

Control de constitucionalidad y convencionalidad en el contexto global

**Control de constitucionalidad en Ecuador:
muchas alforjas para tan corto viaje**

*Claudia Storini, Christian Rolando Masapanta Gallegos
y Marcelo Alejandro Guerra Coronel*

**El modelo de control concreto de constitucionalidad
en la Constitución ecuatoriana de 2008**

Sebastián López Hidalgo

**La declaratoria de inconstitucionalidad de normas
por conexidad en Ecuador**

Esteban Javier Polo Pazmiño

Políticas públicas y control de convencionalidad

Ana Michelle Salvador Monteros

**Aplicación de los instrumentos internacionales
de derechos humanos y control de convencionalidad**

Alan Añazco Aguilar y Nadia Sofía Añazco Aguilar

El control constitucional en el Ecuador.

Una aproximación teórica y filosófica

Roberto Gómez Villavicencio

Revista del Área de Derecho
UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR
Sede Ecuador

ISSN 1390-2466 e-ISSN 2631-2484

Julio-diciembre 2022 • Número 38

FORO: Revista de Derecho recoge trabajos de alto nivel que enfocan problemas jurídicos en los ámbitos nacional, regional e internacional resultantes de los procesos de análisis, reflexión y producción crítica que desarrollan profesores, estudiantes y colaboradores nacionales y extranjeros. *FORO* es una revista del Área de Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, creada para cumplir con el rol institucional de promoción y desarrollo del conocimiento, cuya dinámica nos exige respuestas innovadoras a las complejas situaciones que se producen cotidianamente.

DIRECTORA DEL ÁREA: Dra. Claudia Storini, UASB-E (Ecuador).

EDITOR DE LA REVISTA: Dr. César Montaña Galarza, UASB-E (Ecuador).

EDITORIA ADJUNTA: Dra. María Augusta León, UASB-E (Ecuador).

EDITOR TEMÁTICO: Dr. Marco Navas Alvear, UASB-E (Ecuador).

COEDITOR TEMÁTICO: Dr. Alexander Barahona Néjer, UASB-E (Ecuador).

COMITÉ EDITORIAL: Dra. Roxana Arroyo (Instituto de Altos Estudios Nacionales. Ecuador), Dra. Lilian Balmant (Universidade Federal do Rio de Janeiro. Brasil), Dr. Santiago Basabe (Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales. Ecuador), Dra. Liliana Estupiñán (Universidad Libre de Colombia. Colombia), Dr. Rafael Lara (Universidad Pública de Navarra. España), Dr. Germán Pardo Carrero (Universidad de Rosario. Colombia), Dr. Fernando Serrano Antón (Universidad Complutense de Madrid. España), Dra. Elisa Sierra (Universidad Pública de Navarra. España).

COMITÉ ASESOR INTERNACIONAL: Dr. Víctor Abramovich (Universidad de Buenos Aires. Argentina), Dr. Alberto Bovino (Universidad de Buenos Aires. Argentina), Dr. Antonio de Cabo de la Vega (Universidad Complutense de Madrid. España), Dr. Miguel Carbonell (Universidad Nacional Autónoma de México. México), Dra. Silvia Bagni (Universidad de Bolonia. Italia), Dr. Andrés Gil Domínguez (Universidad de Buenos Aires. Argentina), Dra. Aimeé Figueroa Neri (Universidad de Guadalajara. México), Dr. Rodrigo Uprimny (Universidad Nacional de Colombia. Colombia), Dr. Alberto Zelada (Universidad Andina Simón Bolívar, La Paz. Bolivia), Dr. Francisco Zúñiga (Universidad de Chile. Chile), Dra. María Cristina Gómez (Universidad de Antioquia. Colombia).

ASISTENTE ACADÉMICO-EDITORIAL: Dr. Fausto Quizhpe Gualán.

SUPERVISIÓN EDITORIAL: Jorge Ortega. **DIAGRAMACIÓN:** Sonia Hidrobo. **CORRECCIÓN:** Fernando Balseca.

CUBIERTA: Edwin Navarete. **IMPRESIÓN:** Marka Digital, Av. 12 de Octubre N21-247 y Carrión, Quito.



FORO es una publicación gestionada por su comité editorial que circula semestralmente desde noviembre de 2003. Para la selección de ensayos se utiliza el sistema de doble ciego (*peer review*). Las ideas emitidas en los artículos son de responsabilidad de sus autores. Se permite la reproducción si se cita la fuente.

FORO aparece en los siguientes índices: *Catálogo 2.0 de Latindex*, *CLASE*, *DOAJ*, *Dialnet*, *ERIH PLUS*, *Redalyc*, *REDIB*, entre otros, y es miembro de *LatinREV (Red Latinoamericana de Revistas)*.

Contenido

	Editorial	
	<i>Marco Navas y Alexander Barahona</i>	3
TEMA CENTRAL	CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD EN EL CONTEXTO GLOBAL	
	Sección monográfica	
	Control de constitucionalidad en Ecuador: muchas alforjas para tan corto viaje	
	<i>Claudia Storini, Christian Rolando Masapanta Gallegos y Marcelo Alejandro Guerra Coronel</i>	7
	El modelo de control concreto de constitucionalidad en la Constitución ecuatoriana de 2008	
	<i>Sebastián López Hidalgo</i>	29
	La declaratoria de inconstitucionalidad de normas por conexidad en Ecuador	
	<i>Esteban Javier Polo Pazmiño</i>	53
	Políticas públicas y control de convencionalidad	
	<i>Ana Michelle Salvador Monteros</i>	75
	Aplicación de los instrumentos internacionales de derechos humanos y control de convencionalidad	
	<i>Alan Añazco Aguilar y Nadia Sofía Añazco Aguilar</i>	99
	El control constitucional en el Ecuador. Una aproximación teórica y filosófica	
	<i>Roberto Gómez Villavicencio</i>	121
	Sección abierta	
	Violencia de género y feminización de la pobreza en las mujeres montuvias de Ecuador	
	<i>Raisa Jomaira León Muñoz</i>	145
	Una introducción a los debates jurídicos de la República de Weimar	
	<i>Augusto Fernando Carrillo Salgado</i>	165
	En torno a la corrupción privada regulada en el Código Orgánico Integral Penal	
	<i>Pedro Martín Páez Bimos y Sergio Berenguer Pascual</i>	187
	El teletrabajo como mecanismo paradigmático del poder en las sociedades de control modernas	
	<i>Edison Ricardo Andrade Ortiz</i>	207
	Colaboradores	229
	Normas para colaboradores	231

Content

	Preface	
	<i>Marco Navas and Alexander Barahona</i>	3
CENTRAL THEME	CONSTITUTIONAL AND CONVENTIONAL CONTROL IN THE GLOBAL CONTEXT	
	Monographic section	
	Control of Constitutionality in Ecuador: Many Things to carry in such a Short Trip	
	<i>Claudia Storini, Christian Rolando Masapanta Gallegos and Marcelo Alejandro Guerra Coronel</i>	7
	The Concrete Control Model of Constitutionality in the Ecuadorian Constitution 2008	
	<i>Sebastián López Hidalgo</i>	29
	The Declaration of Unconstitutionality of related Laws in Ecuador	
	<i>Esteban Javier Polo Pazmiño</i>	53
	Public Policies and Conventionality Control	
	<i>Ana Michelle Salvador Monteros</i>	75
	Application of International Human Rights Instruments and Control of Conventionality	
	<i>Alan Añazco Aguilar and Nadia Sofía Añazco Aguilar</i>	99
	Constitutional Control in Ecuador. A Theoretical and Philosophical Approach	
	<i>Roberto Gómez Villavicencio</i>	121
	Open section	
	Gender Violence and Feminization of Poverty in Ecuadorian Montuvian Women	
	<i>Raisa Jomaira León Muñoz</i>	145
	An Introduction to the Ideas of the Jurists of the Weimar Republic	
	<i>Augusto Fernando Carrillo Salgado</i>	165
	As for Private Corruption Regulated in the Código Orgánico Integral Penal	
	<i>Pedro Martín Páez Bimos and Sergio Berenguer Pascual</i>	187
	Teleworking as a Paradigmatic Element of the Power in Modern Control Societies	
	<i>Edison Ricardo Andrade Ortiz</i>	207
	Collaborators	229
	Rules for Collaborators	231

Editorial

*L*uego de la tragedia de la Segunda Guerra Mundial, el constitucionalismo democrático y los instrumentos de derechos humanos experimentan un notable desarrollo en numerosos países alrededor del mundo. Los derechos y sus garantías conforman el núcleo fundamental de una democracia, siendo los mismos el tejido axiológico sobre el que se asienta una sociedad y proyecta sus promesas al presente y futuro.

Este número treinta y ocho de la revista Foro tiene como tema central tanto el control de constitucionalidad como el de convencionalidad, ambas bases imprescindibles para un funcionamiento democrático y eficaz del ordenamiento jurídico. Se trata de dos tipos de procesos obligatorios para las autoridades y los jueces que convergen en el sentido de que la Constitución ecuatoriana llama prácticamente a incorporarse a las normas de Derecho Internacional de Derechos Humanos, por ejemplo, en lo referente a las opiniones consultivas o las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. De esta forma, a la formalidad del texto constitucional se incorpora el contenido material que subyace a los principios y reglas emanadas del constituyente, siendo este la noción de derechos que equivale a lo que denominamos “Constitución”. La concepción y aplicación del contenido formal y material de la norma constitucional —por parte de las funciones y entidades de poder— sigue siendo un reto, del que la revista, en esta ocasión, se ocupa.

Así, en este número se abordan en la sección temática-monográfica sobre controles de constitucionalidad y convencionalidad seis artículos sobre varios aspectos importantísimos de este tipo de controles, que van desde una crítica integral al modelo ecuatoriano; un análisis de tal modelo; una visión desde las normas de conexidad; la vinculación con las políticas públicas; un acento en el Derecho Internacional y el control convencional; finalizando con una visión filosófica del tema. Agradecemos supremamente a todos los autores y autoras de esta parte monográfica.

El número también contiene otros cuatro artículos de interés para el jurista sobre tópicos diversos como la violencia de género y feminización de la pobreza; un análisis del delito de actos de corrupción en el sector privado desde nuestra normativa; un análisis conceptual sobre juristas alemanes contemporáneos al fenómeno de Weimar; o bien, el teletrabajo y los controles sociales en sociedades contemporáneas. Igualmente, nuestro agradecimiento a los autores.

Todos estos aportes sin duda resultan complementarios y valiosos para el entendimiento de un constitucionalismo contemporáneo que, repetimos, tiene que tener un cariz eminentemente democrático reconociendo las diversidades y afirmando los derechos. Con estos aportes el Área de Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar busca fortalecer la discusión sobre nuestra vida democrática y la integridad del orden constitucional centrado en la Constitución. Agradecemos a los autores nacionales y extranjeros que han contribuido con sus artículos académicos y esperamos que al lector le sea de mucho provecho lo contenido en este número 38.

Marco Navas Alvear

Docente de la Universidad Andina Simón Bolívar

Quito, Ecuador

marco.navas@uasb.edu.ec

ORCID: 0000-0002-6264-5133

Alexander Barahona Néjer

Docente de la Universidad Andina Simón Bolívar

Quito, Ecuador

amilcar.barahona@uasb.edu.ec

ORCID: 0000-0002-8913-5467

TEMA CENTRAL:

**CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD
Y CONVENCIONALIDAD EN EL CONTEXTO GLOBAL**

Control de constitucionalidad en Ecuador: muchas alforjas para tan corto viaje

Control of Constitutionality in Ecuador: Many Things to carry in such a Short Trip

Claudia Storini

Universidad Andina Simón Bolívar

Quito, Ecuador

claudia.storini@uasb.edu.ec

ORCID: 000-0002-5604-8615

Christian Rolando Masapanta Gallegos

Universidad Andina Simón Bolívar

Quito, Ecuador

christian.masapanta@uasb.edu.ec

ORCID: 000-0001-8417-3301

Marcelo Alejandro Guerra Coronel

Universidad Católica de Cuenca

Cuenca, Ecuador

marceloguerracoronel@outlook.es

ORCID: 0000-0001-8526-773X

Artículo de investigación

DOI: <https://doi.org/10.32719/26312484.2022.38.1>

Fecha de recepción: 30 de diciembre de 2021

Fecha de revisión: 8 de febrero de 2022

Fecha de aceptación: 17 de marzo de 2022

Fecha de publicación: 4 de julio de 2022

Licencia Creative Commons



RESUMEN

El control de constitucionalidad es uno de los temas que han generado mayores debates en el ámbito jurídico ecuatoriano, entre otros factores, aquello se debe a los posibles conflictos normativos que se presentan en la propia Constitución —CRE— al determinarse la coexistencia de dos sistemas: el mixto y el concentrado; esto se ha visto complementado con las indeterminaciones generadas por la normativa secundaria Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional —LOGJCC—, y la contradictoria jurisprudencia de la Corte Constitucional de Ecuador —CCE—. Este trabajo tiene como principales objetivos analizar desde una perspectiva crítica la evolución del control constitucional ecuatoriano desde la aprobación de la Constitución de 2008, determinar los problemas existentes en relación con el control mixto de constitucionalidad; y reflejar la caótica jurisprudencia existente. Para ello se ha empleado un método analítico deductivo, que empieza con el estudio de la teoría del control constitucional, seguido por el análisis de la disciplina normativa, y un análisis estático de la jurisprudencia emitida por la CCE en relación con el control constitucional. Este análisis concluye planteando las razones en defensa de la implementación de un control mixto de constitucionalidad y, por tanto, de una nueva regulación más atenta al sistema garantista propulsado por la Constitución de Montecristi.

PALABRAS CLAVE: control de constitucionalidad, control difuso, control concentrado, aplicación directa, judicial review, inaplicación, consulta de norma, jurisprudencia constitucional.

ABSTRACT

The control of constitutionality is one of the issues that have generated the greatest debates in the Ecuadorian legal sphere, among other factors, this due to the possible normative conflicts that arise in the Constitution —CRE— itself when determining the coexistence of two systems, the mixed and the concentrated by the secondary regulation Organic Law of Jurisdictional Guarantees and Constitutional Control —LOGJCC—, and the contradictory jurisprudence of the Constitutional Court of Ecuador —CCE—. The main objectives of this paper are to analyse from a critical perspective the evolution of the Ecuadorian constitutional control since the approval of the 2008 Constitution, to determine the existing problems in relation to the mixed control of constitutionality and to reflect the existing chaotic jurisprudence. For this purpose, a deductive analytical method has been employed, which begins with the study of the theory of constitutional control, followed by the analysis of the normative discipline, and a static analysis of the jurisprudence issued by the CCE in relation to constitutional control. This analysis concludes by representing the reasons in defense of the implementation of a mixed control of constitutionality and, therefore, of a new regulation more attentive to the guaranteeing system promoted by the Constitution of Montecristi.

KEYWORDS: constitutionality control, diffuse control, concentrated control, direct application, judicial review, non-application, rule consultation, constitutional jurisprudence.

FORO

A MANERA DE INTRODUCCIÓN: EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y SUS MODELOS

En un Estado constitucional todos los órganos con potestad normativa deben adecuar formal y materialmente sus disposiciones a la Constitución e instrumentos internacionales de derechos humanos.¹ Aquello permite el establecimiento de límites y vínculos² a los poderes públicos en la producción de normas infraconstitucionales, tornándose necesario un control frente a actos que contravengan la *norma normarum*, garantizándose de esta forma la supremacía constitucional.³

La teoría del control está directamente vinculada con el concepto de Constitución;⁴ es así como dentro de una democracia constitucional⁵ se justifican las actuaciones judiciales frente a la revisión de constitucionalidad de las normas provenientes tanto de órganos electos democráticamente (leyes, decretos, ordenanzas, etc.), así como de aquellos que tienen facultades normativas (reglamentos, actos administrativos con efectos generales).⁶

MODELOS DE CONTROL CONSTITUCIONAL

El control constitucional ha sido analizado desde diferentes perspectivas; para Manuel Aragón, el control puede ser entendido como un proceso espontáneo que nace

-
1. Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 84.
 2. Luigi Ferrajoli, *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia* (Madrid: Trotta, 2009), 42.
 3. Julio César Trujillo, *Constitucionalismo contemporáneo. Teorías, procesos, procedimientos y retos* (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador / Corporación Editora Nacional, 2013), 188.
 4. Manuel Aragón Reyes, *Constitución y control de poder: Introducción a una teoría constitucional del control* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999), 15.
 5. Luigi Ferrajoli, “La democracia constitucional”, en *Desde otra mirada. Textos de teoría crítica del derecho*, comp. Christian Courtis (Buenos Aires: EUDEBA, 2001), 256-7.
 6. Javier Pérez Royo, *Curso de Derecho Constitucional* (Madrid: Marcial Pons, 2014), 111-4.

como iniciativa de la sociedad civil (control social); un mecanismo institucionalizado ejercido por órganos políticos (control político); o un control institucionalizado pero vinculado con los órganos jurisdiccionales (control judicial).⁷

Desde una perspectiva jurisdiccional existen diversas tipologías de control que pueden ser clasificadas tomando como referente los órganos de administración de justicia que realizan esta tarea, estos son: difusos, concentrados y mixtos.

El control difuso de constitucionalidad implica que la facultad de controlar la constitucionalidad de las normas se encuentra difuminada hacia todos los jueces. Este control tiene sus orígenes en el derecho anglosajón, siendo el constitucionalismo inglés el primero en realizar la aplicación del denominado *judicial review* cuando en 1610 Edward Coke inaplicó una ley por contravenir los principios del *common law*, abriendo la posibilidad de que los jueces puedan controlar las leyes cuando estas sean contrarias a los principios y a la razón.⁸ Luego esta idea fue recogida por la Corte Suprema de Estados Unidos en el conocido caso *Marbury vs Madison*,⁹ cuando John Marshall en 1803 estableció el *judicial review of legislation*¹⁰ instaurado en la Unión Americana la supremacía constitucional frente a los actos del poder público, facultando a los jueces a inaplicar normas contrarias a la Constitución.¹¹

En el control concentrado,¹² el examen de constitucionalidad de las normas se encuentra en manos de un órgano especializado (tribunales, cortes constitucionales, salas de lo constitucional, etc).

Cabe destacar que existe una convergencia de estos dos sistemas, al establecerse un sistema de control incidental, y un sistema mixto de control constitucional. En cuanto al control incidental, aquel se ve plasmado mediante lo que en Ecuador se denomina consulta de norma¹³ en la que los jueces, dentro de los casos puestos a su conocimiento si detectaren que una norma fuera contraria a la Constitución, suspenden

7. Aragón, *Constitución y control de poder*, 64-5.

8. Eduardo Ferrer Mac-Gregor, *El control difuso de convencionalidad en el Estado constitucional* (Ciudad de México: UNAM, 2001), 151-2.

9. Gabriel Bouzat, “El control constitucional un estudio comparativo”, en *Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991), 71.

