de los artículos

- Idioma. Español.
- Calidad. Serán escogidos aquellos cuya calidad técnica, carácter crítico e innovador y relevancia del tema desarrollado se destacan.

##### 2. Autoría

- El artículo debe ser original.
- En el caso de artículos no inéditos, es decir, que han sido publicados anteriormente, el autor o autores son responsables de gestionar la respectiva autorización y remitir las referencias de la publicación previa a la Coordinación de Publicaciones del CEDEC.
- El autor debe autorizar expresamente su publicación.
- Se indicará claramente el título del trabajo, luego del cual irán el o los nombres y apellidos del autor o autores.
- Junto al trabajo, el autor o autores enviarán su hoja de vida abreviada.

##### 3. Consideraciones generales

- El título del artículo no contendrá más de diez palabras. Los editores se reservan el derecho de modificarlo previo acuerdo con el autor.
- Los artículos incluirán un resumen del contenido de no más de 10 líneas, y un máximo 5 palabras clave (*key words*) que describan globalmente los temas tratados.



- Deben estar escritos en programa de procesador de texto Microsoft Office, Word versión 2010 (o inferiores), con tipo de letra Calibri, tamaño 12 puntos, en una sola cara a espacio sencillo.
- Extensión del artículo:

Detalles	Extensión Mínima	Extensión Máxima
Páginas	10	20
Palabras	5.000	10.000
Caracteres sin espacios	30.000	60.000
Caracteres con espacios	34.000	68.000

- Los gráficos y diagramas que contengan los artículos se enviarán con archivos de respaldo en cualquiera de los formatos siguientes: jpg, eps, gif o psd.
- Se recomienda indicar con claridad la jerarquía de títulos y subtítulos. Por ejemplo:

Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional
César Landa Arroyo
<b>Derechos procesales</b>
1. Naturaleza del derecho procesal constitucional
2. Debido proceso y tutela judicial efectiva
3. Debido proceso
3.1. Concepto
3.2. Dimensiones: debido proceso formal y sustantivo
3.3. Diferencia con el derecho a la tutela judicial efectiva
3.4. Ámbito de aplicación
3.5. Derechos integrantes del debido proceso
3.6. Principios integrantes del debido proceso
4. Derecho a la tutela jurisdiccional efectiva

El autor o autores deben consignar su dirección y demás datos de ubicación, con el propósito de notificar la recepción de los trabajos, así como cualquier otro requerimiento del CEDEC.

#### 4. Elaboración de bibliografía o lista de textos consultados

Estas pautas sirven para las referencias bibliográficas que van como notas al pie, o como bibliografía final, en revista *Umbral*.

El ejemplo siguiente corresponde a una entrada sobre un libro escrito por un solo autor. Se presentan los componentes con una estruc-

tura lógica y puntuación, de la que se derivan las otras formas con sus respectivas variantes de elaboración de bibliografía.

Apellido del autor, Nombre del autor. *Título del libro* (a partir de la segunda, incluir el dato de la edición). Lugar de publicación, editorial, año de publicación.

##### a) *Un solo autor*

Gargarella, Roberto. Los fundamentos legales de la desigualdad. *El constitucionalismo en América (1776-1860)*. Buenos Aires, Siglo XXI, 2005.

##### b) *Una antología o compilación*

Ávila Santamaría, Ramiro, ed. *Neoconstitucionalismo y sociedad*. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.

Acosta, Alberto y Esperanza Martínez, comps. *El buen vivir. Una vía para el desarrollo*. Quito, Abya-Yala, 2009.

##### c) *Dos o más libros escritos por el mismo autor*

Bobbio, Norberto. *El problema de la guerra y las vías de la paz*. Barcelona, Gedisa Editorial, 2000.

\_\_\_\_\_. *El tercero ausente*. Madrid, Ediciones Cátedra, 1997.

##### d) *Dos o tres autores*

Courtis, Christian y Ramiro Ávila Santamaría. *La protección judicial de los derechos sociales*. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.

Pastor, Viciano, Julio César Trujillo y Agustín Grijalva. *Estudios sobre la Constitución ecuatoriana de 1998*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2005.