10. Néstor Pedro Sagüés, “Justicia constitucional y control de la ley en América Latina”, en *La justicia constitucional en la actualidad*, coord. Luis López Guerra (Quito: Tribunal Constitucional / Universidad Carlos III de Madrid / Comisión Europea / Corporación Editora Nacional, 2002), 172.

11. Genaro Carrió, “Una defensa condicionada de la judicial review”, en *Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991), 142-6.

12. Pedro Cruz Villalón, *La función del sistema europeo de control de constitucionalidad* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987), 246.

13. Johana Romero, “Control concreto de constitucionalidad”, en *Apuntes de Derecho Procesal Constitucional*, ed. Juan Montaña (Quito: CEDEC, 2012), 187-8.

el proceso y remiten en consulta al órgano especializado, para que este se pronuncie con efectos generales estableciéndose un carácter incidental dentro de la sustanciación de la causa.¹⁴ En cambio, en un sistema mixto tanto los jueces de instancia como el órgano especializado pueden realizar un control de constitucionalidad; los primeros inaplicando las normas por contravenir la Constitución en un caso concreto, tarea que es realizada por todos los jueces; y a los segundos les corresponde el análisis de la constitucionalidad de la norma en abstracto, lo cual es realizado por los tribunales y cortes constitucionales.¹⁵

El control también puede ser abstracto o concreto. El primero tiene por objeto garantizar que toda la producción normativa de un Estado esté acorde con la Constitución, sin la existencia de ningún supuesto de hecho en concreto;¹⁶ como lo destaca Rafael Oyarte, es un “proceso contra la norma”,¹⁷ por lo que los efectos que produce aquel tipo de control se irradian a todo el ordenamiento jurídico —*erga omnes*—. Mientras que el control concreto¹⁸ tiene la particularidad de nacer de un caso específico, en el que un juez de instancia si detecta la incompatibilidad de una norma infra constitucional con la Carta Suprema la inaplica para ese caso, es decir, los efectos que se producen son *inter partes* en relación con el caso, para posteriormente remitir al órgano especializado con el objeto de determinar su constitucionalidad con efecto *erga omnes*.

El control puede tener efectos *inter partes* y *erga omnes*;¹⁹ en el primer caso este vinculará exclusivamente a las partes intervinientes en el proceso, mientras que en el segundo los efectos serán generales y abstractos.²⁰ El modelo difuso tiene efecto *inter partes*; en cambio, los efectos del control concentrado son generales.²¹

Con base en las tipologías expuestas, debe señalarse que en los sistemas jurídicos en los que los jueces de instancia no generan precedente obligatorio —fuerza gravita-

14. Giancarlo Rolla, *Garantía de los derechos fundamentales y justicia constitucional* (Ciudad de México: Porrúa / Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2006), 138.

15. Rafael Oyarte, *Derecho constitucional, ecuatoriano y comparado* (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2014), 861-2.

16. Ricardo Guastini, *Teoría e ideología de la interpretación constitucional* (Madrid: Trotta, 2008), 30.

17. Oyarte, *Derecho constitucional, ecuatoriano y comparado*, 862.

18. Francisco Zúñiga Urbina, “Control concreto de constitucionalidad: recurso de inaplicabilidad y cuestión de constitucionalidad en la reforma constitucional”, *Estudios constitucionales. Revista del Centro de Estudios Constitucionales* (Universidad de Talca) (2004): 217.

19. *Ibíd.*, 868.

20. Manuel Aragón Reyes, *Estudios de derecho constitucional* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2013), 327.

21. Sebastián Linares, *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes* (Madrid: Marcial Pons, 2008), 248.

cional—²² o aplican la doctrina del *stare decisis et quia non movere*²³ para sus futuros casos, cada vez que se suscite un conflicto entre una norma infraconstitucional y la Constitución y se resuelva por parte de estos últimos, se necesita de un instrumento procesal que permita unificar con efectos generales la decisión del juez de instancia que tiene efectos *inter partes*. Este mecanismo se configura a través de la obligación del juez de remitir la sentencia al Tribunal o Corte Constitucional para que, en caso de considerarlo, este órgano pueda revisar la decisión del juez o dotarla, en caso de estar de acuerdo de efectos *erga omnes*. En ausencia de este mecanismo definido como revisión el ordenamiento jurídico se encontraría desprovisto de la capacidad de unificar las decisiones de los jueces de instancia y por tanto de garantizar la seguridad jurídica.

EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN ECUADOR: LA CONSTITUCIÓN Y LEY

El modelo de control de constitucionalidad que el constituyente de Montecristi estableció para el ordenamiento de Ecuador sin duda puede ser definido como un “Jano bifronte” en tanto que, en la misma Constitución, se prevén dos tipos de control de constitucionalidad autónomos y contradictorios; es decir: por un lado, el control de constitucionalidad mixto; y, por el otro, el control concentrado. Un rápido análisis de los artículos 11.3, 425 y 428 CRE permitirá demostrar lo afirmado.

El inciso primero del número 3 del artículo 11 establece que los derechos y garantías reconocidos en la Constitución y en instrumentos internacionales de derechos humanos “serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte”. En este contexto la preposición “ante” hace referencia a la inmediata titularidad de los derechos de todo ciudadano que en función de ello puede solicitar frente a cualquier administrador de justicia la aplicación directa de la Constitución en defensa de aquellos. Mientras que la preposición “por” implica que todo juez está facultado para aplicar de forma directa los derechos constitucionales dentro de un proceso judicial, ya sea de oficio o a petición de parte. Dicha proposición permite sostener —aunque sea con un argumento débil— que esta potestad se le otorga al juez en primer lugar en ausencia de ley, y, en segundo lugar, frente a la existencia de una norma infraconstitucional contraria a la Constitución, circunstancia por la que el juez podría proceder a inaplicarla y aplicar directamente la Constitución.

22. Diego López Medina, *El derecho de los jueces* (Bogotá: Legis, 2008), 109-10.

23. Santiago Legarre y Julio César Rivera, “Naturaleza y dimensiones del ‘stare decisis’”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 33, n.º 1 (2006): 109-10.

Este último argumento encuentra su respaldo en el artículo 425 de la Constitución que, en su segundo inciso, establece que “En caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, la Corte Constitucional, las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior”. Con este inciso el constituyente faculta todo juez a aplicar la norma superior cuando exista contradicción entre normas de distinta jerarquía; y, en consecuencia, no solo le obliga a identificar la contraposición entre una norma infraconstitucional y la Constitución, sino además a resolver el conflicto aplicando la norma jurídica superior; y, por tanto, le obliga a realizar un control de constitucionalidad difuso. Si se relaciona este artículo con el 436.2, que establece como atribución de la CCE “conocer y resolver las acciones públicas de inconstitucionalidad, por el fondo o por la forma, contra actos normativos de carácter general emitidos por órganos y autoridades del Estado”, se deduce que el modelo de control de constitucionalidad implementado en Ecuador es el control mixto.

Sin embargo, la claridad de este argumento se ve eclipsada por la existencia del artículo 428 que establece: “Cuando una jueza o juez, de oficio o a petición de parte, considere que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución, suspenderá la tramitación de la causa y remitirá en consulta el expediente a la Corte Constitucional, que en un plazo no mayor a cuarenta y cinco días, resolverá sobre la constitucionalidad de la norma”. Artículo que, al determinar la obligación del juez —que constate que una norma jurídica es contraria a la Constitución— de suspender la tramitación de la causa y remitir la consulta a la CCE, siendo este el único órgano encargado de realizar el control de constitucionalidad, configurar la “otra cara del Jano”, esto es: un control de constitucionalidad concentrado.

Es evidente que, frente a esta contradicción, en el momento de resolver un caso y contrastar la existencia de una disposición jurídica contraria a la Constitución los jueces se encontraban ante una tensión entre plantear la consulta de norma (artículo 428) o resolver el problema jurídico aplicando directamente la Constitución (artículos 11.3, 425 y 426). Y, por tanto, ante la disyuntiva de determinar en cuáles circunstancias dar aplicación al artículo 425 CRE y en cuales al artículo 428 CRE.

Frente a ello la opción más radical era proceder a una reforma constitucional para eliminar la existencia de una de las dos modalidades de control, no obstante, también hubiese sido posible dar solución a los inconvenientes provocados por este sistema binario considerando lo establecido en el artículo 436 de la Constitución, según el cual: “La Corte Constitucional ejercerá, además de las que le confiera la ley, las siguientes atribuciones: [...] 6. Expedir sentencias que constituyan jurisprudencia vinculante respecto de las acciones de protección, cumplimiento, hábeas corpus, hábeas data, acceso a la información pública y demás procesos constitucionales, así como los casos

seleccionados por la Corte para su revisión”. Ello debido a que, como ya se explicó, la implementación de un sistema de control mixto en un ordenamiento jurídico en el que no se aplica la doctrina del precedente obligatorio o *stare decisis* debe necesariamente ser acompañada de la obligación del juez que no aplica al caso concreto una norma jurídica contraria a la Constitución de remitir a la CCE la sentencia para que este órgano pueda, en su caso, por medio de una sentencia con efectos *erga omnes* declarar la nulidad de la norma jurídica o bien interpretarla en un sentido que garantice su conformidad con la norma fundamental garantizando así la seguridad jurídica. Entonces, si según lo establecido en el artículo 436 CRE solo los jueces de garantías tienen la obligación de enviar en revisión sus sentencias a la CCE, serían solo y exclusivamente ellos quienes pueden hacer, en aplicación del artículo 425 CRE, un control difuso de constitucionalidad, mientras el artículo 428 CRE solo se aplicaría a los jueces ordinarios. Esta interpretación, además de solucionar la contradicción constitucional, garantizaría la eficacia²⁴ de las garantías constitucionales en relación con los cortos plazos en los que tienen que ser resueltas, plazos que se verían profundamente comprometidos en caso de aplicarse un control concentrado de constitucionalidad.

No obstante, el legislador en la LOGJCC implementó una tercera y cuestionable vía de solución del problema; y en su artículo 142 estableció:

Las juezas y jueces, las autoridades administrativas y servidoras y servidores de la Función Judicial aplicarán las disposiciones constitucionales, sin necesidad que se encuentren desarrolladas en otras normas de menor jerarquía. En las decisiones no se podrá restringir, menoscabar o inobservar su contenido. En consecuencia, cualquier jueza o juez, de oficio o a petición de parte, solo si tiene duda razonable y motivada de que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución, suspenderá la tramitación de la causa y remitirá en consulta el expediente a la Corte Constitucional, la que en un plazo no mayor a cuarenta y cinco días resolverá sobre la constitucionalidad de la norma.

Es cuestionable por qué, en primer lugar, había podido sobre la base de los argumentos antes planteados otorgar a los jueces de garantías la posibilidad de hacer control difuso de constitucionalidad; y, en segundo lugar, porque el contenido del artículo 142 simplemente sustituye la disyuntiva entre control difuso y concentrado con una nueva y relativa problemática asociada a cuando el juez *tiene duda razonable y motivada*, y cuando tiene certeza, y, por tanto, en ausencia de claras especificaciones procesales, hace recaer la decisión en cada uno de los jueces sobre la base de tener duda o certeza, muy poco garantista de aquella objetividad que el debido proceso debería asegurar.

24. Ver Luis Prieto Sanchis, *Apuntes de teoría del derecho* (Madrid: Trotta, 2011), 83-6.

La incertidumbre provocada por la redacción del artículo 142 LOGJCC en relación con su alcance, así como las dificultades experimentadas por los jueces, determinaron la necesidad de una intervención de la CCE que, como se verá, por medio de una jurisprudencia errática, muy poco técnica y a veces contradictoria, aún no logra esclarecer las dudas existentes acerca del modelo de control de constitucionalidad existente en Ecuador.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA CON EL CONTROL CONSTITUCIONAL EN ECUADOR²⁵

APLICACIÓN DIRECTA: LA CONTRADICTORIA INTERPRETACIÓN DE LA CORTE CONSTITUCIONAL ECUATORIANA

El principio de aplicación directa implica que la norma constitucional puede ser invocada directamente por todas las personas sin que medie o sea necesaria otra fuente de derecho, en especial la ley. Rafael Oyarte expresa que “el principio de aplicación directa de la Constitución se emplea a falta de norma secundaria, y no cuando esta existe y es inconstitucional”, no debiendo confundirse la aplicación directa con el ejercicio de control constitucional.²⁶

Este principio es permanentemente invocado por la CCE, sin embargo, en muchas ocasiones su argumentación es contradictoria; así, en la resolución de autoproclamación de Tribunal a Corte Constitucional, se establece entre los rasgos característicos del Estado constitucional de derechos y justicia la aplicación directa de la norma constitucional, vinculándola “al ejercicio y aplicación directos de los derechos fundamentales, sin necesidad de normas para su desarrollo”.²⁷

25. La problemática abordada en el presente artículo está asociada con el sistema de control existente en el Ecuador y los problemas que se suscitan en las judicaturas de instancia al momento de inaplicar una norma infraconstitucional contraria a la Constitución o a instrumentos internacionales de derechos humanos. Toda vez que, si bien la CCE ha desarrollado en su sentencia n.º 1024-19-JP/19 los parámetros para que opere la denominada “auto cuestión de constitucionalidad”, concordante con el denominado “control de oficio de normas conexas” realizado por las anteriores conformaciones de la CCE, aquella facultad que tiene este organismo para pronunciarse sobre la constitucionalidad de las normas en procesos de garantías jurisdiccionales de su conocimiento, denota un problema jurídico diferente al abordado en el artículo académico que presentamos.

26. Oyarte, “Derecho constitucional, ecuatoriano y comparado”, 887.

27. Ecuador, *Resolución de la Corte Constitucional para el Periodo de Transición*, Suplemento, Registro Oficial 451, 22 de octubre de 2008. En dicha resolución el anterior Tribunal Constitucional asume de oficio las competencias otorgadas por la CRE a la Corte Constitucional, denominándose aquel órgano —Corte Constitucional para el Periodo de Transición—.

Esta postura también se vio recogida en la sentencia 001-10-SIN-CC, en donde la CCE analiza “¿Cómo debe entenderse el principio de aplicación directa de la Constitución?”, estableciendo que “ante la ausencia de una regulación infraconstitucional previa que establezca el procedimiento de la consulta prelegislativa, esta Corte determina 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”,²⁸ denotándose una interpretación vinculada a la aplicación directa en caso de ausencia de normativa legal que desarrolle derechos, lo cual denotaría *a priori* que este organismo diferencia la institución de la aplicación directa del control constitucional; sin embargo, en la misma sentencia la CCE se contradice y vincula el principio de aplicación directa con el control constitucional al señalar:

legisladores, jueces y demás servidores públicos, así como los particulares, habrán de tomar a la Constitución como una norma de decisión, con las siguientes consecuencias: a) habrá de examinarse y compararse todas las normas con las disposiciones constitucionales para determinar, de forma legítima, si hacen parte o no del ordenamiento jurídico; b) en la solución concreta de conflictos jurídicos provocados por ausencia de ley o por evidentes contradicciones respecto de la Constitución, habrá de aplicarse directamente la Carta fundamental; y c) habrá de interpretarse todo el ordenamiento conforme a la Constitución.

Con base en lo señalado la CCE contradice el criterio adoptado en líneas anteriores, estableciendo que la aplicación directa de la norma constitucional involucra consecuencias relacionadas con el control constitucional para propender la concordancia de las normas infraconstitucionales con la Constitución, entendiéndose que la misma opera no solo en los casos de ausencia de ley, sino también frente a evidentes antinomias jurídicas en concreto y asociándola con la interpretación conforme a la Constitución.

Posteriormente, la sentencia 001-11-SIO-CC evidencia nuevamente contradicciones en relación con el principio de aplicación directa de la Constitución, pues en esta sentencia, en cambio, la motivación del órgano especializado fue que no puede aplicarse la Constitución mientras no haya la ley respectiva que la desarrolle o reglamente. Es decir, en lugar de aplicar directamente la Constitución para garantizar el derecho ciudadano de revocatoria de mandato, esta sentencia dispone suspender los procesos ya calificados “hasta que la Asamblea Nacional regule los requisitos y proce-

28. Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia n.º 001-10-SIN-CC”, *Caso n.º 0008-09-IN y 0011-09-IN*, 18 de marzo de 2010.

dimientos para hacer efectivo este derecho de participación”,²⁹ menoscabando de esta forma el principio de aplicación directa.

HACIA UN ÚNICO MODELO DE CONTROL CONSTITUCIONAL:

¿EXTINCIÓN DEL CONTROL DIFUSO DE LA REALIDAD ECUATORIANA?

En cuanto a la adopción de un modelo de control constitucional único, la CCE desde 2010 se decantó por existencia exclusiva del control concentrado. En la sentencia 055-10-SEP-CC, dentro del caso denominado Cratel (Teleamazonas), la Corte es explícita al establecer la prohibición dirigida a los jueces de instancia de inaplicar una norma inconstitucional, y, por tanto, de realizar control constitucional.³⁰ Cabe destacar que en el voto concurrente a esta sentencia se estableció algo muy interesante: que la consulta de norma debe estar vedada para procesos constitucionales, pues la suspensión del proceso y remisión a la CCE por cuarenta y cinco días permearía la celeridad y eficiencia de las garantías jurisdiccionales.³¹

Posteriormente, en la sentencia 001-13-SCN-CC, la CCE señala expresamente que en “el Ecuador existe únicamente el control concentrado de constitucionalidad”, además establece parámetros para la presentación de una consulta de normas entre los que destaca: i. Identificación del enunciado normativo, ii. Identificación de los principios o reglas constitucionales que se presumen infringidos, iii. Explicación y fundamentación clara y precisa de la relevancia de la disposición normativa cuya constitucionalidad se consulta.³² Determina además que las consultas de normas deberán ser objeto de admisibilidad.

La sentencia 002-13-SCN-CC analiza el sentido y alcance de la duda razonable y motivada dentro de la consulta de norma, toda vez que la redacción del artículo 142 de la LOGJCC invitaría a pensar que solo en caso de dudas se realizaría una consulta de norma, sin embargo, cuando el juez tenga certeza de que una norma es contraria a la Constitución podría inaplicarla. Al respecto la Corte aclara cómo debe entenderse este precepto, indicando que el modelo existente en la realidad ecuatoriana es el concen-

29. Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia n.º 001-11-SIO-CC”, *Caso n.º 0005-10-IO*, 26 de enero de 2011.

30. Ecuador Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia n.º 055-10-SEP-CC”, *Caso n.º 0213-10-EP*, 18 de noviembre de 2010.

31. Corte Constitucional para el Período de Transición, “Voto concurrente sentencia n.º 055-10-SEP-CC”, *Caso n.º 0213-10-EP*, 18 de noviembre de 2010. Se debe destacar que en el ordenamiento jurídico ecuatoriano los votos salvados y concurrentes no generan efecto jurídico vinculante.

32. Ecuador Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia n.º 001-13-SCN-CC”, *Caso n.º 0535-12-CN*, 6 de febrero de 2013.

trado: “una interpretación diferente del artículo 142, segundo inciso de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional contradice lo dispuesto en la Constitución de la República, la misma que evidentemente se orienta a establecer y fortalecer un sistema de control concentrado de constitucionalidad a cargo de la Corte Constitucional”.³³

La sentencia 30-13-SCN-CC determinó que frente a un conflicto de normativa infraconstitucional y la Constitución el órgano competente para aplicar directamente la Constitución no es el juez de instancia sino la CCE:

ante las eventuales contradicciones de una disposición legal con la Constitución, el juez no está facultado para resolver tal asunto; sino corresponde a la Corte Constitucional como máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en materia constitucional, aplicando directamente las normas supremas, declarar si la disposición legal cuestionada es o no constitucional.³⁴

contraviniendo lo establecido en la propia Constitución (artículo 425).

En la sentencia 34-13-SCN-CC, la Corte Constitucional va a mantener la noción de que existe solo control concentrado, advirtiendo además mediante una regla jurisprudencial que los jueces deben siempre suspender el proceso y remitir en consulta a la CCE; en caso de no hacerlo, serán incluso destituidos de su cargo, lo cual relativiza la supremacía constitucional, así como el rol activo del juez para tutelar derechos en un Estado constitucional.³⁵

CONTROL DE CONVENCIONALIDAD Y APLICACIÓN DIRECTA: ¿RECONFIGURACIÓN DE LÍNEA JURISPRUDENCIAL?

Aclarados los conceptos que giran en torno al control de constitucionalidad, y brevemente esbozado lo manifestado por la CCE en torno al sistema de control adoptado por el Ecuador a partir de la interpretación dada fundamentalmente en las sentencias 055-10-SEP-CC y 001-13-SCN-CC, esto es, un control concentrado de constitucionalidad con la total ausencia de un control difuso o mixto que, al parecer, tal y como se advirtió en líneas anteriores, genera una contradicción con lo determinado en la Constitución, es necesario hacer un breve análisis de dos sentencias que trajeron nue-

33. Ecuador Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia n.º 002-13-SCN-CC”, *Caso n.º 0677-12-CN*, 28 de febrero de 2013.

34. *Ibid.*, “Sentencia n.º 030-13-SCN-CC”, *Caso n.º 0697-12-CN*, 14 de mayo de 2013.

35. *Ibid.*, “Sentencia n.º 034-13-SCN-CC”, *Caso n.º 0561-12-CN*, 30 de mayo de 2013.

vamente a debate el sistema de control constitucional en el Ecuador —sentencias del matrimonio igualitario— 010-18-CN/19 y 011-18-CN/19.

Se hizo necesario tratar el modelo de control constitucional en el Ecuador, en razón del conflicto surgido a partir de la OC-24/17 que, al interpretar el artículo 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, determinó que el matrimonio es un derecho humano, y que, por lo tanto, en su ejercicio no pueden existir tratos discriminatorios, reconociendo de esta manera que el matrimonio es un derecho tanto para parejas de diferente sexo, así como del mismo sexo, generando así una posible antinomia entre lo dispuesto en normas infraconstitucionales al interior de los Estados, pues la normativa ecuatoriana determinaba expresamente que el matrimonio es un derecho exclusivamente para parejas de diferente sexo.

El problema devino fundamentalmente de acciones de protección que fueron presentadas frente a las negativas por parte del Registro Civil de formalizar matrimonios entre parejas del mismo sexo, acciones en las que los jueces se encontraron con disposiciones normativas vigentes que no permitían estos matrimonios, al igual que la Constitución —formalmente hablando—; y, por otra parte, la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que sí lo permitía, sumado a la imposibilidad de hacer un control difuso y aplicar directamente la mentada Convención.

Este problema de la imposibilidad de inaplicar disposiciones normativas vigentes en el ordenamiento jurídico por la inexistencia de un control difuso o mixto de constitucionalidad generó que se elevarán dos consultas de normas a la CCE respecto de la constitucionalidad del artículo 81 del Código Civil y 52 de la Ley de Gestión de la Identidad y Datos Civiles.

La primera consulta fue resuelta en la sentencia 010-18-CN/19, en la que fundamentalmente se reafirma que en Ecuador existe un sistema de control constitucional concentrado, pues a lo largo del texto se matiza la idea de que la CCE es la única que puede entrar a observar la constitucionalidad de las disposiciones cuestionadas, y, en efecto, citando una serie de principios para conservar el derecho particularmente en la esfera legislativa, realiza un modulación sustractiva y sustitutiva de dichas disposiciones, adaptándolas así al texto constitucional en un sentido material.

La CCE en la sentencia 011-18-CN/19, que versaba en torno a la posibilidad de matrimonio entre parejas del mismo sexo a partir de la interpretación realizada por la Corte IDH en la opinión consultiva OC-24/17, se pronunció de manera contradictoria, puesto que sostuvo que no es necesario modificar el ordenamiento jurídico doméstico ecuatoriano, esto es, el artículo 81 CC y 52 LGDIDC, para aplicar directamente la mentada opinión consultiva, y, de hecho, en uno de los párrafos de su decisión así lo determina textualmente:

3. Disponer que el Tribunal consultante interprete el sistema normativo a la luz de esta sentencia y ordene que el Registro Civil registre el matrimonio de los accionantes, toda vez que no es necesaria una reforma constitucional al artículo 67 de la Constitución de la República del Ecuador. Tampoco son necesarias reformas previas, para el caso concreto, a los artículos 52 de la Ley Orgánica de Gestión de Identidad, y Datos Civiles y 81 del Código Civil.³⁶

De igual manera en la mentada sentencia la CCE establece lo que debe entenderse por aplicación directa e inmediata de la Constitución que, como se vio en páginas anteriores, está directamente ligado al sistema de control constitucional que mantiene un Estado, y en efecto determina que la aplicación directa implica que la Constitución debe ser aplicada exista o no regulación normativa; y por inmediata entiende que su aplicación no debe suspenderse ni condicionarse a factores como reglamentación, falta de ley, o revisión superior. De manera textual dice:

284. La aplicación directa quiere decir que la Constitución, como cualquier otra norma, si tiene relación con el caso, debe ser aplicada, exista o no regulación normativa. Cuando hay una ley que regula la Constitución, no significa que sus normas se suspenden, siguen teniendo validez y vigencia y, junto con las leyes, cuando fuere necesario, deben ser aplicables. El juzgador debe tratar de armonizar el sistema jurídico a través de una interpretación constitucional o, si no es posible cuando hay antinomias, de la aplicación directa de la Constitución.

285. La aplicación inmediata quiere decir que siempre que la Constitución deba ser aplicada, no debe suspenderse su aplicación ni tampoco condicionarse a otros factores del tipo reglamentación, falta de ley o revisión superior.³⁷

Con esto la CCE reafirmaba la existencia de un control que permita aplicar directamente la Constitución, incluso frente a la existencia de normativa infraconstitucional, entendiendo con ello una especie de control difuso de constitucionalidad que convive con un sistema de control concentrado, situación que incluso va a ser corroborada en párrafos siguientes en la sentencia.

En efecto, en los párrafos 287 y 290 la CCE reconoce la existencia de un control difuso de constitucionalidad y determina que todos los jueces tienen la competencia para realizar un control de convencionalidad³⁸ y constitucionalidad, e incluso mencio-

36. Ecuador Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia 011-18-CN/19”, decisión párr. 3, 12 de junio de 2019.

37. *Ibíd.*, párr. 284, 285.

38. Paúl Córdova, *El control de convencionalidad* (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2020), 34.

na que los jueces pueden dejar de observar disposiciones infraconstitucionales y que aquello no implica prevaricar. Además recalca que el hecho de quitar esta competencia a todos los jueces implicaría quebrar totalmente la supremacía constitucional:

287. En segundo lugar, si se les priva a los jueces y juezas de aplicar en sus casos concretos, ya por vacíos o ya por antinomias, la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos más favorables, el control de constitucionalidad y el de convencionalidad serían inocuos y se dejaría sin eficacia la supremacía constitucional y la obligación de interpretar más favorablemente los derechos.

290. Con lo dicho se pueden aclarar los equívocos enunciados. El juez y la jueza sí tienen competencias para realizar control de constitucionalidad y de convencionalidad, como cualquier otra autoridad pública en el ámbito de sus competencias. La Corte Constitucional es el máximo intérprete de la Constitución y sus interpretaciones tienen el carácter de precedente. [sic] que son normas jurídicas que tienen alcance general, abstracto y obligatorio, pero no puede ni debe ser considerado el único intérprete. Con relación a si un juez o jueza prevarica por inobservar una norma que considera inconstitucional y aplicar la Constitución, los operadores de justicia no prevarican.³⁹

Es menester mencionar que, si bien la Corte Constitucional determina que los jueces al inobservar normas que consideran inconstitucionales no prevarican, esto ya lo había dicho en la sentencia 141-18-SEP-CC.

No cabe duda que lo mencionado en esta sentencia deja claro que en Ecuador los jueces pueden, frente a antinomias, dejar de aplicar normas vigentes en el ordenamiento jurídico —inobservar en términos de la Corte— y aplicar directamente la Constitución, esto es, reconocer una especie de control difuso de constitucionalidad que ya parecía desprenderse de la lectura de la Constitución. Sin embargo, es de resaltar que dicha afirmación de la Corte no obedece a cumplir con lo determinado en el artículo 2 número 3 LOGJCC, esto es, la facultad de alejarse de sus precedentes de manera expresa, pues la Corte en ningún momento a lo largo de la sentencia se aparta de sus precedentes contenidos, sobre todo, en las sentencias 55-10-SEP-CC y 001-13-SCN-CC analizadas anteriormente, y que determinaban la existencia únicamente de un control concentrado de constitucionalidad.

Por lo antes dicho es que se genera una contradicción enorme que pone al sistema de control constitucional en el Ecuador en el limbo, pues, por un lado, existen sentencias que determinan que en Ecuador solo hay un control concentrado, y, por otro, la sentencia 011-18-CN/19, que expresamente determina que los jueces pueden inobservar normas que consideren inconstitucionales y aplicar directamente la Constitución,

39. Ecuador Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia 011-18-CN/19”, decisión, párr. 287, 290.

esto es, el reconocimiento de un control difuso, poniendo así entre la espada y la pared a los juzgadores.

INAPLICACIÓN DE NORMAS CONTRARIAS A LA CONSTITUCIÓN: ¿REAPARICIÓN DEL CONTROL DIFUSO EN EL ECUADOR?

Hace poco más de un año, y con el afán de dar solución a las dudas hasta aquí planteada, la CCE dictó la sentencia 1116-13-EP/20 que, además, incluye dos votos concurrentes y que una vez más nos deja desconcertados.⁴⁰

Mediante voto de mayoría, la Corte desestimó la acción extraordinaria de protección —en adelante EP— propuesta en contra de la sentencia que aceptó una acción de protección planteada por haber sido negada la residencia permanente en las islas Galápagos a favor del conviviente del entonces accionante, con quien mantenía una unión de hecho. La sentencia impugnada ordenaba al presidente del Comité de Calificación y Control de Residencia de Galápagos otorgar la residencia permanente al conviviente del accionante.

En este caso se discute si era procedente o no que los jueces apliquen de manera directa el artículo 68 de la Constitución, tomando en cuenta que, en aquel momento, se encontraba vigente una norma infraconstitucional, el artículo 222 del Código Civil —CC—, cuyo contenido se consideraba incompatible con la norma constitucional.⁴¹ Ello porque los jueces decidieron resolver el conflicto dejando de aplicar el artículo 222 CC —vigente a la época— y aplicando directamente el artículo 68 de la CRE. En este sentido la alegación principal de los legitimados activos evidencia la omisión de los jueces de utilizar el mecanismo de consulta ante la CCE, pese a que existía una duda de constitucionalidad en relación con la aplicación del artículo 222 del CC y, por tanto, la violación por parte de estos últimos del derecho a la seguridad jurídica.

En el contenido de la sentencia, sin mayor argumentación, la Corte decide desestimar las acciones de protección e implícitamente legitimar la posibilidad de que los jueces puedan realizar control de constitucionalidad difuso, en tanto que no se vulneró el derecho a la seguridad jurídica, porque si bien en el momento de resolver el caso el

40. Ecuador Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia n.º 1116-13-EP/20”, *Caso n.º 1116-13-EP*, 18 de noviembre de 2020.

41. Este artículo definía la unión de hecho como “la unión estable y monogamia de un hombre y una mujer, libres de vínculo matrimonial con otra persona que formen un hogar de hecho, por el lapso y bajo las condiciones y circunstancias que señale este Código, generará los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante matrimonio, inclusive en lo relativo a la presunción legal de paternidad, y a la sociedad conyugal”.

artículo 222 del CC hacía referencia a “la unión estable y monogámica de un hombre y una mujer”, los jueces constitucionales optaron por la aplicación directa del art. 68 CRE, en virtud de lo establecido en el artículo 425 CRE.

Esta sentencia escueta y casi privada de motivación se completa con dos votos concurrentes. El del juez constitucional Hernán Salgado Pesantes y el de los jueces constitucionales Ramiro Ávila Santamaría, Agustín Grijalva Jiménez, Alí Lozada Prado y Daniela Salazar Marín.

El voto concurrente del juez Salgado llega a la conclusión de que: “el texto constitucional vigente consagra un sistema de control concentrado en el cual solamente la Corte Constitucional tiene atribución expresa para establecer una incompatibilidad entre disposiciones infraconstitucionales y la Norma Fundamental”; y, por tanto, en la CRE

no se reconoce un sistema mixto y mucho menos un modelo difuso de control constitucional, debido a que el constituyente no mantuvo ni siquiera una regulación similar a la de la Constitución de 1998; al contrario, la cambió expresamente tal como se desprende de la redacción del artículo 428 de la Constitución de 2008, que refleja la postura de la Asamblea Constituyente que fue ratificada por la ciudadana en referéndum.

Por su parte, el voto concurrente de los jueces Ramiro Ávila Santamaría, Agustín Grijalva Jiménez, Alí Lozada Prado y Daniela Salazar Marín vuelve al artículo 142 LOGJCC y aclara que el juez no tiene duda razonable “cuando existen reglas constitucionales perentorias [...] cabe perfectamente la aplicación directa de dichas reglas [...]”. Por tanto, cuando existe una regla constitucional aplicable al caso, y esta regla sea contraria a una norma jurídica infraconstitucional, por supremacía debe aplicarse dicha norma, incluso cuando ello implique inaplicar la norma de rango legal que contradiga la norma constitucional. Concluye que:

ante un conflicto o colisión entre normas constitucionales e infraconstitucionales, las juezas y jueces están en la posibilidad de aplicar directamente la Constitución o de elevar la consulta ante la Corte Constitucional, lo que dependerá de la complejidad del conflicto bajo su conocimiento. En casos de conflicto entre una regla constitucional y una infraconstitucional, como el que estamos conociendo, la respuesta resulta tan obvia que lo que corresponde es que los jueces y juezas apliquen directamente la Constitución, por ser la norma suprema, sin necesidad de consultar a la Corte Constitucional.

También esta sentencia deja abiertas una serie de cuestiones. En primer lugar, las relativas a los efectos de la acción extraordinaria de protección. En segundo lugar, el valor de los votos concurrentes y su utilidad y razón de ser ello, sobre todo en relación con el voto concurrente del juez constitucional Salgado, ya que si es como él afirma

que “el texto constitucional vigente consagra un sistema de control concentrado”, ¿por qué voto a favor de la decisión tomada en la sentencia principal?

Además, la sentencia 1116-13-EP/20 ratifica la posibilidad de que los jueces hagan control difuso de constitucionalidad sin especificar bajo qué condiciones y, sobre todo, sin especificar cuáles jueces pueden hacerlo. ¿Todos? ¿Solo los jueces que resuelven garantías?

Uno de los votos concurrentes habla de “reglas constitucionales”, y, según los jueces constitucionales que formulan este voto, el artículo 68 es una regla, no obstante, según la misma Corte (Sentencia 0010-18-CN/19), el artículo 67 inciso segundo, que establece que “El matrimonio es la unión entre hombre y mujer, se fundará en el libre consentimiento de las personas contrayentes y en la igualdad de sus derechos, obligaciones y capacidad legal”, no es una regla.

Entonces, cabe también preguntarse ¿cuáles son estas reglas constitucionales que permitiría un control difuso de constitucionalidad? ¿Quién decide qué es una regla? ¿Cuál sería el instrumento de “control” que garantizaría en estos casos la seguridad jurídica?

Finalmente, ¿representa esta EP el supuesto más indicado para establecer los criterios de selección del tipo de control de constitucionalidad que debe seguir el juez? ¿Los efectos de la sentencia 0010-18-CN/19 no deberían haber sido tomados en cuenta? Y, sobre todo, ¿no es contrario al espíritu de las garantías constitucionales limitar tanto la posibilidad de realizar un control difuso de constitucionalidad? y ¿qué se ganó con esta sentencia en aras de la efectividad de las garantías?

CONCLUSIONES

Pese a que de la lectura de la Constitución a su entrada en vigencia ya se podía observar la posible configuración de un control difuso conviviendo con un control concentrado, y probablemente una especie de control mixto en materia de garantías jurisdiccionales mediante el sistema de selección y revisión, la CCE en sus primeras sentencias en torno al control estableció la sola existencia de un control concentrado de constitucionalidad.

Esta idea de control mixto configurado en materia de garantías jurisdiccionales con la selección y revisión no podía extenderse a los procesos ordinarios, puesto que estos jueces no remiten sus decisiones a la CCE, y pensar en un posible control difuso de parte de estos generaría una situación caótica ya que no se configuraba un instrumento que le permita a la CCE revisar estas decisiones.

En definitiva, la configuración del sistema de control constitucional, ya deficiente en la Constitución y no solucionado por parte del legislador, se agravó con las sentencias emitidas por la CCE, por todas las razones tratadas a lo largo de este texto.

Si bien es cierto los procesos de selección y revisión cumplen con un objetivo primigenio de crear precedente constitucional obligatorio, con la sola existencia de este control concentrado, estos procesos desarrollados por la CCE perderían sentido en el ámbito de la unificación del derecho, puesto que este era el medio para que dicha Corte pueda, con efectos generales pronunciarse sobre la constitucionalidad de disposiciones normativas que hayan sido inaplicadas en procesos de instancia.

La situación se volvió aún más compleja con la emisión de las sentencias que trataron el matrimonio igualitario en el Ecuador, puesto que para hacerlo, al ser consultas de norma, tuvieron que recordar el sistema de control constitucional en el Ecuador, y, en ese sentido, en la sentencia 10-18-CN/19 se reafirmó la idea de un control concentrado en Ecuador, en contradicción con la sentencia 11-18-CN/19 que determinó expresamente que los jueces sí pueden inobservar disposiciones que consideren inconstitucionales y aplicar directamente la Constitución, dejando ver la configuración de un control difuso en el Ecuador.