##### e) *Más de tres autores*

Wray, Alberto et al. *Derecho, pueblos indígenas y reforma del Estado*. Quito, Abya-Yala, 1993.



f) *Un trabajo publicado en una antología*

Martínez Dalmau, Rubén. “De Punto Fijo a la constituyente. Los bolivarianos, entre la acción y la reacción”. *Venezuela, a contracorriente. Los orígenes y las claves de la revolución bolivariana*. Coord. Juan Torres López. Barcelona, Icaria, 2006.

**5. Artículos en publicaciones periódicas**

Para el caso de los artículos escritos en publicaciones periódicas (diarios, revistas, especializadas, etc.) las entradas tienen —y de aquí se derivan todas las otras formas— los componentes siguientes.

Apellido del autor, Nombre del autor. “Título del artículo”. *Nombre de la publicación* (lugar de publicación), número (fecha de publicación): número de las páginas en las que se encuentra el artículo.

a) *Publicación académica con paginación diversa en cada número*

Domènech, Antoni. “Ortega y el ‘niño mimado de la historia’. O qué se puede aprender políticamente del uso incongruo de una metáfora conceptual”. *Revista Sin Permiso* (Barcelona), 2 (2007): 77.

b) *Publicación académica con paginación continuada a lo largo de todo un volumen*

Seijas Rengifo, Teresa de Jesús. “The disregard of the legal entity”. *Revista de Derecho y Ciencia Política* (Lima), 64.1-2 (2007): 399.

En este caso el “64.1-2” significa “volumen 64”, “números 1 y 2”.

c) *Publicación académica identificada solo por número*

Welp, Yanina. “El referendo en América Libre. Diseños institucionales y equilibrios de poder”. *Revista Nueva Sociedad* (Buenos Aires), 228 (2010): 26-42.

d) *Artículo en una revista*

Rojas Bolaños, Manuel y Rotsay Rosales Valladares. “Democracia electoral y partidos políticos en Centroamérica. Heterogeneidad y trayectorias inciertas”. *Revista Sistema* (Madrid), 208-209 (enero 2009): 193-209.

**6. Trabajos de otras fuentes**

a) *De Internet*

Sandoval Carrión, Iván. “Ver morir a Froilán”. Editorial. *El Universo* (12 octubre 2010). Internet. [www.eluniverso.com](http://www.eluniverso.com). Acceso: 16 junio 2011.

“Gerardo Pisarello”. Internet. [www.trotta.es](http://www.trotta.es). Acceso: 15 abril 2011.

“El alza de tarifas llegó a las cortes”. *El Comercio* (17 junio 2011) Internet. [www.elcomercio.com](http://www.elcomercio.com). Acceso: 18 junio 2011.

Kelsen, Hans. *Teoría pura del Derecho*. Internet. [www.uv.es](http://www.uv.es). Acceso: 13 abril 2011.

b) *De un correo electrónico (e-mail)*

Cortez, Laura. Correo electrónico al autor. 23 abril 2011.

Montaña, Juan. “Sobre el constitucionalismo en Ecuador”. Correo electrónico a Dunia Martínez. 17 junio 2011.

**7. Textos normativos**

Las referencias de textos normativos nacionales indicarán, en la primera referencia, el título de la ley en cursivas, el número de Registro Oficial y la fecha de publicación. En caso de referencias normativas internacionales se indicará el título de la norma en cursivas y, en lo posible, el año de publicación.

*Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial n.º 449, 20 octubre 2008.



Convenio n.º 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, 1989, Conferencia General de la OIT, ratificado por el Ecuador el 15 mayo 1998.

Las referencias de sentencias deberán contener al menos los siguientes datos: Institución y país, tipo de acción, número, año, página o páginas y juez ponente.

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia n.º 001-10-SIN-CC, 2010, p. 59, juez ponente: Patricio Pazmiño Freire.

Las referencias de sentencias reiteradas contendrán a más de la información arriba indicada una frase indicativa.

210

- Jurisprudencia reiterada en las sentencias de la Corte Constitucional de Colombia: T-424 de 1992, magistrado ponente: Fabio Morón Díaz; T-596 de 1992, magistrado ponente: Ciro Angarita Barón; T-273 de 1993, magistrado ponente: Carlos Gaviria Díaz.

## 8. Uso de varios recursos

### a) Notas al pie de página

Se presentarán de acuerdo con la estructura indicada en “Elaboración de bibliografía o lista de textos consultados”.

### b) Citas consecutivas

Cuando la nota o cita bibliográfica corresponde al mismo autor y obra citada anteriormente, se utilizará el latinismo *ibíd.*, que significa ‘allí mismo, en el mismo lugar’.

García de Enterría, Eduardo. *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid, Civitas, 1985, p. 39.

*Ibíd.*

*Ibíd.*, p. 95.

### c) Citas textuales de hasta cuatro renglones

Se escribirán entre comillas y seguido al texto. Ejemplo:

En su análisis de las decisiones discrecionales, por ejemplo, Joel Handler ha mostrado en qué forma “la dominación que surge de las exigencias de la tarea burocrática encuentra un hogar acogedor en las ideologías de las profesiones”.

### d) Citas textuales de más de cuatro renglones

Cuando las citas textuales excedan los cuatro renglones, deben escribirse en párrafo aparte, en un tamaño de letra menor (un punto menos), con una sangría diferente y con un renglón blanco antes y otro después. Si el autor añade algo al texto transcrito deberá ponerlo entre corchetes. No hace falta utilizar comillas. Ejemplo:

Por tanto, y como bien señala Claudia Mosquera:

Las acciones afirmativas son más una llamada de atención a la sociedad como conjunto que ha practicado el olvido, y que ha permanecido en silencio o en la indiferencia ante el hecho de que un buen número de ciudadanos y ciudadanas racializadas permanezcan en situaciones de exclusión pudiendo aportar mucho más al desarrollo, a la profundización de la democracia y a la convivencia social en el país.

### e) Cursiva

- En locuciones latinas. Por ejemplo:

*In dubio pro homine*  
*Pacta sunt servanda*  
*Ratio decidendi*

- Palabras en otros idiomas. Por ejemplo:

*Affaire*  
*Leitmotiv*  
*Sumak kawsay*

- Cuando se quiera resaltar o poner énfasis en alguna palabra o idea. Por ejemplo:

Sin embargo, cuando se dice que *el juez es un actor político*, el término “político” se refiere a la posibilidad del juez de *ser actor por sí mismo*, es decir de actuar con relativa libertad en su proceso interpretativo del Derecho...

Su utilización será excepcional dentro del texto. No se utilizarán negrillas ni subrayados.

f) *Abreviaturas (recomendadas)*

capítulo, cap.  
compárase, cf.  
compilador, comp.  
edición o editor, ed.  
ibidem, *ibíd.*  
número, n.º  
obra citada, *op. cit.*  
organismo no gubernamental, ONG  
página, p.  
páginas, pp.  
por ejemplo, p. ej.  
tomo, t.  
traducción o traductor, trad.  
volúmenes, vols.  
y otros, *et al.*  
y siguientes, ss.

g) *Siglas*

Para la escritura de siglas se utilizará la primera vez el nombre completo a la que hace referencia, y a partir de la segunda mención a dicha sigla, abreviaturas en mayúsculas. Por ejemplo:

En agosto de 2009, los directivos del Fondo Monetario Internacional (FMI) se reunieron para discutir sobre la situación económica que atraviesa América del Sur, como consecuencia de la crisis mundial.

De acuerdo con sus atribuciones, el FMI considera oportuno pronunciarse ante...

En las abreviaturas de más de 5 letras se utilizará la letra inicial en mayúscula y las restantes en minúsculas. Por ejemplo:

Mercosur  
Unasur  
Unesco

## 9. Consideración final

Con el fin de asegurar de que las publicaciones alcancen los fines propuestos con el más alto nivel, el CEDEC por intermedio de la Coordinación de Publicaciones evaluará los trabajos y realizará las correcciones de estilo y modificaciones editoriales que crea necesarias.

El comité editorial de revista *Umbral* seleccionará los artículos por medio del sistema doble ciego (*peer review*).

## 10. Recepción de los artículos

Se remitirán a la dirección electrónica siguiente: [publicaciones@cce.gob.ec](mailto:publicaciones@cce.gob.ec).