Es indispensable mencionar que dicha sentencia no resuelve el problema, sino que lo agrava, ya que los precedentes que determinaron la existencia de un control concentrado no han sido modificados, y, por lo tanto, en este momento sobreviven en la jurisprudencia de la CCE criterios contradictorios en torno al sistema de control constitucional, que a su vez generan una serie de confusiones en los jueces, tanto ordinarios como aquellos que conocen garantías jurisdiccionales, teniendo en cuenta el caos que podría derivarse en el evento en que los jueces ordinarios empiecen a inaplicar disposiciones que consideren contrarias a la Constitución, ya que no existe instrumento alguno para que dichas decisiones puedan ser revisadas por la CCE en torno al control difuso ejercido, puesto que la acción extraordinaria de protección obedece a la discrecionalidad de las partes y tiene un objeto diferente.

En este sentido el control difuso debería operar en procesos de garantías jurisdiccionales debido a su naturaleza, efectividad y rapidez, esto además se vería respaldado con el posterior proceso de selección y revisión, con el que la CCE podría armonizar la normativa infraconstitucional mediante la expedición de una sentencia de precedente con efectos generales; mientras que, en los procesos ordinarios donde no opera la selección y revisión de casos, se encontraría justificada la suspensión del proceso y por tanto la obligatoriedad de la consulta de norma para que la CCE se pronuncie con efectos *erga omnes*; denotándose mediante los argumentos expuestos la existencia de un modelo de control mixto de constitucionalidad en nuestro país.

Finalmente, del análisis realizado se desprende la necesidad imperiosa y urgente de que la CCE tome en serio todos estos problemas, construya un sistema de control constitucional garantista y eficaz y en el camino pueda ir alejándose de todos los precedentes anteriores que solo generan ambigüedad; al fin y al cabo, el viaje, como se demostró, es corto, y no se requieren tantas alforjas para llegar a destino.

BIBLIOGRAFÍA

- Aragón Reyes, Manuel. *Constitución y control de poder: Introducción a una teoría constitucional del control*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999.
- . *Estudios de derecho constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2013.
- Bouzat, Gabriel. “El control constitucional un estudio comparativo”. En *Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- Carrió, Genaro. “Una defensa condicionada de la judicial review”. En *Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- Córdova, Paúl. *El control de convencionalidad*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2020.
- Cruz Villalón, Pedro. *La función del sistema europeo de control de constitucionalidad*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987.
- Ferrajoli, Luigi. *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*. Madrid: Trotta, 2009.
- . “La democracia constitucional”. En *Desde otra mirada. Textos de teoría crítica del derecho*. Buenos Aires: EUDEBA, 2001.
- Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. *El control difuso de convencionalidad en el Estado constitucional*. Ciudad de México: UNAM, 2001.
- Guastini, Ricardo. *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*. Madrid: Trotta, 2008.
- Legarre, Santiago, y Julio César Rivera, “Naturaleza y dimensiones del ‘stare decisis’”. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 33, n.º 1 (2006).
- Linares, Sebastián. *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*. Madrid: Marcial Pons, 2008.
- López Medina, Diego. *El derecho de los jueces*. Bogotá, Legis, 2008.
- Oyarte, Rafael. *Derecho constitucional, ecuatoriano y comparado*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2014.
- Pérez Royo, Javier. *Curso de Derecho Constitucional*. Madrid: Marcial Pons, 2014.
- Prieto Sanchís, Luis. *Apuntes de teoría del derecho*. Madrid: Trotta, 2011.
- Rolla, Giancarlo. *Garantía de los derechos fundamentales y justicia constitucional*. Ciudad de México: Porrúa / Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2006.
- Romero, Johana. “Control concreto de constitucionalidad”. En *Apuntes de Derecho Procesal Constitucional*, editado por Juan Montaña. Quito: CEDEC, 2012.
- Sagüés, Néstor Pedro. “Justicia constitucional y control de la ley en América Latina”. En *La justicia constitucional en la actualidad*, coordinado por Luis López Guerra. Quito: Tribunal Constitucional / Universidad Carlos III de Madrid / Comisión Europea / Corporación Editora Nacional, 2002.

Trujillo, Julio César. *Constitucionalismo contemporáneo. Teorías, procesos, procedimientos y retos*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador / Corporación Editora Nacional, 2013.

Zúñiga Urbina, Francisco. “Control concreto de constitucionalidad: recurso de inaplicabilidad y cuestión de constitucionalidad en la reforma constitucional”. *Estudios constitucionales. Revista del Centro de Estudios Constitucionales* (Universidad de Talca) (2004): 217.

REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES

Ecuador, Corte Constitucional para el Período de Transición. *Resolución*. Suplemento, Registro Oficial 451, 22 de octubre de 2008.

—. “Sentencia n.º 055-10-SEP-CC”. *Caso n.º 0213-10-EP*.

—. “Voto concurrente sentencia n.º 055-10-SEP-CC”. *Caso n.º 0213-10-EP*.

Ecuador Corte Constitucional. “Sentencia n.º 001-10-SIN-CC”. *Caso n.º 0008-09-IN y 0011-09-IN*.

—. “Sentencia n.º 001-11-SIO-CC”. *Caso n.º 0005-10-IO*.

—. “Sentencia n.º 055-10-SEP-CC”. *Caso n.º 0213-10-EP*.

—. “Sentencia n.º 001-13-SCN-CC”. *Caso n.º 0535-12-CN*.

—. “Sentencia n.º 002-13-SCN-CC”. *Caso n.º 0677-12-CN*.

—. “Sentencia n.º 1116-13-EP/20”. *Caso n.º 1116-13-EP*.

—. “Sentencia 010-18-CN/19”. *Caso n.º 010-18-CN*.

—. “Sentencia 011-18-CN/19”. *Caso n.º 011-18-CN*.

El modelo de control concreto de constitucionalidad en la Constitución ecuatoriana de 2008

The Concrete Control Model of Constitutionality in the Ecuadorian Constitution 2008

Sebastián López Hidalgo

Universidad del Azuay

Cuenca, Ecuador

pslopez@uazuay.edu.ec

ORCID: 0000-0002-5793-8353

Artículo de investigación

DOI: <https://doi.org/10.32719/26312484.2022.38.2>

Fecha de recepción: 3 de enero de 2022

Fecha de revisión: 5 de marzo de 2022

Fecha de aceptación: 17 de marzo de 2022

Fecha de publicación: 4 de julio de 2022

Licencia Creative Commons



RESUMEN

El presente texto pone de manifiesto el tipo de control de constitucionalidad en Ecuador a partir del diseño constitucional de 2008. Luego de exponer de manera breve los orígenes del control de constitucionalidad, sus modelos clásicos (control concentrado/europeo y control difuso/americano de constitucionalidad), y cómo se ha dado paso a una hibridación de los mismos, trascendiendo las explicaciones de origen geográfico y político de los modelos, el artículo se centra en la denominada institución de la *consulta de norma* como un mecanismo de control constitucional concreto, inserto en la Constitución vigente. A partir de una lectura integral del texto fundamental, la legislación ordinaria y algunos fallos centrales de la Corte Constitucional sobre el tema, el texto sugiere que se ha dado un giro importante en la versión original de dicha institución (control de constitucionalidad en consulta de norma), que en inicio ha sido calificado como un control concentrado de constitucionalidad, abriendo el camino a una nueva discusión, por vía jurisprudencia, sobre un tipo de control de constitucionalidad mixto tal como lo estableció en su momento la Constitución ecuatoriana de 1998. Este hecho demuestra la importancia de la jurisprudencia constitucional dentro del sistema de fuentes, al tiempo que permite conocer los nuevos horizontes sobre la discusión en el caso ecuatoriano.

PALABRAS CLAVE: Ecuador, constitucionalismo, modelos, control, consulta, sistemas, difuso, concentrado.

ABSTRACT

This text highlights the type of constitutional control in Ecuador from the constitutional design of 2008. After briefly exposing the origins of constitutional control, its classics (concentrated/European control and diffuse/American constitutional control), and as it has given way to a hybridization of the same, transcending the explanations of geographical and political origin of the models, the article focuses on the institution called the norm consultation as a concrete constitutional control mechanism, inserted in the Current Constitution. From a comprehensive reading of the fundamental text, the ordinary legislation and some central rulings of the Constitutional Court on the subject, the text suggests that there has been an important turn in the original version of said institution (control of constitutionality in consultation of normative), which initially has been described as a concentrated control of constitutionality, opening the way to a new discussion, by way of jurisprudence, on a type of control of mixed constitutionality as established at the time by the Ecuadorian Constitution of 1998. This fact It demonstrates the importance of constitutional jurisprudence within the source system, while it allows knowing the new horizons on the discussion in the Ecuadorian case.

KEYWORDS: Ecuador, constitutionalism, models, control, consultation, systems, diffuse, concentrated.

FORO

INTRODUCCIÓN

Las experiencias revolucionarias francesa y norteamericana encuentran unos rasgos que las diferencian en el distinto matiz que dan al concepto de Constitución, y que marcan con diferente alcance el mecanismo de defensa del texto constitucional. En ese contexto se articularon los denominados modelos clásicos de control de constitucionalidad (europeo/concentrado) y (americano/difuso) con sus características particulares de base teórica, pero, que, en la actualidad, dada la naturaleza de los textos constitucionales y de la vinculación de los operadores jurídicos a sus disposiciones, han perdido vigencia en su versión más tradicional para ir cediendo paso a nuevas clasificaciones en razón de la propia hibridación de los modelos.

A partir de ahí, y luego de una referencia a los sistemas de control de constitucionalidad en su versión “original”, el presente trabajo se centra en definir el modelo de control constitucional asumido por el constituyente ecuatoriano a partir de la Constitución de 2008. Una revisión atenta del diseño constitucional permite hacer una primera aproximación en relación al complejo sistema de control de constitucionalidad en el actual tramado constitucional. Así, el control de constitucionalidad actual puede ser entendido de diferentes formas según se trate de un ejercicio de control abstracto desplegado por el órgano concentrado; o, un control concreto, sea en procesos constitucionales de garantías o, mediante la denominada institución de la consulta de norma ejercida por los jueces ordinarios.

Por otro lado, el legislador ecuatoriano ha clasificado, en la Ley, al control de constitucionalidad en: control abstracto; y, en control concreto. Cada uno de ellos con diferente alcance, aunque con una finalidad parcialmente coincidente que es asegurar la defensa de la supremacía constitucional, su fuerza normativa y, la vigencia de los derechos fundamentales.

Presentar una visión del control de constitucionalidad a partir de una lectura contextual del texto fundamental, de la normativa infraconstitucional y de la jurisprudencia constitucional más reciente, centrada en la institución de la denominada consulta de norma es el objetivo del presente trabajo con miras a aportar a un debate que, aunque presente en el constitucionalismo ecuatoriano, ha merecido escasa atención.

BREVE REFERENCIA A LOS MODELOS CLÁSICOS DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

Los denominados modelos “clásicos” del control de constitucionalidad es posible entenderlos a partir de las experiencias revolucionarias francesa y norteamericana y que se diferencian, entre otros aspectos, en el distinto matiz que dan al concepto de Constitución y que marcan, con diferente alcance, el mecanismo de defensa de la

Constitución.¹ En efecto, como lo sostiene Blanco Valdés, el concepto de Constitución toma en Europa continental y en los Estados Unidos, dos caminos diferentes que se traducen, en el primero de los casos, en considerar la norma fundamental durante un largo período, como un documento de carácter político, simplemente, en tanto que, en el caso americano, desde el primer momento posterior al triunfo revolucionario y la adopción del texto fundacional de 1787, la Constitución sería considerada norma jurídica suprema con todas las consecuencias que ello implica.²

Así, el contexto histórico que rodea la revolución americana³ permitió que “en los Estados Unidos, una vez roto el vínculo con la metrópolis, la Corona y el Parlamento británicos dejan de ser el centro de poder frente al cual hay que afirmar otro distinto. De ahí que el principio de soberanía parlamentaria de las colonias al que se recurre en 1776 se transformaría muy rápidamente, en 1787, en el principio de soberanía popular”.⁴ Este hecho daría lugar a una manifestación directa del pueblo norteamericano como manifestación del poder constituyente, independiente de la voluntad del parlamento en cuanto poder constituido sometido a unos límites, afirmando de esta manera el principio de constitucionalidad sobre el principio de legalidad, y a una idea del *control* como un elemento inseparable del concepto de Constitución.⁵

Para el caso europeo, la idea base estaría soportada en un principio de soberanía nacional traducida en clave de soberanía parlamentaria, dando paso a la supremacía del principio de legalidad sobre el principio de constitucionalidad en contraste a la versión norteamericana. Mientras en Europa la teoría de la separación de poderes suponía un nuevo acuerdo entre los viejos y nuevos sujetos políticos, en Norteamérica la ausencia de un monarca absoluto facilitaría la cuestión de la legitimidad popular directa. De ahí que concepciones tan distintas, y con fundamentos dispares explicables a partir de las situaciones particulares distintas en donde se concretan los procesos revolucionarios a ambos lados del atlántico, darían lugar a una diferente configuración del concepto de Constitución,⁶ vinculada a una forma distinta de control.

-
1. Roberto Blanco Valdés, *El valor de la Constitución. Separación de poderes, supremacía de la ley y control de constitucionalidad en los orígenes del Estado liberal* (Madrid: Alianza, 1995); Manuel Aragón Reyes, *Estudios de Derecho Constitucional*, 2.ª ed. (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009).
 2. Roberto Blanco Valdés, *La configuración del concepto de Constitución en las experiencias revolucionarias francesa y norteamericana*, Working papers-Documents de trabajo, n.º 117 (Barcelona: Instituto de Ciencias Políticas y Sociales, 1996).
 3. Gerardo Pisarello, *Un largo Termidor* (Madrid: Trotta, 2011), 62-70; también Mauricio Fioravanti, *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones* (Madrid: Trotta, 1996), 75-95.
 4. Javier Pérez Royo, *Curso de Derecho Constitucional*, 14.ª ed. (Madrid: Marcial Pons, 2014), 185.
 5. Manuel Aragón, “El control como elemento inseparable del concepto de Constitución”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 19 (1987).
 6. Blanco Valdés, *La configuración del concepto de Constitución en las experiencias revolucionarias francesa y norteamericana*.

En Norteamérica la separación de poderes se articula a partir del temor y la desconfianza en las mayorías populares representadas en la rama legislativa, asegurando la intervención del poder judicial como un resguardo de las minorías elitistas. De hecho en *El Federalista*,⁷ Alexander Hamilton, al tiempo que dejaría clara su preocupación sobre las mayorías populares en un sistema de frenos y contrapesos asegurando que ninguna de las ramas del gobierno pudiera prevalecer, se orientaba a afirmar, también, el carácter normativo de la Constitución y, con ello, la idea de un modelo de control de constitucionalidad que solo sería posible en Europa algún tiempo después.

De ahí que las ideas que impulsaron el origen del control de constitucionalidad en el caso americano no encontrarían el eco necesario en los estados europeos durante buena parte del siglo XIX.⁸ Así, por ejemplo, en Francia el equilibrio de las ramas del poder público se había producido en favor del legislativo, instaurando un gobierno parlamentario y de supremacía de la ley como su máxima de expresión la cual no podían dejar de aplicar, sumado a un acto de desconfianza hacia los jueces del antiguo régimen;⁹ en tanto que, en los Estados Unidos, la alteración de dicho equilibrio se había producido en favor del poder judicial como una garantía de una clase frente a las facciones populares.¹⁰

Solamente a partir del famoso caso *Marbury vs. Madison* en 1803 pronunciado por la Corte Suprema norteamericana presidida por el juez Jhon Marshall, se inauguraría el denominado *judicial review of legislation*, un modelo que solo acabaría consolidándose a lo largo del siglo XX y que obedecería a circunstancias históricas y políticas distintas a las de Europa, lo cual evidenciaría, a la postre, las diferentes relaciones de los jueces con la Constitución y la propia ley.¹¹

Aun así, no es absolutamente claro que la no adopción del modelo americano en Europa sea producto de un simple rechazo de la idea que se había gestado en torno a

7. *El Federalista* es una serie de ensayos escritos por Alexander Hamilton, Jhon Jay y James Madison que aparecieron en los periódicos norteamericanos orientados a la defensa de la Constitución de los Estados Unidos de América en tiempos de la independencia.

8. Eliseo Aja, “El origen, la expansión y la transformación de los tribunales constitucionales en los Estados europeos” (Prólogo), en *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual* (Barcelona: Ariel), XII.

9. Sebastián López Hidalgo, *Reflexiones acerca de la legitimidad democrática de la justicia constitucional en Ecuador*, Derecho y Sociedad, 4 (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador / Corporación de Estudios y Publicaciones, 2018), 7-8.

10. Edouard Lambert, *El gobierno de los jueces y la lucha contra la legislación social en los Estados Unidos. La experiencia americana del control judicial de la constitucionalidad de las leyes*, trad. Felix de la Fuente, con el estudio preliminar de Luis Pomed Sánchez (Madrid: Tecnos, 2010), XVII.

11. Javier Dorado Porras, *El debate sobre el control de constitucionalidad en los Estados Unidos. Una polémica sobre la interpretación constitucional* (Madrid: Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, Universidad Carlos III de Madrid / Dykinson, 1997), 2-7.

la posibilidad de la revisión judicial en una suerte de “subdesarrollo de la cultura de la constitucionalidad”. Si bien existía una desconfianza hacia los jueces, en el diseño europeo también se gestaban fundadas preocupaciones y cuestionamientos por evitar las objeciones más severas que se opusieron desde el inicio al sistema del *judicial review*.

Luego de una experiencia temprana en Suiza y Alemania sobre el control de constitucionalidad, lo cual vendría a confirmar una conexión entre justicia constitucional y federalismo,¹² así como de una aceptación tardía del carácter jurídico vinculante de la Constitución, se produciría en Europa un intenso debate acerca de la necesidad de un sistema de revisión de constitucionalidad.¹³

A partir de Kelsen, como un partidario del legislador democrático frente al activismo judicial desacreditado de ese entonces, se haría posible la idea de un modelo especializado-centralizado de justicia constitucional¹⁴ a través del cual se introduce un cambio básico en la idea base del control: la posibilidad de concretar la guarda en un órgano especializado que no enjuicia hechos concretos, sino que, se limita a controlar la compatibilidad lógica entre dos normas de carácter abstracto.¹⁵ Nacería así la idea de los Tribunales Constitucionales como unos órganos que se encontrarían a medio camino entre el legislador democrático y los jueces ordinarios.

Después de la experiencia de la Constitución de Weimar que introduce algunas instituciones del control de constitucionalidad en relación a la distribución territorial de competencias en el seno de los *Länder*, la verdadera transformación se produciría en Austria y Checoslovaquia en 1920, y después en España en 1931, dando paso al surgimiento de la justicia constitucional concentrada o modelo europeo de control de constitucionalidad¹⁶ a pesar de que, como lo ha destacado Marian Ahumada, las perspectivas de futuro a finales de 1930 eran más bien sombrías para la justicia constitucional.¹⁷

12. Aragón Reyes, *Estudios de Derecho Constitucional*, 240.

13. Esperanza Gómez Corona, *Las Cortes Generales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional* (Madrid, 2008), 27.

14. Hans Kelsen, “La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional) La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle)”, 1928, en *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, trad. Juan Ruiz Manero (Madrid: Debate, 1988). También Hans Kelsen, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* (Madrid: Tecnos, 1995).

15. Eduardo García de Enterría, “La posición jurídica del Tribunal Constitucional en el sistema español: posibilidades y perspectivas”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 1 (1981): 43.

16. Pedro Cruz Villalón, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987); Francisco Fernández Segado, *La justicia constitucional ante el siglo XXI-La progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano* (Bologna: CLUEB, 2010).

17. Marian Ahumada Ruiz, *La jurisdicción constitucional en Europa. Bases teóricas y políticas* (Thomson Civitas, 2002), 18.

Desde ese momento, la consolidación de un modelo concentrado se produciría solamente después de la Segunda Guerra Mundial, originando una expansión de la revisión judicial en clave europea.¹⁸ Y esto es lo que ha venido a denominarse como el modelo concentrado europeo frente al modelo difuso norteamericano, caracterizado aquel por su naturaleza abstracta y los efectos generales o *erga omnes* de sus decisiones frente al carácter concreto y con efectos *inter partes* de este último.

Advertir, sin embargo, que el modelo europeo de estirpe kelseniana estaría pensado en sus inicios no tanto como un opositor del parlamento democrático, sino como su complemento (un apéndice del legislador). De ahí su concepción inicial de legislador negativo exclusivamente, en términos de Kelsen, a diferencia del modelo americano que se presenta como menos democrático o contramayoritario, en palabras de Bickel, a pesar de que la “identidad sobrevenida”¹⁹ que han soportado los dos modelos ha llevado la discusión a nuevos horizontes.

Esta expansión de la revisión judicial no solo ha dejado su huella en el caso europeo, sino, además, en el contexto latinoamericano, lo que ha convertido a la región en un verdadero laboratorio de la justicia constitucional por sus variantes debido a la constante influencia que ha existido entre uno y otro sistema o modelo de control, con lo que resulta cada vez más complicado, más allá de lo teórico, hablar de modelos “puros” de revisión judicial.²⁰ Así, la obsolescencia de la clasificación binaria modelo europeo *versus* modelo americano es patente.²¹

De hecho, a pesar de que los antecedentes históricos marcan una diferencia en los modelos del control, los dos sistemas de revisión judicial se presentan como convergentes a fin de garantizar la supremacía constitucional.²² Y esto se debe, en mucho, a la fuerte impronta material, *principialista*, por decirlo de alguna manera, de las Constituciones modernas, lo que ha dado lugar a un momento de constitucionalización de los ordenamiento jurídicos actuales en donde la relación entre el juez y el legislador asume una función diferente.

18. Francisco Rubio Llorente, “La jurisdicción constitucional como forma de creación de derecho”, en *La Forma de Poder* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993), 507.

19. Sebastián Linares, “Modelos de justicia constitucional y deferencia al poder legislativo”, *Revista Argentina de Teoría Jurídica* (Universidad Torcuato Di Tella), vol. 6 (2015).

20. Lucio Pegoraro, *La justicia constitucional una perspectiva comparada* (Madrid: Dykinson, 2004); Francisco Rubio Llorente, “Tendencias actuales de la jurisdicción constitucional en Europa”, en Francisco Rubio Llorente y Javier Jiménez Campo, *Estudios sobre jurisdicción constitucional* (Madrid: McGraw-Hill, 1998), 159-60.

21. Fernández Segado, *La justicia constitucional ante el siglo XXI-La progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniana*, 35 y ss.

22. Francisco Tomás y Valiente, *Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993), 53.

Y es que, como ha sucedido en el caso ecuatoriano, “la recepción de un concepto de Constitución fundamentalmente distinto al imperante en Europa desde comienzos del siglo XIX implica necesariamente una transformación radical del ordenamiento, que se judicializa; las sentencias del juez de la constitucionalidad se convierten necesariamente en fuente del Derecho”,²³ con lo cual, el sistema tradicional de fuentes se encuentra erosionado.

UN MODELO DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y SU EVOLUCIÓN A PARTIR DE LA CONSTITUCIÓN ECUATORIANA DE 2008

Como se dejó anotado, la justicia constitucional como institución de defensa jurisdiccional de la Constitución tiene su origen y evolución en contextos diferentes tanto en América como en Europa. En uno y otro caso, la configuración y expansión del modelo de revisión judicial de constitucionalidad adoptado depende de un concepto mismo de Constitución.

Para el caso ecuatoriano y su evolución del control de constitucionalidad, el mismo fue contemplado ya en la Carta Política de 1851 y recogido, especialmente, en la Constitución de 1906 y en la de 1929. Sin embargo, dicho control de constitucionalidad se ejercía conjuntamente con un control de legalidad a cargo del Consejo de Estado. A partir de 1945 se creó el Tribunal de Garantías Constitucionales con una duración efímera ya que, en 1946, con la nueva Constitución, se volvió a reestructurar, por última vez, el Consejo de Estado. Luego, la Constitución de 1967 retomó la figura del Tribunal de Garantías Constitucionales. Posteriormente en 1998 se crearía el denominado Tribunal Constitucional y con la vigencia de la Constitución de 2008, la Corte Constitucional.²⁴

Como bien lo anotan algunos autores ecuatorianos, el control de constitucionalidad de la ley, y en general de otras normas en el Ecuador, ha pasado por tres etapas históricas: i) soberanía parlamentaria (1830-1945); ii) surgimiento y desarrollo del Tribunal Constitucional (1945-1996); iii) desafíos de institucionalización (de 1996 hasta el presente).²⁵

23. Francisco Rubio Llorente, “Sobre la relación entre el Tribunal Constitucional y el poder judicial en el ejercicio de la jurisdicción constitucional”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 2 (1982): 54.

24. Al respecto puede verse Hernán Salgado Pesantes, “La jurisdicción constitucional en el Ecuador”, en *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, coord. F. Fernández Segado y D. García Belaunde (Madrid: Dykinson, 1997), 577 y ss.

25. Agustín Grijalva, *Constitucionalismo en Ecuador* (Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición, 2011), 169.

En efecto, a partir de la adopción de la Constitución de 2008 se ha instituido una facultad del control de constitucionalidad que se estructura en diferentes aristas y que han sido confirmadas con diferente sentido y alcance en el texto fundamental, según la actividad del control se active de forma directa ante la Corte Constitucional como órgano concentrado y especializado;²⁶ según provenga de un caso concreto cuando se trata de una consulta de norma generada por un juez ordinario dentro de un caso específico;²⁷ según se trate del ejercicio y puesta en práctica de las diferentes garantías jurisdiccionales que son conocidas por los jueces ordinarios/constitucionales;²⁸ o según se relacione con el principio de aplicación directa e inmediata de los mandatos constitucionales, que corresponde a cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte²⁹ en lo que ha venido a denominarse un control primario de constitucionalidad. Todo lo descrito hace parte de un sistema de control de constitucionalidad en sentido amplio.

Ahora bien, en lo que sigue, para definir de forma muy limitada pero necesaria “un modelo” de control de constitucionalidad en el caso ecuatoriano, el análisis se centrará en lo que ha venido a denominarse la *consulta de norma* o *consulta de constitucionalidad* contenida en el artículo 428 de la Constitución de la República (en adelante CR) como un mecanismo de control concreto de constitucionalidad. Para ello, se propondrá un análisis del control de constitucionalidad que, centrado en la categoría normativa de la denominada *consulta de norma*, tal como se indicó, permita tener una aproximación más acotada sobre el modelo de constitucionalidad a partir de la Constitución, la ley y la jurisprudencia constitucional.

EL MODELO DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD SEGÚN LA CONSTITUCIÓN ECUATORIANA DE 2008

Con la adopción de la CR de 2008, el constituyente ecuatoriano dio un giro importante en relación al control de constitucionalidad y los casos concretos. De hecho, si

26. Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 436.

27. *Ibíd.*, art. 428.

28. La referencia de jueces ordinarios/constitucionales es en razón de que, según el ordenamiento jurídico ecuatoriano, todos los jueces ordinarios tienen competencia para conocer asuntos de naturaleza constitucional (garantías constitucionales jurisdiccionales). De ahí el extendido concepto de que en Ecuador todos los jueces son jueces constitucionales y, en consecuencia, ejercen jurisdicción constitucional más allá de las facultades ejercidas por la Corte Constitucional.

29. Ecuador, *Constitución de la República*, art. 11.3. Aunque ello no implique confundir de forma plena, el principio de aplicación directa con el ejercicio del control de constitucionalidad.

con la Constitución Política de 1998 se establecían unos límites claros de actuación entre la justicia ordinaria y la justicia constitucional en materia de control al establecer un modelo mixto de control de constitucionalidad³⁰ en la medida en la que los jueces ordinarios en las causas concretas podían inaplicar la disposición cuestionada; resolver el asunto controvertido del proceso con efectos inter partes; y, luego, elevar un informe para ante el Tribunal Constitucional a efectos de que este órgano pudiese resolver la cuestión propuesta con el carácter de general y abstracto;³¹ el modelo del control de constitucionalidad en los casos concretos resulta diferente al amparo de la Constitución de 2008 tal como se verá más adelante.

Cabe anotar, sin embargo, que el control concreto puede tener su origen dentro de la modalidad difusa, esto es, cuando el juez dentro de una causa declara la inconstitucionalidad de una norma o cuando resuelve implicarla de forma directa al caso concreto; pero, también, el control concreto puede realizarse dentro de la modalidad concentrada, esto es, cuando el juez en el conocimiento de un proceso tiene la facultad de formular una consulta al órgano concentrado con la finalidad de que este revise la constitucionalidad de la norma.³²

Teniendo en cuenta el diseño constitucional de 2008 que estableció una suerte de diálogo entre justicia ordinaria y justicia constitucional, al impedir de entrada que los jueces ordinarios inaplicasen una disposición en las casusas que son de su conocimiento para dar paso a un proceso de consulta de norma que es conocido por la Corte Constitucional como el guardián supremo de la norma constitucional,³³ existe un cambio importante en la comprensión y alcance del control de constitucionalidad. Se trata,

30. Este modelo de control mixto vigente en la Constitución Política de la República del Ecuador de 1998 ha de entenderse: i) no solo en el ámbito de los casos concretos en donde los jueces ordinarios en las causas en la que conocían podían inaplicar de forma directa una disposición jurídica, resolviendo el caso concreto con efectos interpartes (características del control difuso) y luego remitir un informe para ante el entonces Tribunal Constitucional para que este órgano resuelva la cuestión con efectos generales y abstractos (características del control concentrado); sino, además, ii) este control mixto puede ser entendido en la medida en la que el Tribunal Constitucional como órgano especializado tenía facultades para ejercer el control abstracto, *erga omnes*, con un marco de competencias delimitado que coexistía con la posibilidad de que los jueces ordinarios podían implicar —como se indicó—, una disposición normativa dentro de un caso concreto, específico.

31. Ecuador, *Constitución Política de la República del Ecuador*, Registro Oficial 1, 11 de agosto de 1998, art. 274. Esta disposición establecía: “Art. 274. Cualquier juez o tribunal, en las causas que conozca, podrá declarar inaplicable, de oficio o a petición de parte, un precepto jurídico contrario a las normas de la Constitución o de los tratados y convenios internacionales, sin perjuicio de fallar sobre el asunto controvertido. Esta declaración no tendrá fuerza obligatoria sino en las causas en que se pronuncie. El juez, tribunal o sala presentará un informe sobre la declaratoria de inconstitucionalidad, para que el Tribunal Constitucional resuelva con carácter general y obligatorio”.

32. Rafael Oyarte, *Derecho Constitucional* (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2019), 1078-9.

33. Ecuador, *Constitución de la República*, el art. 428.

sin embargo, de un cambio que no ha estado ausente de discusiones, algunas críticas y también contradicciones que saltan a la luz de una lectura integral del propio texto constitucional que ha apostado por una opción judicialista fuerte en manos de juezas y jueces como los especiales garantes del pacto constitucional.³⁴

Y es que, efectivamente, un sector de la doctrina así como algunas decisiones de la Corte mediante votos concurrentes, han sostenido que el principio de aplicación directa e inmediata contenido en propia norma fundamental y la fuerza normativa que la imprime no se encuentra en contradicción con el modelo de la consulta de norma que impone a los jueces, a partir de las circunstancias concretas, elevar el proceso ordinario ante la Corte Constitucional como un acto de deferencia para con el legislador democrático.³⁵ Por otro lado, hay quienes sostienen que el aparente diálogo que propondría la Constitución de 2008 solo implicaría un reforzamiento de la jurisdicción constitucional en una única línea, la de la Corte Constitucional, en desmedro de conjunto de facultades que poseen todos los jueces ordinarios a fin de desplegar el modelo constitucional de derechos y justicia que caracteriza el diseño ecuatoriano.

De cualquier manera, tal como se indicó, la denominada consulta de norma, consulta de constitucionalidad, cuestión de constitucionalidad o también llamado control incidental ha venido a aportar en la convergencia de los sistemas tradicionales de control de constitucionalidad con miras a afirmar la supremacía y vigencia del texto fundamental a través de la cual se confunde una dimensión objetiva de defensa de la Constitución y una subjetiva en la que se debate la constitucionalidad de una norma aplicable al caso concreto.³⁶

34. Sobre la opción judicialista adoptada por el constituyente de 2008, en el caso ecuatoriano puede consultarse la obra de López Hidalgo, *Reflexiones acerca de la legitimidad democrática de la justicia constitucional en Ecuador*.

35. Rafael Oyarte, por ejemplo, ha sostenido que “una cosa es que se apliquen directamente preceptos constitucionales no desarrollados por la normatividad secundaria y otra, muy distinta, que se pretenda asumir la facultad de declarar una contradicción entre la norma secundaria y la Constitución... dicho de otro modo, el principio de aplicación directa de la Constitución se emplea a falta de norma secundaria, y no cuando esta existe y es inconstitucional”. Véase Oyarte, *Derecho Constitucional*, 1106-7. Sobre los votos concurrentes de algunos jueces que recogen esta posición puede verse, en concreto, la postura del Juez Hernán Salgado y su voto en el caso 1116-13-EP/20, 2 de diciembre de 2020.

36. Especial referencia al respecto merece la distinción entre norma y disposición normativa. Y es que el objeto mismo de la *consulta de constitucionalidad* versará sobre una norma (interpretación) y no sobre una disposición normativa.

EL MODELO DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD SEGÚN EL LEGISLADOR ECUATORIANO EN LA LEY ORGÁNICA DE GARANTÍAS JURISDICCIONALES Y CONTROL CONSTITUCIONAL

Salvo algunas excepciones a nivel comparado como el caso holandés, los diferentes sistemas, con algunas características más acentuadas de unos u otros modelos en una suerte de hibridación, han apostado por algún diseño de revisión judicial, lo que ha dado lugar a la construcción o apareamiento de un *tertium* que trasciende las explicaciones de origen geográfico o político del control entre los clásicos modelos europeo/concentrado; y un modelo americano/difuso, a modelos débiles o modelos fuertes o robustos de revisión judicial con los matices que cabe en cualquier caso.³⁷

Así, los modelos débiles de revisión judicial pertenecen a aquellos sistemas en donde es posible prácticas institucionales de diálogo que insisten en recuperar la discusión democrática sin dejar la última palabra en manos de las cortes. Ejemplo de ello son los casos de Canadá con la denominada cláusula de “no obstante” (*notwithstanding clause*);³⁸ también Nueva Zelanda o Reino Unido han dejado sentadas algunas ventajas de dicho modelo.³⁹ Por su parte, los modelos fuertes o robustos se presentan cuando la decisión final —última palabra— recae en la judicatura con el carácter de definitivo y con la posibilidad de expulsar la norma cuestionada del ordenamiento jurídico sin que exista una respuesta democrática de la rama legislativa.

La aceptación o rechazo de la revisión judicial en mucho depende del concepto de democracia y constitucionalismo que se adopte. Un modelo fuerte de revisión judicial con una idea de derechos atrincherados —coto vedado en términos de Garzón Valdés⁴⁰ o esfera de lo indecible en Ferrajoli— se corresponde con una concepción débil de la democracia que denuncia la crisis del sistema representativo y excluye ciertas decisiones de la política mayoritaria; en tanto que, las fórmulas del constitucionalismo

37. Juan Carlos Bayón, con el título “Derechos, Democracia y Constitución”, en Francisco Laporta, *Constitución: problemas filosóficos* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003).

38. El art. 33 de la Carta Canadiense permitiría al órgano legislativo competente recrear la ley original insistiendo en una respuesta legislativa, insistiendo en una posibilidad de diálogo.

39. Al respecto puede verse Mark Tushnet, *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law* (Princeton: University Press, 2008), 18 y ss.

40. Ernesto Garzón Valdés, “Representación y democracia”, en *Derecho, ética y política* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993), 644. Esta expresión evoca también, nociones análogas como las de “*territorio inviolable*” de Norberto Bobbio, “*esfera de lo indecible*” de Luigi Ferrajoli, “*cartas de triunfo frente a la mayoría*” de Dworkin.

débil habrían de adherir a formas más fuertes de la concepción democrática.⁴¹ Dicho en otras palabras, una democracia débil haría posible un constitucionalismo más fuerte e invasivo; y una idea de democracia fuerte daría paso a modelos más bien débiles de revisión judicial.

Ahora, si bien los denominados modelos clásicos del control de constitucionalidad han venido marcados por lo que en la doctrina se ha denominado los pares del control o binomios del control: concentrado/abstracto; y difuso/concreto, atendiendo a una clasificación binaria del control de constitucionalidad según la actividad de control esté centrada en el órgano que lo realiza; o según el ejercicio del control esté asociado al caso en el que se origina; para el contexto ecuatoriano, el legislador a través de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional⁴² (en adelante LOGJCC) ha definido dos modelos de control constitucional que se sustentan en una idea de un constitucionalismo fuerte o modelo fuerte de revisión judicial: un modelo de control abstracto de constitucionalidad (artículo 74 y siguientes de la LOGJCC); y un modelo de control concreto de constitucionalidad (artículo 141 y siguientes de la LOGJCC). Dicha regulación a nivel legal sienta dos modelos distintos, aunque convergentes con miras a garantizar la defensa de la supremacía constitucional y la fuerza normativa de la Constitución.

Sobre el ejercicio de control abstracto de constitucionalidad la LOGJCC en el artículo 74 manifiesta: “El control abstracto de constitucionalidad tiene como finalidad garantizar la unidad y coherencia del ordenamiento jurídico a través de la identificación y la eliminación de las incompatibilidades normativas, por razones de fondo o de forma, entre las normas constitucionales y las demás disposiciones que integran el sistema jurídico”.

En lo que al control concreto de constitucionalidad corresponde, la CR en su artículo 428 determina:

Quando una jueza o juez, de oficio o a petición de parte, considere que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución, suspenderá la tramitación de la causa y remitirá en consulta el expediente a la Corte Constitucional.

41. Jorge Roa Roa, “El modelo de constitucionalismo débil y la legitimidad de la justicia constitucional en Colombia”, Serie Documentos de Trabajo-Universidad Externado de Colombia (Bogotá, 2015).