También podrá remitirse en CD-ROM a la dirección postal:

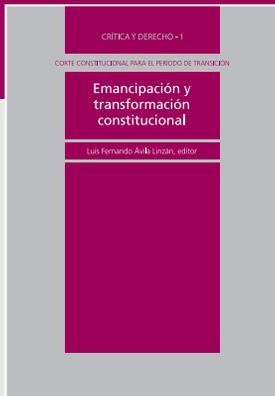
**Corte Constitucional del Ecuador**  
Centro de Estudios  
y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC)  
Av. 12 de Octubre N16-114  
y pasaje Nicolás Jiménez, segundo piso.  
Quito - Ecuador

— umbral —





# Publicaciones de la Corte Constitucional



*Emancipación y transformación constitucional*  
Luis Fernando Ávila Linzán, editor

## Serie Crítica y Derecho

Este libro es una invitación a debatir, en un elevado plano de racionalidad, sobre las cuestiones de las cuales se ocupa el Derecho, muy particularmente el Derecho Constitucional, el cual, para bien del país, como nunca interesa en la actualidad a los ecuatorianos de todos los estratos sociales y de los diversos sectores del pueblo.

### Otro libro de la serie:

*Política, Justicia y Constitución*  
Luis Fernando Ávila Linzán, editor



*Los derechos y sus garantías.*  
*Ensayos críticos*  
Ramiro Ávila Santamaría

## Serie Pensamiento Jurídico Contemporáneo

Los ensayos del libro recogen doctrina actual sobre algunos textos que son importantes conocerlos para comprender el constitucionalismo contemporáneo. Incorporan conocimientos y aportes de otras disciplinas, como la literatura, los estudios de género y la sociología del derecho. Además son críticos, en el sentido de brindar aportes que contribuyan a la emancipación y a buscar la realización de los derechos.

### Otros libros de la serie:



*Derecho y emancipación*  
Boaventura de Sousa Santos



*La justicia frente al gobierno.*  
*Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*  
Roberto Gargarella



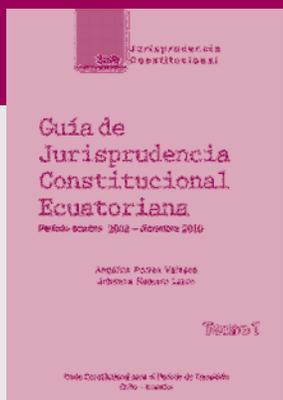
*Un largo Termidor.*  
*Historia y crítica del constitucionalismo antidemocrático*  
Gerardo Pisarello



## Serie Memorias de Encuentros Académicos

En este libro se recupera parte de nuestra historia constitucional reciente. Como valor agregado, incorpora las reflexiones y valoración de los resultados, avances y retos de la justicia constitucional ecuatoriana en la práctica, luego de la entrada en vigencia de la Constitución de 2008.

Genealogía de la justicia  
*constitucional ecuatoriana*  
Dunia Martínez Molina, editora



## Serie Jurisprudencia Constitucional

El propósito fundamental del libro es socializar los fallos de la Corte Constitucional, para promover su análisis, discusión y manejo. Como información de referencia, publica fichas de cada sentencia con el fin de ayudar a identificar los problemas jurídicos, los argumentos principales y decisiones de la Corte.

Guía de jurisprudencia  
*constitucional ecuatoriana*  
Angélica Porras y Johanna Romero

Estos libros son desarrollados por la Coordinación de Publicaciones del Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional

Mayor Información, comunícate a [publicaciones@cce.gob.ec](mailto:publicaciones@cce.gob.ec)  
Av. 12 de Octubre N16-144 y pasaje Nicolás Jiménez  
Tel.: (5932) 2563-177 ext. 1706  
Quito - Ecuador

[www.corteconstitucional.gob.ec](http://www.corteconstitucional.gob.ec)



# umbral

El Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, de la Corte Constitucional para el Período de Transición, funda *Umbral*, revista de Derecho Constitucional, como medio de difusión y discusión crítica de lo que simboliza y significa el nuevo constitucionalismo ecuatoriano que se construye a partir de la aplicación e interpretación de los enunciados constitucionales.

Frente al reto y compromiso de promoción de la ideología jurídica que sostiene la Constitución de 2008, *Umbral*, primera revista de Derecho Constitucional ecuatoriano, busca erigirse como la plataforma y el órgano de difusión de los planteamientos teóricos y las prácticas que están detrás de las decisiones jurisdiccionales. Además, *Umbral* pretende que se proyecten críticamente las potencialidades y los problemas teóricos y prácticos de la nueva justicia constitucional ecuatoriana.