42. Norma legal que tiene por objeto regular la jurisdicción constitucional con el fin de garantizar jurisdiccionalmente los derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, así como, garantizar la eficacia y la supremacía constitucional. Véase, Ecuador, *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*, Registro Oficial, Suplemento 52, 22 de octubre de 2009.

Por su parte, la LOGJCC en el artículo 141 establece que el control concreto de constitucionalidad tiene como finalidad garantizar la constitucionalidad de la aplicación de las disposiciones jurídicas dentro de los procesos judiciales; y el artículo 142 inciso segundo de la norma que regula el ejercicio del control concreto, indica:

En consecuencia, cualquier jueza o juez, de oficio o a petición de parte, solo si tiene duda razonable y motivada de que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución, suspenderá la tramitación de la causa y remitirá en consulta el expediente a la Corte Constitucional.

Como se ve, en materia de control concreto de constitucionalidad, la modificación introducida por la LOGJCC en relación con la CR parece sugerir que la duda de constitucionalidad y el respectivo proceso de consulta es jurídicamente posible, solamente, en la medida en la que los jueces tienen algún cuestionamiento razonable y motivado respecto de la norma a aplicarse dentro de la situación jurídica concreta, provocando un encendido debate al respecto.

De hecho, a partir de una lectura de las disposiciones legales antes indicadas se ha sostenido que el principio de aplicación directa de la Constitución solo es posible en el supuesto en el que no existe norma legal alguna que regule una situación determinada,

Por tanto, cualquier otra modalidad de aplicación directa de la Constitución por parte de un juez ordinario, como lo es frente a las eventuales contradicciones de una norma legal con la Constitución, la inaplicación de la primera, no es atribuible al órgano judicial, sino que corresponde a la Corte Constitucional vía consulta de constitucionalidad declarar o no su inconstitucionalidad.⁴³

Y, sin embargo, aquella situación ha sido motivo de amplias discusiones e importantes pronunciamientos de la Corte Constitucional que de una u otra forma han ido abriendo nuevos debates en torno al modelo de control de constitucionalidad en el Ecuador. Y es que, ¿qué sucedería entonces, en caso de que el juzgador de la causa no tenga una duda razonable y motivada de la constitucionalidad de una norma, sino la certeza de que la misma es contraria a los mandatos constitucionales? ¿Pueden los jueces en los casos concretos inaplicar una norma específica que consideran es contraria a la Constitución y, correlativamente, aplicar de forma directa e inmediata

43. Johanna Romero Larco, “Control concreto de constitucionalidad en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. La consulta de constitucionalidad”, Cuaderno de trabajo, 3, ed. Juan Montaña (Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición, 2021), 196.

los mandatos constitucionales? ¿Cómo conciliar el principio de aplicación directa y fuerza normativa para con el principio *in dubio pro legislatore*?⁴⁴

EL MODELO DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD SEGÚN LA CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR

Varios son los fallos de la Corte Constitucional que han ido orientado y modulando el tema del control concreto de constitucionalidad en el sistema ecuatoriano, no obstante, una referencia a algunas decisiones del más alto órgano de jurisdicción y administración de justicia constitucional, permitirán ilustrar el tema central de esta discusión.

Tempranamente la autodenominada Corte de Transición o Corte Constitucional para el Período de Transición (en adelante CCT) emitió el fallo 055-10-SEP-CC con el cual se internaba a dar una primera aproximación al tema de la inaplicabilidad de la norma con fundamento en el principio de supremacía constitucional y fuerza normativa. En este fallo la Corte argumentó que en el ordenamiento jurídico ecuatoriano no cabe más un control *difuso* vigente hasta la Constitución de 1998, ratificando que, en caso de duda sobre la constitucionalidad de una norma, los operadores jurídicos están obligados a ejercer la consulta de norma para ante la Corte Constitucional, debiendo suspender la tramitación de la causa y enviar el expediente al máximo órgano de revisión judicial. En esta sentencia, la Corte, claramente indicó lo siguiente:

44. Sobre esta última pregunta, la autora Johanna Romero, en la obra citada “Control concreto de constitucionalidad en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. La consulta de constitucionalidad”, 198-9, ha realizado un interesante análisis al respecto, sugiriendo que “...la aplicación directa de la Constitución tiene lugar en tres escenarios de actuación. Un primer escenario es aquel en el que existe una norma legal que desarrolla los contenidos constitucionales, en tal caso, la aplicación directa de la Constitución tiene lugar por la propia aplicación de la norma legal vigente. Decimos entonces que hay aplicación directa de la Constitución, cuando hay aplicación de la propia ley. Un segundo escenario es aquel en el que no existiendo normativa secundaria que desarrolle los contenidos de un derecho constitucional, se puede aplicar directamente las disposiciones constitucionales. En este escenario la aplicación directa toma partida de manera inmediata, es decir, en virtud de que la normativa secundaria no está desarrollada, sí existen directrices o principios constitucionales que pueden ser aplicables al caso. En este segundo supuesto, las formulaciones elaboradas en la Constitución en torno a la aplicación directa de la Constitución, es en sentido estricto (arts. 11, numeral 3, y 426). Finalmente, existe un último escenario en el cual encaja el tema que ahora abordamos, es aquel en el que, existiendo una norma legal, la misma es contraria a la Constitución. Ante tal supuesto, no decimos de manera alguna que no existe aplicación directa. En este caso tiene lugar una suerte de paso intermedio que es el de la consulta de constitucionalidad, por parte del propio juez, quien delega la decisión del asunto a un órgano especializado, que para el caso ecuatoriano es la Corte Constitucional, quien será la encargada de, en virtud del principio, no solo de la aplicación directa de la Constitución, sino de la propia supremacía constitucional al determinar si una norma es o no inconstitucional”.

En definitiva, esta Corte deja claro que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 428 de la Constitución de la República vigente, y a diferencia del control de constitucionalidad difuso previsto en la Constitución Política de 1998, los jueces están vedados de inaplicar normas jurídicas y continuar con la sustanciación de la causa, circunstancia que se ha generado en el caso *sub iudice*.⁴⁵

Es decir, para la CCT quedaba descartado cualquier posibilidad de inaplicación normativa, debiendo operar en cualquier supuesto la consulta de norma para ante el órgano concentrado, ratificando lo que a partir de ese momento se conocería como control concentrado de constitucionalidad en el sistema constitucional ecuatoriano.

A pesar de lo dicho, conviene reparar que, aun cuando la CCT en la sentencia referida “aclara” que en el sistema constitucional ecuatoriano y a partir de la Constitución 2008 se dejaba atrás el “control difuso”, lo correcto es indicar que dicho modelo (control difuso) no existió realmente al amparo de la Constitución de 1998; o, al menos, no en una versión “pura” del modelo con la posibilidad de que los jueces ordinarios declaren una inconstitucionalidad de la norma dentro de un caso concreto. Dicho en otras palabras, el modelo que imperaba en la Constitución de 1998 no era de carácter difuso exclusivamente, sino un modelo que correspondía a un control mixto de constitucionalidad en el que coexistían características del modelo difuso y del modelo concentrado.⁴⁶

Esta primera posición de la Corte, asumiendo la vigencia de un control concentrado de constitucionalidad, fue robustecida por decisiones posteriores del propio órgano de control.⁴⁷ Efectivamente, en la sentencia 001-13-SCN de 2013, al tiempo que la Corte fijó cuáles debían ser los parámetros que los operadores jurídicos deben observar en el caso de las consultas de norma, ratificó el hecho de que el caso ecuatoriano “existe únicamente el control concentrado de constitucionalidad, por lo que corresponde solo a la Corte Constitucional la declaratoria de inconstitucionalidad de una norma y su consecuente invalidez”.⁴⁸

45. Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia”, en *Proceso n.º 055-10-SEP-CC*, 18 de noviembre de 2010.

46. Como lo afirma un sector de la doctrina, “hasta la Constitución de 1998 el sistema de control de constitucionalidad fue mixto, toda vez que al control concentrado que ejercía el entonces Tribunal Constitucional respecto de determinados actos normativos, se sumaba la facultad de los jueces de declarar inaplicables, dentro de una causa concreta, preceptos normativos contrario a la Constitución, luego de lo cual, como cierre del sistema, debían informar al Tribunal Constitucional para que ejerza control abstracto, sin que ello afecte el fallo o auto expedido por el juez”. Véase Oyarte, *Derecho Constitucional*, 1089.

47. Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia”, en *Proceso n.º 004-10-CN*, 12 de abril de 2010. También la “Sentencia”, en *Proceso n.º 0213-10EP*, 10 de enero de 2011.

48. Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia”, en *Proceso n.º 001-13-SCN-CC*, 6 de febrero de 2013.

Asimismo, el órgano de control en esta decisión, y con una referencia al caso 55-10-SEP-CC, fue enfático en indicar que: “bajo ningún concepto, ante la certeza de inconstitucionalidad de una disposición normativa, un juez podría inaplicada directamente dentro del caso concreto, pues siempre debe, necesariamente, elevar la consulta ante la Corte”.⁴⁹ En esa misma línea, en la sentencia 034-13-SCN-CC la Corte consolidó su línea jurisprudencial sostenida hasta ese momento en el sentido de que la omisión de la obligación de suspender un proceso cuando de por medio se encuentra una duda de constitucionalidad constituye una actuación contraria a la misma Constitución y configura un incumplimiento a criterios emitidos por la Corte. A pesar de que con esta serie de fallos el principio de deferencia al legislador se encuentra de alguna forma asegurado, de manera poco reflexiva se incorpora un modelo de control sin examinar al detalle las características que venían aparejadas a dicha decisión.

De otro lado, con la integración de la nueva Corte Constitucional a partir del 5 de febrero de 2019 que obedeció a un período de reestructuración y reconfiguración de designación de autoridades, articuladas a la denominada Función de Transparencia y Control Social, la discusión acerca del modelo de control de constitucionalidad y sus alcances se ha extendido a nuevos horizontes, principalmente, a partir del voto concurrente del juez Ávila en la sentencia 10-18-CN/19 dentro del denominado caso del matrimonio igualitario; el órgano de control se internó, nuevamente, en la discusión del modelo de control de constitucionalidad y los alcances de los principios de aplicación directa y fuerza normativa de la Constitución en los casos concretos.

Como se indica, en esta decisión y su voto concurrente se dio una nueva vuelta de tuerca sobre el espinoso problema de la definición del modelo del control, al afirmar:

la Constitución, como se intentará demostrar, tiene un control difuso y un control concentrado en el mismo texto, que acaba siendo un sistema mixto sin un adecuado sistema de control de constitucionalidad”,⁵⁰ indicando, adicionalmente, que, el denominado control concentrado que había venido marcado la agenda decisional de la Corte era el “menos democrático y el más a fin a un modelo autoritario de ejercicio del poder”⁵¹ y que el mismo responde a “modelos de concentración del poder y de elitismo judicial.”⁵²

Con miras a abrir una nueva discusión sobre la idea del control de constitucionalidad en una línea que permita zanjar la posible tensión interna tanto de las normas constitucionales como establecer una nueva lectura y relación entre la Constitución y

49. *Ibid.*

50. Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia”, en *Proceso n.º 10-18-CN/19*, 12 de junio de 2019.

51. *Ibid.*

52. *Ibid.*

la ley sobre el tema, el voto concurrente en mención definió algunas reglas que deberían guiar la tarea del control de constitucionalidad. A saber: a) El juzgador resolverá, en los casos concretos, vacíos normativos o contradicción de normas con la Constitución; b) Cuando el juzgador tenga certeza sobre la constitucionalidad de una norma jurídica, aplicará la norma conforme a la Constitución; c) Cuando el juzgador tenga una duda sobre la constitucionalidad de una norma, el juzgador resolverá la causa siempre que pueda realizar una interpretación de la norma conforme a la Constitución; d) Cuando el juzgador tenga una duda razonable y motivada sobre la inconstitucionalidad de una norma, deberá consultar a la Corte Constitucional.

De esta manera, el razonamiento contenido en dicho voto concurrente concluyó que “el control difuso existe en Ecuador y los operadores de justicia tienen que incorporar como parte del sistema jurídico ecuatoriano las normas constitucionales, convencionales, la doctrina de los mecanismos de protección internacional de derechos humanos, entre las que se encuentran las opiniones consultivas”⁵³ y es que, como lo ha mencionado el juez Ávila en su decisión:

El obligar a un juzgador a consultar, aún si tiene certeza sobre la inconstitucionalidad de una norma o sobre la necesidad de aplicar directamente la Constitución, por los tiempos que podría durar una consulta de norma ante la Corte Constitucional (se han conocido y resuelto causas en el año 2019 que fueron consultadas en el año 2009), se podría dilatar innecesariamente la justicia constitucional y afectar el debido proceso en las causas suspendidas por la consulta... Cualquier juez o jueza, en las causas que conozca, deberá realizar control de constitucionalidad y convencionalidad y, cuando tenga certeza, podrá declarar inaplicable, de oficio o a petición de parte, un precepto jurídico contrario a las normas de la Constitución o de los instrumentos internacionales, sin perjuicio de fallar sobre el asunto controvertido. Esta declaración no tendrá fuerza obligatoria sino en las causas en que se pronuncie. El juez o jueza presentará un informe sobre la declaratoria de inconstitucionalidad, que será tramitada como una acción de inconstitucionalidad, para que la Corte Constitucional resuelva con carácter general y obligatorio y así garantizar la seguridad jurídica y la integridad de la Constitución.⁵⁴

Ciertamente, no se trata de una línea consolidada al interior de la Corte; al contrario, la discusión parece haber empezado a encenderse a partir de algunos criterios y sus votos individuales. Sin embargo, las razones del voto concurrente al que se ha hecho menciones líneas atrás, da cuenta de la relevancia y vigencia del debate constitucional en torno a definir los perfiles de un modelo de control de constitucionalidad que, si se repara con atención y a partir del voto concurrente referido, no sería sino una

53. Ibid.

54. Ibid.

vuelta al pasado (Constitución Política de 1998) vía jurisprudencia. Dicho en otras palabras, una ingeniería del control mixto de constitucionalidad que estuvo presente en la Constitución de 1998 empezaría a abrirse un nuevo camino, esta vez vía jurisprudencia de la Corte a partir de una discusión que merece la mayor atención posible.

Y es que, como lo ha expresado la jueza Salazar al definir el alcance de los votos individuales al interior de la Corte, sean estos concurrentes, salvados o razonados, los mismos favorecen el proceso democrático de deliberación y discusión pública al interior de un órgano no representativo y esencialmente contramayoritario como es la Corte, abriendo nuevas posibilidades de discusión futura sólida sobre temas de la mayor relevancia dentro del sistema constitucional que en el futuro pueden ser reconsideradas,⁵⁵ como es el caso del modelo de control pergeñado en la Constitución vigente.

Finalmente, la sentencia 1116-13-EP/20 que analizaba la violación al derecho a la seguridad jurídica dentro de un caso concreto que involucraba la aplicación directa e inmediata de una norma constitucional en relación con una disposición legal ordinaria cuyo contenido se consideraba incompatible con la norma fundamental, nuevamente, algunos jueces de la Corte, mediante uno de los votos concurrentes, encontraron una nueva oportunidad para pronunciarse respecto a la consulta de norma y el debate que supone en torno al control de constitucionalidad.

En esta ocasión el razonamiento fue que “si lo que los jueces y juezas tienen es una certeza y no una duda, y si no pueden ofrecer razones suficientes para fundamentar su duda, lo que corresponde es que resuelvan el caso sin la necesidad de suspenderlo y enviar el expediente en consulta a la Corte Constitucional”⁵⁶ en razón de la fuerza normativa, la aplicación directa y el efecto útil de la norma suprema. Si bien se aclaró que “con relación a si un juez o jueza prevarica por inobservar una norma que considera inconstitucional y aplicar la Constitución, los operadores de justicia no prevarican”,⁵⁷ se puso énfasis en que “tanto la aplicabilidad directa como la consulta de norma, sean alternativas a la que los jueces y las juezas pueden acudir, dependiendo de cada caso”.⁵⁸

De esa manera, a partir de este fallo y uno de sus votos concurrentes, se consideró que no estaba resuelta la tensión entre la facultad de aplicar directamente la Constitución y la facultad de consultar a la Corte Constitucional en caso de que se considere

55. Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia”, en *Proceso n.º 24-16-IS/21*, 2 de junio de 2021.

56. *Ibíd.*, “Sentencia”, en *Proceso n.º 1116-13-EP/20*, 18 de noviembre de 2020.

57. *Ibíd.*, “Sentencia”, en *Proceso n.º 11-18-CN*, 12 de junio de 2019.

58. *Ibíd.*, “Sentencia”, en *Proceso n.º 1116-13-EP/20*.

que una norma a ser aplicada es contraria a la Constitución, toda vez que los supuestos a los que se enfrentan los operadores de justicia pueden ser diversos.

En ese sentido la Corte Constitucional manifestó:

hay casos de vacíos normativos infraconstitucionales, en los cuales, por expresa disposición del artículo 11 numeral 3 de la Constitución, los jueces y juezas pueden aplicar directamente la norma constitucional. Pero hay otros casos en los cuales la colisión se produce entre una norma infraconstitucional y una norma de jerarquía constitucional, en los cuales existen distintas interpretaciones posibles. Para estos casos, la Constitución ha establecido la facultad de consultar a la Corte Constitucional, no porque los jueces y juezas no tengan la capacidad cognitiva de resolver estos conflictos, sino con el objetivo de que la Corte Constitucional tenga la posibilidad de ofrecer una interpretación uniforme y generalizada.⁵⁹

Con base en este argumento, sin haber hecho una mención expresa al cambio de modelo en el control de constitucionalidad, la Corte en este voto concurrentes consideró:

ante un conflicto o colisión entre normas constitucionales e infraconstitucionales, las juezas y jueces están en la posibilidad de aplicar directamente la Constitución o de elevar la consulta ante la Corte Constitucional, lo que dependerá de la complejidad del conflicto bajo su conocimiento. En casos de conflicto entre una regla constitucional y una infraconstitucional, como el que estamos conociendo, la respuesta resulta tan obvia que lo que corresponde es que los jueces y juezas apliquen directamente la Constitución, por ser la norma suprema, sin necesidad de consultar a la Corte Constitucional.⁶⁰

De esta forma, según lo dicho, la Corte parece haber modulado el criterio en torno al alcance del modelo del control según la complejidad del caso, sin desconocer la facultad de la Corte para invalidar normas o expulsarlas del ordenamiento jurídicos, pero, al mismo tiempo, reconociendo la posibilidad de los jueces ordinarios puedan desplegar la fuerza normativa constitucional según las circunstancias de los casos concretos.

No obstante, el fallo en mención (1116-13-EP/20) no solo que tuvo un voto concurrente en la línea de sugerir un pequeño giro en el modelo de control de constitucionalidad hacia un modelo mixto de control de constitucionalidad caracterizados por las circunstancias del caso concreto; además, en otro de sus votos concurrentes, dentro del mismo caso, el juez Hernán Salgado, con una referencia al método histórico —originalista de interpretación constitucional—, ratificó el grado de discrepancia

59. Ibid.

60. Ibid.

existente al interior del órgano en relación a un modelo de control, enfatizando la vigencia del modelo concentrado.

El juez Salgado sostuvo que

la voluntad del constituyente fue instaurar un sistema de control constitucional concentrado, a diferencia de lo que aconteció en la Constitución de 1998, lo cual se refleja en la redacción del artículo 428 de la actual Norma Suprema que establece la obligación de juezas, jueces y tribunales de suspender la tramitación de las causas y consultar a la Corte Constitucional si consideran que una disposición jurídica es contraria a la Constitución.⁶¹

De lo dicho, ha quedado claro que la jurisprudencia constitucional ecuatoriana viene experimentando algunas discusiones del mayor calado en torno al problema de la definición, puesta en marcha y consolidación de un modelo de control constitucional a tono con el texto constitucional vigente. Si bien no es un tema de etiquetas el definir con uno u otro nombre el modelo de control que parece inspirar la Constitución actual, discutir sobre los nuevos perfiles que ha experimentado esta institución dentro del constitucionalismo ecuatoriano y su jurisprudencia parece ser aun una tarea pendiente.

Los nuevos matices y discusiones que adopte la Corte en decisiones futuras serán trascendentales para definir un modelo de control acorde con el diseño constitucional adoptado y una idea de democracia compatible con los postulados incorporados a partir del texto constitucional de 2008, que hasta el momento parece mantenerse dentro de los límites de un modelo concentrado con algunos matices que han aparecido a partir de algunos votos concurrentes, sin que la discusión sea uniforme, por supuesto; pero que, a futuro, puede experimentar un giro trascendental gracias a la evolución y cambio en la jurisprudencia del máximo órgano de control.

REFLEXIONES FINALES

Los denominados modelos clásicos del control de constitucionalidad tienen su origen y evolución a partir de las experiencias distintas en razón del valor que dan al concepto de Constitución y, por ende, al de defensa constitucional. No obstante, estos modelos, en su concepción original binaria: europeo y americano en razón de su lugar de origen, han encontrado una influencia recíproca debido a la fuerte rematerialización de los textos constitucionales contemporáneos dando lugar a nuevas categorías de análisis.

61. *Ibid.*

En esas coordenadas, el caso ecuatoriano, con la Constitución de 2008 y de la mano de la jurisprudencia constitucional, ha venido adoptando su sistema de control de constitucionalidad que, en principio, parecería adscribirse con la mayor fuerza a un modelo concentrado puro en donde el ejercicio y la tarea del control parecía estar encomendada únicamente al máximo órgano de control (Corte Constitucional). Sin embargo, a partir de algunos votos concurrentes el modelo parece tener un giro hacia un modelo mixto, más cercano al constitucionalismo que inspiró la carta fundamental de 1998 en el cual los jueces ordinarios, atendiendo a las circunstancias del caso concreto pueden inaplicar una disposición contraria a la Constitución, reservando la posibilidad para que el órgano de cierre dentro del sistema pueda definir el alcance de su resolución con efectos generales.

Por ahora, este giro en favor de un modelo mixto de control de constitucionalidad parece estar presente en algunos votos concurrentes de los jueces de la Corte, sin haber representado una tendencia consolidada y uniforme al interior del órgano jurisdiccional que dé cuenta de un cambio real al interior del modelo de control concentrado. No obstante, la discusión que se ha generado a partir de la jurisprudencia de la Corte como un órgano encargado de actualizar y dar forma al contenido constitucional ha obligado a ajustar los marcos teóricos en torno a la institución del control de constitucionalidad, sentando la atención en la jurisprudencia que en el futuro puede definir con mayor claridad los nuevos perfiles del modelo de control constitucional.

Así, comprender la evolución de los sistemas de control de constitucionalidad y los cambios que han experimentado a partir de las nuevas teorías que la inspiran; conocer el alcance de lo que ha de entenderse por control de constitucionalidad en el caso ecuatoriano; discutir sobre el denominado control concreto y la importancia de la jurisprudencia dentro del sistema de fuentes a fin de definir el modelo del control así como los nuevos horizontes que ha tomado la discusión han sido los objetivos del presente artículo.

BIBLIOGRAFÍA

- Ahumada Ruiz, Marian. *La jurisdicción constitucional en Europa. Bases teóricas y políticas*. Thomson Civitas, 2002.
- Aja, Eliseo. “El origen, la expansión y la transformación de los tribunales constitucionales en los Estados europeos” (Prólogo). En *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual*. Barcelona: Ariel.
- Aragón Reyes, Manuel. “El control como elemento inseparable del concepto de Constitución”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 19 (1987).
- . *Estudios de Derecho Constitucional*, 2.ª ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009.

- Bayón, Juan Carlos. “Derechos, Democracia y Constitución”. En Francisco Laporta, *Constitución: problemas filosóficos*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003).
- Blanco Valdés, Roberto. *El valor de la Constitución. Separación de poderes, supremacía de la ley y control de constitucionalidad en los orígenes del Estado liberal*. Madrid: Alianza, 1995.
- . *La configuración del concepto de Constitución en las experiencias revolucionarias francesa y norteamericana*. Working papers-Documentos de trabajo, n.º 117. Barcelona: Instituto de Ciencias Políticas y Sociales, 1996.
- Cruz Villalón, Pedro. *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987.
- Dorado Porras, Javier. *El debate sobre el control de constitucionalidad en los Estados Unidos. Una polémica sobre la interpretación constitucional*. Madrid: Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, Universidad Carlos III de Madrid / Dykinson, 1997.
- Ecuador. *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008.
- . *Constitución Política de la República del Ecuador*. Registro Oficial 1, 11 de agosto de 1998.
- . Corte Constitucional. “Sentencia”. En *Proceso n.º 004-10-CN*. 12 de abril de 2010.
- . Corte Constitucional. “Sentencia”. En *Proceso n.º 055-10-SEP-CC*. 18 de noviembre de 2010.
- . Corte Constitucional. “Sentencia”. En *Proceso n.º 0213-10-EP*. 10 de enero de 2011.
- . Corte Constitucional. “Sentencia”. En *Proceso n.º 001-13-SCN-CC*. 6 de febrero de 2013.
- . Corte Constitucional. “Sentencia”. En *Proceso n.º 10-18-CN/19*. 12 de junio de 2019.
- . Corte Constitucional. “Sentencia”. En *Proceso n.º 11-18-CN*. 12 de junio de 2019.
- . Corte Constitucional. “Sentencia”. En *Proceso n.º 1116-13-EP/20*. 18 de noviembre de 2020.
- . *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*. Registro Oficial, Suplemento 52, 22 de octubre de 2009.
- Fernández Segado, Francisco. *La justicia constitucional ante el siglo XXI-La progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano*. Bologna: CLUEB, 2010.
- Fioravanti, Mauricio. *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*. Madrid: Trotta, 1996.
- García de Enterría, Eduardo. “La posición jurídica del Tribunal Constitucional en el sistema español: posibilidades y perspectivas”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 1 (1981).
- Garzón Valdés, Ernesto. “Representación y democracia”. En *Derecho, ética y política*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

- Gómez Corona, Esperanza. *Las Cortes Generales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Madrid, 2008.
- Grijalva, Agustín. *Constitucionalismo en Ecuador*. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición, 2011.
- Kelsen, Hans. “La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional) La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle)”, 1928. En *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, traducido por Juan Ruiz Manero. Madrid: Debate, 1988.
- . *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* Madrid: Tecnos, 1995.
- Lambert, Edouard. *El gobierno de los jueces y la lucha contra la legislación social en los Estados Unidos. La experiencia americana del control judicial de la constitucionalidad de las leyes*, traducido por Felix de la Fuente, con el estudio preliminar de Luis Pomed Sánchez. Madrid: Tecnos, 2010.
- Linares, Sebastián. “Modelos de justicia constitucional y deferencia al poder legislativo”. *Revista Argentina de Teoría Jurídica* (Universidad Torcuato Di Tella), vol. 6 (2015).
- López Hidalgo, Sebastián. *Reflexiones acerca de la legitimidad democrática de la justicia constitucional en Ecuador*. Serie Debate y Sociedad, 4. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2018.
- Oyarte, Rafael. *Derecho Constitucional*, 3.ª ed. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2019.
- Pegoraro, Lucio. *La justicia constitucional una perspectiva comparada*. Madrid: Dykinson, 2004.
- Pérez Royo, Javier. *Curso de Derecho Constitucional*, 14.ª ed. Madrid: Marcial Pons, 2014.
- Pisarello, Gerardo. *Un largo Termidor*. Madrid: Trotta, 2011.
- Romero Larco, Johanna. “Control concreto de constitucionalidad en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. La consulta de constitucionalidad”. Cuadernos de trabajo, n.º 3, editado por Juan Montaña. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición, 2021.
- Rubio Llorente, Francisco. “La jurisdicción constitucional como forma de creación de derecho”. En *La Forma de Poder*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- . “Sobre la relación entre el Tribunal Constitucional y el poder judicial en el ejercicio de la jurisdicción constitucional”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 2 (1982).
- . “Tendencias actuales de la jurisdicción constitucional en Europa”. En Francisco Rubio Llorente y Javier Jiménez Campo, *Estudios sobre jurisdicción constitucional*. Madrid: McGraw-Hill, 1998.
- Salgado Pesantes, Hernán. “La jurisdicción constitucional en el Ecuador”. En *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, coordinado por F. Fernández y D. García Belaunde. Madrid: Dykinson, 1997.
- Tomás y Valiente, Francisco. *Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- Tushnet, Mark. *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*. Princeton: University Press, 2008.

La declaratoria de inconstitucionalidad de normas por conexidad en Ecuador

The Declaration of Unconstitutionality of related Laws in Ecuador

Esteban Javier Polo Pazmiño

Instituto de Altos Estudios Nacionales

Quito, Ecuador

epolo@mail.austral.edu.ar

ORCID: 0000-0002-9927-388X

Artículo de investigación

DOI: <https://doi.org/10.32719/26312484.2022.38.3>

Fecha de recepción: 2 de enero de 2022

Fecha de revisión: 24 de febrero de 2022

Fecha de aceptación: 17 de marzo de 2022

Fecha de publicación: 4 de julio de 2022

Licencia Creative Commons



RESUMEN

Este trabajo aborda una modalidad de control constitucional novedosa en el sistema de justicia constitucional ecuatoriano: la facultad de la Corte Constitucional para declarar de oficio la inconstitucionalidad de normas conexas. La falta de claridad en algunos preceptos normativos que rigen este instituto, su reciente inclusión y la ausencia de estudios académicos específicos ha desembocado en que su alcance continúe siendo una interrogante en varios de sus aspectos relevantes. Los objetivos del trabajo son, por un lado, examinar el desarrollo normativo y jurisprudencial de la declaratoria de inconstitucionalidad por conexidad, a fin de comprender sus características en el diseño jurídico ecuatoriano; y, por otro, identificar los principales nudos críticos que dificultan el adecuado ejercicio de esta herramienta. Para este efecto, se analizará la regulación normativa y su desarrollo jurisprudencial. Como se podrá apreciar, a pesar de haber ejercido esta atribución en múltiples ocasiones, la Corte Constitucional no ha contestado todas las dudas que giran en torno a la aplicación de esta importante figura; fue a partir de la emisión de la sentencia 1024-19-JP/21, en el año 2021, que la Corte ha empezado a desarrollar expresamente algunas pautas para el ejercicio de esta atribución.

PALABRAS CLAVE: Derecho Constitucional, Corte Constitucional, justicia constitucional, control de constitucionalidad, control constitucional de oficio, conexidad normativa, jurisprudencia constitucional, incidente de inconstitucionalidad.

ABSTRACT

This article addresses a novel modality of constitutional review applied in Ecuadorian constitutional justice: the faculty of the Constitutional Court to declare related statutes unconstitutional *ex officio*. As its scope remains unclear, it is due to the ambiguity of the legal standards that govern this mechanism, its recent addition to the system, and the lack of studies about it. Firstly, the objective of this essay is to analyze the content of legislation and jurisprudence about the declaration of unconstitutionality of related statutes for understanding its principal attributes in the Ecuadorian legal context. Secondly, the purpose is to comprehend the main critical points that contribute to the difficulties associated with the utilization of this faculty. For that matter, the focus of the analysis will be the applicable rules, emphasizing case law. Even though the Constitutional Court has applied this mechanism numerous times, it has not answered many doubts about its implementation. The development of guidelines for the implementation of this faculty has only begun since issuing judgment 1024-19-JP/21 in 2021.

KEYWORDS: Constitutional law, Constitutional Court, constitutional justice, judicial review, *ex officio* constitutional review, related rules, constitutional case law.

INTRODUCCIÓN

El control de constitucionalidad¹ cumple un rol fundamental en el orden jurídico de un país, pues asegura la eficacia del texto constitucional y garantiza su supremacía; inclusive en doctrina se suele afirmar, con toda razón, que la ausencia de un sistema de control constitucional impediría la vigencia de un Estado constitucional.²

En el presente trabajo se analizará una modalidad de control constitucional introducida en la Constitución vigente en Ecuador desde el año 2008. Se trata de la atribución de la Corte Constitucional para declarar de oficio la inconstitucionalidad de normas por conexidad. Aunque esta facultad ha sido ejercida en múltiples ocasiones por todas las conformaciones de la alta magistratura constitucional, su discusión académica ha sido insuficiente, por lo que el debate en torno a su naturaleza jurídica, contenido y características continúa inconcluso.

Recientemente, la composición de la Corte Constitucional integrada en el año 2019 dictó un fallo que podría contribuir al estudio y desarrollo de esta modalidad de control; se trata de la sentencia 1024-19-JP/21, que será analizada en el presente trabajo.

REGULACIÓN DE LA INCONSTITUCIONALIDAD POR CONEXIDAD EN ECUADOR

La facultad de la Corte Constitucional para declarar la inconstitucionalidad de normas por conexidad nace de la propia Constitución; es su artículo 436, en su número 3, que reconoce la atribución para “3. Declarar de oficio la inconstitucionalidad de normas conexas, cuando en los casos sometidos a su conocimiento concluya que una o varias de ellas son contrarias a la Constitución”.³

Como se puede apreciar, el precepto constitucional citado es bastante general al describir esta atribución. Se refiere, esencialmente, a que dentro de los procesos de competencia de la Corte Constitucional se podrá declarar la inconstitucionalidad de

-
1. Al hacer alusión al control constitucional en el presente trabajo, nos referimos exclusivamente al control jurídico.
 2. Riccardo Guastini, “La constitucionalización del ordenamiento jurídico: El caso italiano”, en *Neoconstitucionalismo(s)*, ed. Miguel Carbonell (Madrid: Trotta, 2009), 50-1. Diego Valadés, “La garantía política como principio constitucional”, en *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas. Ensayos en Honor del prof. Dr. Hernán Salgado Pesantes* (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2015), 25.
 3. Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 436.3.

normas contrarias a la norma suprema, sin que medie petición de parte y cuando se verifique la presencia de conexidad.

Dicho esto, podemos identificar dos inquietudes iniciales cuya respuesta es indispensable para comprender el alcance de esta atribución. En primer lugar, corresponde analizar si al referirse la Constitución, de modo amplio, a que este mecanismo se ejercerá “en los casos sometidos a su conocimiento”, significa que podría aplicarse en todo tipo de procesos que conoce la Corte Constitucional o si se restringe a procesos de inconstitucionalidad, como ocurre en otros países de la región.

Y, en segundo lugar, es necesario comprender qué se entiende por “normas conexas”, dado que la conexidad es el presupuesto principal para que opere esta modalidad de control constitucional. El esclarecimiento de ambos puntos no es tan sencillo y no puede ser analizado aisladamente.

PROCESOS EN LOS QUE LA CORTE CONSTITUCIONAL PODRÍA EJERCER ESTA ATRIBUCIÓN

Como se puede observar de la redacción del artículo 436 número 3 de la Constitución, la Corte estaría habilitada para declarar inconstitucional un precepto normativo por conexidad en cualquier caso sometido a su conocimiento, sin importar el tipo de proceso que sea.

Esta característica diferenciaría la facultad de la Corte Constitucional ecuatoriana respecto de otras figuras similares reconocidas en países de la región.

En efecto, el artículo 77 del Código Procesal Constitucional peruano, dentro del capítulo relativo a las disposiciones generales de los procesos de inconstitucionalidad, establece que: “La sentencia que declare la ilegalidad o inconstitucionalidad de la norma impugnada declarará igualmente la de aquella otra a la que debe extenderse por conexión o consecuencia”.⁴ Por lo tanto, en Perú sería viable una declaratoria por “conexión” solamente dentro de un proceso de inconstitucionalidad que se encuentre en conocimiento del Tribunal Constitucional.

De modo similar, el artículo 78 del Código Procesal Constitucional de Bolivia establece los efectos que podría tener un fallo que resuelve una acción de inconstitucionalidad abstracta; su número 5 determina: “La inconstitucionalidad de otros preceptos que sean conexos o concordantes con la norma legal impugnada que deberán ser referidos de forma expresa, en cuyo caso tendrán los mismos efectos que en lo principal”.⁵

4. Perú, *Código Procesal Constitucional*, Ley 31307, Diario Oficial n.º 16133, 23 de julio de 2021, art. 77.

5. Bolivia, *Código Procesal Constitucional*, Ley 254, Gaceta Oficial de Bolivia 392NEC, 5 de julio de 2012, art. 78.5.

En tal virtud, en ambos países se reconoce una figura similar a la inconstitucionalidad por conexidad prevista en nuestro país; sin embargo, su regulación legal delimita con absoluta claridad el tipo de procesos en los cuales los tribunales podrían ejercer aquella declaratoria. Contrario a lo que ocurre en Ecuador, pues la Constitución se refiere, de manera general, a los casos sometidos al conocimiento de la Corte Constitucional, sin restringir su ejercicio a los procesos de inconstitucionalidad.

Bajo estas consideraciones, en principio, la inconstitucionalidad de una disposición jurídica por conexidad en Ecuador podría ser declarada en cualquiera de las acciones de competencia de la Corte Constitucional y no solamente en procesos de inconstitucionalidad. La única excepción a esta regla se genera dentro de la acción de interpretación constitucional, debido a que la propia Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (en adelante LOGJCC) prohíbe a la Corte que declare la inconstitucionalidad de normas conexas al conocer este tipo de acción.⁶

Sobre este aspecto, es oportuno recordar que, en el diseño del Estado ecuatoriano, la Corte Constitucional tiene a su cargo una amplia gama de competencias que van más allá de los procesos de inconstitucionalidad. Por ejemplo, administra justicia a través de la resolución de garantías jurisdiccionales que recaen en su conocimiento, en las cuales se analiza si el acto u omisión demandado violó derechos constitucionales y, de ser el caso, se establecen las reparaciones correspondientes. Así mismo, es el máximo órgano de control constitucional, tarea que es ejercida por medio de varias atribuciones orientadas a garantizar la supremacía formal y material de la Constitución.

Dentro de esta última función, existen diversas modalidades de control; una de ellas, es el control abstracto de constitucionalidad, que “se produce cuando se juzga la constitucionalidad de una norma con independencia de cualquier aplicación de la misma a un caso concreto”.⁷

Según el artículo 75 de la LOGJCC, la Corte Constitucional ejerce este tipo de control en puntuales ocasiones, siendo la más usual en la resolución de la acción pública de inconstitucionalidad, que cabe, principalmente, en contra de actos normativos y actos administrativos de efectos generales.⁸ Dicho de otra manera, en el ordenamiento jurídico ecuatoriano se reconocen “varios procedimientos de control abstracto

6. Ecuador, *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*, Registro Oficial 52, Suplemento, 22 de octubre de 2009, art. 161.5.

7. Agustín Grijalva, *Constitucionalismo en Ecuador* (Quito: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2012), 173-4.

8. Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 436.2 y 4.

cuyo objeto es asegurar la unidad y coherencia del orden jurídico, así, por ejemplo, la acción de inconstitucionalidad”.⁹

Ahora bien, la declaratoria por conexidad podría ser concebida, tradicionalmente, como un examen abstracto de constitucionalidad, pues tiene por objeto identificar y eliminar las incompatibilidades normativas entre la Constitución y las disposiciones inferiores. Por ello, en países como en Bolivia o Perú el ejercicio de esta atribución está restringido a los procesos de inconstitucionalidad en los que el Tribunal Constitucional verifica si las disposiciones jurídicas se ajustan al texto constitucional.

No obstante, la forma en que fue prevista esta atribución en Ecuador es más amplia y puede traer consigo algunas variaciones con su visión tradicional e inclusive algunas dificultades, pues al no haber limitado el ejercicio de esta facultad a los procesos de inconstitucionalidad abstracta, se entiende que la Corte Constitucional podría declarar la inconstitucionalidad de una disposición normativa por razones de conexidad en cualquiera de las acciones de su competencia, a pesar de que no todas sus funciones se circunscriben al control de constitucionalidad.

Por ejemplo, el objeto de una garantía jurisdiccional como la acción extraordinaria de protección es resolver si una decisión jurisdiccional vulneró derechos constitucionales. Dicho de otra forma, en una acción de esta naturaleza no se examina la constitucionalidad de los preceptos jurídicos, sino si el acto u omisión de la autoridad judicial lesionó los derechos alegados.

En este sentido, se prevén acciones de competencia de la Corte Constitucional que no tienen por finalidad el control abstracto de constitucionalidad respecto de disposiciones normativas; entonces ¿cómo se podría establecer la existencia de “normas conexas”, si el objeto de tales procesos no son las normas, sino otro tipo de actos u omisiones?

Una complicación adicional es que, siguiendo el ejemplo de la acción extraordinaria de protección, se debe recordar que el legitimado pasivo es el órgano judicial que dictó la decisión impugnada, no la autoridad que emitió una norma que podría considerarse “conexa”. En tal virtud, en la resolución de una acción extraordinaria de protección, en ningún momento se cuenta con la autoridad emisora de las normas que podrían ser declaradas inconstitucionales por conexidad, lo cual impediría conocer

9. Marco Navas, “El papel de la justicia constitucional en el Ecuador en el marco de un constitucionalismo complejo”, en *La decisión judicial y el rol de los tribunales en el Estado democrático de derecho*, coord. Jorge Douglas Price y Diego J. Duquelsky Gómez (Buenos Aires: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, 2016), 626.

su pronunciamiento en igualdad de condiciones en un proceso¹⁰ que podría culminar con la expulsión del ordenamiento jurídico de una disposición jurídica de su autoría. En otras palabras, ¿cómo podría intervenir el órgano con potestad normativa, sea para defender o impugnar la constitucionalidad de la norma,¹¹ en un proceso configurado procesalmente para otro propósito?

Aquellas dificultades han propiciado que cierto sector de la doctrina sea crítico sobre la posibilidad de que la declaratoria de inconstitucionalidad por conexidad sea ejercida en procesos diferentes a los del control de constitucionalidad; así, se ha afirmado que: “la declaratoria de inconstitucionalidad de normas es una competencia que le corresponde a la Corte Constitucional, exclusivamente, en procesos de control de constitucionalidad y no cuando conoce garantías jurisdiccionales”.¹²

Por su parte, la Corte Constitucional para el período de transición, que emitió por primera vez una sentencia en la que declaró una inconstitucionalidad por conexidad dentro de una acción por incumplimiento, señaló que “la Corte Constitucional es competente para declarar la inconstitucionalidad de oficio de normas conexas no solamente en acciones de inconstitucionalidad, sino en general ‘en los casos sometidos a su conocimiento’”.¹³

A partir de dicho fallo, ha sido frecuente encontrar sentencias expedidas por la Corte Constitucional, en las que se ha ejercido esta atribución en procesos diferentes a los del control abstracto de constitucionalidad. La conformación de la Corte Constitu-

10. La doctrina asevera que la inconstitucionalidad de una norma involucra un proceso: “Los Tribunales Constitucionales son órganos jurisdiccionales [...] ya que resuelven como órganos independientes, solo sometidos a la Constitución, conflictos por medio de un proceso que debe ser justo, aun cuando sea de derecho objetivo...”. Humberto Nogueira Alcalá, “Los tribunales constitucionales de América del Sur y sus competencias”, *Provincia*, n.º especial (2005): 31. Un proceso, en el ámbito jurídico, consiste en un medio para confrontar posturas regularmente opuestas entre sí; es decir, un proceso se caracteriza, comúnmente, por la bilateralidad de partes que buscan el pronunciamiento de una autoridad imparcial que resolverá la pretensión contenida en la demanda, con autoridad de cosa juzgada. El profesor Alvarado Velloso señala que “...el proceso no es otra cosa que una serie lógica y consecucional de instancias bilaterales conectadas entre sí por la autoridad”. *Sistema Procesal, Garantía de Libertad* (Lima: A&C Ediciones, 2018), 295. Por esta razón, al tratarse de un proceso, aunque con marcadas diferencias respecto de un proceso jurisdiccional común, en mi opinión sí corresponde garantizar la bilateralidad y contar con la intervención del órgano emisor de la norma cuestionada en una demanda de inconstitucionalidad.

11. La intervención del órgano emisor de una norma demandada es relevante procesalmente por lo expresado en la referencia previa. Muestra de aquello, en nuestra legislación, según el artículo 80, número 2, letra c) de la LOGJCC, existe el imperativo de correr traslado de la demanda de inconstitucionalidad admitida a trámite a dicho órgano a fin de que defienda o impugne la constitucionalidad de la norma.

12. Juan Francisco Guerrero, *Las Garantías Jurisdiccionales Constitucionales en el Ecuador* (Quito: Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional / Corporación de Estudios y Publicaciones, 2020), 233.

13. Ecuador, Corte Constitucional, *Sentencia 002-09-SAN-CC*, 2 de abril de 2009, 20.

cional del año 2012 mantuvo el criterio de la integración anterior y aplicó esta figura en acciones extraordinarias de protección.

Por ejemplo, en la sentencia 102-13-SEP-CC, dictada en una acción extraordinaria de protección, hizo un examen de constitucionalidad por conexidad de los artículos 40 y 42 de la LOGJCC. En dicha ocasión, respecto del control de normas conexas, la Corte manifestó que “esta competencia revela la clara intención del Constituyente de permitir el control oficioso de la constitucionalidad por parte del máximo órgano de justicia constitucional ecuatoriano por diferentes vías, y ya no únicamente a través de las acciones dispositivas de inconstitucionalidad”.¹⁴ Similar consideración se realizó en la sentencia 182-15-SEP-CC.¹⁵

La integración de la Corte Constitucional del año 2015 mantuvo aquel criterio. Un ejemplo lo encontramos en la sentencia 072-17-SEP-CC,¹⁶ en la cual se realizó control de constitucionalidad por conexidad del artículo 60 de la Ley Orgánica de Servicio Público. Por su parte, en la sentencia 140-18-SEP-CC¹⁷ se declaró la inconstitucionalidad del segundo inciso de la disposición transitoria décima primera de la Ley Orgánica de Educación Superior, como una garantía de no repetición.

La integración del año 2019 de la Corte Constitucional ha ejercido esta atribución, especialmente, dentro de consultas de norma o en objeciones presidenciales a proyectos de ley aprobados por la Asamblea Nacional, que, si bien no son acciones de inconstitucionalidad en sentido estricto, sí son mecanismos de control de constitucionalidad.¹⁸ Ejemplos de este tipo de decisiones los encontramos en los dictámenes 5-19-OP/19¹⁹ y 1-21-OP/21,²⁰ en los que la Corte se pronunció sobre normas no invocadas expresamente por el Presidente de la República en su objeción por inconstitucionalidad. En tanto que, respecto de las consultas de norma, está la sentencia 14-15-CN/19,²¹ que se refirió acerca del artículo 202 del Código Orgánico Integral Penal.

Para finalizar esta sección, corresponde indicar que, pese a las dificultades que se han expresado sobre la posibilidad de declarar inconstitucionales normas por co-

14. Ecuador, Corte Constitucional, *Sentencia 102-13-SEP-CC*, 4 de diciembre de 2013, 19.

15. *Ibíd.*, *Sentencia 182-15-SEP-CC*, 3 de junio de 2015, 20-1.

16. *Ibíd.*, *Sentencia 072-17-SEP-CC*, 15 de marzo de 2017, 49.

17. *Ibíd.*, *Sentencia 140-18-SEP-CC*, 18 de abril de 2018, 64.

18. Según el artículo 75 numeral 2 de la LOGJCC, la resolución de las objeciones por inconstitucionalidad planteadas por el Presidente de la República en el proceso de formación de la ley, es una forma de control abstracto de constitucionalidad. En el mismo sentido, el artículo 143 numeral 1 de la LOGJCC, se establece que los fallos de las consultas de norma pueden tener los mismos efectos que los del control abstracto de constitucionalidad.

19. Ecuador, Corte Constitucional, *Dictamen 5-19-OP/19*, 4 de diciembre de 2019.

20. *Ibíd.*, *Dictamen 1-21-OP/21*, 17 de marzo de 2021.

21. *Ibíd.*, *Sentencia 14-15-CN/19*, 14 de mayo de 2019.

nexidad en todos los procesos que conoce la Corte Constitucional, considero que la solución no es abolir este instituto. En mi opinión, existen mecanismos que podrían solventar gran parte de las dificultades y regular esta modalidad de control para que sea una herramienta útil y efectiva para garantizar la supremacía de la Constitución. Algunas de estas opciones fueron desarrolladas en la sentencia 1024-19-JP/21 que se examinará más adelante.

¿QUÉ SE ENTIENDE POR CONEXIDAD?

Esta segunda interrogante es tan importante como la primera, puesto que la conexidad es el presupuesto básico para que la Corte Constitucional declare inconstitucional una norma al amparo del artículo 436 número 3 de la Constitución.

Si entendiéramos que la conexidad es sinónimo de unidad, esta primera inquietud parecería despejarse con la LOGJCC, debido a que su artículo 76 número 9 desarrolla los requisitos para que exista unidad normativa. Inclusive, la Corte Constitucional ha manifestado que la declaratoria de inconstitucionalidad por conexidad “está limitada a que exista unidad normativa por producirse una de las circunstancias determinadas en el artículo 76 numeral 9 de la LOGJCC”.²²

Según el precepto legal en mención, se presumirá que existe unidad normativa: (i) si una disposición jurídica demandada está reproducida en otro texto normativo, (ii) si no es posible resolver sobre un precepto jurídico sin pronunciarse sobre otro con el cual guarda conexión estrecha; o, (iii) si la norma impugnada es consecuencia o causa directa de otras normas no impugnadas.²³ Por ejemplo, en la sentencia 18-21-CN/21 se declaró la inconstitucionalidad de una disposición legal y, por existir unidad normativa, se determinó la inconstitucionalidad de sus disposiciones reglamentarias; en aquella ocasión, se indicó: “para garantizar la supremacía constitucional y la coherencia normativa, las normas conexas señaladas deben correr la suerte de la principal y deben ser declaradas inconstitucionales”.²⁴

En este contexto, si se considera que el legislador calificó como unidad normativa lo que el constituyente denominó conexidad, se concluiría que existen criterios expresos y ciertos acerca de su alcance, dado que tendría lugar siempre que la Corte identifique alguna de las condiciones descritas previamente.

Sin embargo, el principal inconveniente de esta aparente solución es que el artículo 76 de la LOGJCC reconoce los principios y reglas específicos del control abstracto de

22. Ecuador, Corte Constitucional, *Dictamen 1-21-OP/21*, 3.

23. Ecuador, *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*, art. 76.9.

24. Ecuador, Corte Constitucional, *Sentencia 18-21-CN/21*, 19 de septiembre de 2021, 15.

constitucionalidad, sin que sean aplicables al resto de atribuciones de la Corte Constitucional. Esto por cuanto los criterios de unidad normativa solamente podrían aplicarse en el ejercicio del control de constitucionalidad, pues todos sus presupuestos parten de la existencia de disposiciones jurídicas demandadas, característica excluyente de los procesos de inconstitucionalidad, que no podrían aplicarse fácilmente en garantías jurisdiccionales, al tener estas un objeto diferente al de la compatibilidad normativa propia del control constitucional. Dicho de otra manera, “estos criterios son plenamente aplicables en los procesos de acción por inconstitucionalidad, y la conexidad se determinará en función de la norma cuestionada originalmente”.²⁵

Entonces, si la declaratoria por conexidad aplicaría en nuestro país solamente en las acciones de control abstracto de constitucionalidad, como ocurre en Perú o en Bolivia, la LOGJCC habría resuelto la interrogante sobre qué se entiende por conexidad. No obstante, como se indicó, la Constitución no delimitó el ejercicio de esta figura a tales acciones, lo cual conlleva que la respuesta a la pregunta inicial, sobre cómo entender a la conexidad no se resuelve con la LOGJCC.

En Bolivia y en Perú, países en los que solamente cabe este tipo de declaratoria dentro de los procesos de inconstitucionalidad abstracta, ha sido la jurisprudencia del Tribunal Constitucional la que ha desarrollado el alcance de la conexidad. Aquel desarrollo es muy similar a los parámetros fijados en el artículo 76 de la LOGJCC, pues el Tribunal peruano, de modo similar al Tribunal Plurinacional boliviano,²⁶ ha afirmado que la declaratoria de inconstitucionalidad respecto de normas no demandadas, procede en dos supuestos, por conexidad o consecuencia.²⁷

En Ecuador, al haberse reconocido el ejercicio de esta atribución en todos los procesos de competencia de la Corte Constitucional, los parámetros legales señalados serían insuficientes debido a que no se aplican para las otras acciones que recaen en conocimiento de la magistratura. En consecuencia, sin lugar a duda, será el desarrollo jurisprudencial el que guíe el ejercicio de esta atribución.

La Corte Constitucional ecuatoriana, hasta la emisión de la sentencia 1024-19-JP/21, no desarrolló criterios claros sobre cómo identificar una inconstitucionalidad por conexidad en el ejercicio de atribuciones diferentes a las del control abstracto de constitucionalidad, por lo que, para complementar los criterios legales sobre unidad normativa, será indispensable analizar lo dicho en aquel fallo a fin de tener una perspectiva completa sobre cómo entender la conexidad.

25. Juan Francisco Guerrero, “Aproximación al control abstracto de constitucionalidad. La acción de inconstitucionalidad”, en *Apuntes de Derecho Procesal Constitucional*, t. III, ed. Juan Montaña (Quito: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2012), 140.

26. Ver: Bolivia, Tribunal Constitucional Plurinacional, *Sentencia 0012/2021*, 11 de marzo de 2021.

27. Perú, Tribunal Constitucional, *Sentencia 045-2004-PI/TC*, 29 de octubre de 2005, 32.

Una cuestión adicional, relevante para discutir sobre el contenido de la conexidad, es la determinación sobre si esta figura se aplica estrictamente sobre las disposiciones jurídicas o si también lo hace frente a sus normas. Al respecto, es necesario distinguir con absoluta claridad ambos conceptos que, aunque están relacionados entre sí, no significan lo mismo.

La disposición corresponde a la prescripción, texto o enunciado normativo que consta en una fuente de derecho; mientras que la norma se relaciona con su regla o reglas de contenido. Sobre esto, una “disposición es por tanto el objeto de la interpretación, la norma es su resultado”.²⁸

Lo dicho reviste de gran importancia para el control de constitucionalidad, puesto que, en el sistema ecuatoriano existe la posibilidad de que la Corte Constitucional declare la inconstitucionalidad de una norma, pero no de la disposición jurídica. Esto puede ocurrir en la consulta de norma, ya que el artículo 143 numeral 2 de la LO-GJCC, permite que se declare la inconstitucionalidad de la aplicación del enunciado a un supuesto fáctico específico, es decir, de la norma y no de la disposición.

Esta opción, que deriva principalmente del *judicial review* estadounidense, admite “una declaración de inconstitucionalidad tan solo de la norma (no de la disposición de la que aquella proviene)”.²⁹ Esto nos conduce a reflexionar si la conexidad se basa en una correspondencia entre disposiciones o textos, o si va más allá e involucra también a sus normas.

¿SE TRATA DE UNA FACULTAD OFICIOSA EN SENTIDO ESTRICTO?

Si bien la literalidad del texto constitucional parecería calificar sin más esta facultad como oficiosa, es importante delimitar el ámbito del carácter oficioso que tendría la Corte Constitucional, dado que, como se observará, este no es absoluto.

El debate sobre la conveniencia o no de atribuir de facultades oficiosas a órganos que ejercen control constitucional constituye un aspecto que no está libre de discusión.

Uno de los principales promotores del control de constitucionalidad, el jurista austriaco Hans Kelsen, al analizar cuáles serían las alternativas óptimas para fijar la legi-

28. Riccardo Guastini, *Interpretar y argumentar* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014), 78.

29. Francisco Fernández Segado, “La Jurisdicción Constitucional ante el siglo XXI (La quiebra de la bipolaridad ‘sistema americano-sistema europeo-kelseniano’ y la búsqueda de nuevas variables explicativas de los sistemas de control de constitucionalidad)”, *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*, vol. XLI (2002): 69.

timación activa de un proceso de control constitucional, reconoció que existen varias alternativas para establecer quién o quiénes están legitimados para acudir al Tribunal Constitucional: admitió que podría autorizarse una *actio popularis*, aunque advirtió que podría suponer un elevado congestionamiento de procesos. Planteó, como otra opción, que las autoridades públicas estén habilitadas para formular una demanda ante el Tribunal Constitucional.

Como otra alternativa, se pronunció sobre el inicio de un proceso de control de constitucionalidad de oficio por parte del mismo Tribunal. Al respecto, manifestó que “puede ocurrir no únicamente cuando, por ejemplo, llamado a examinar la legalidad de un reglamento el Tribunal se encuentra con la inconstitucionalidad de la ley con la cual el reglamento está en contradicción”,³⁰ con lo cual, entre las alternativas que planteó, Kelsen ya enunció una fórmula similar a lo que hoy concebimos como conexión, pues reconoció que el Tribunal Constitucional podría conocer la validez de una disposición jurídica que no fue expresamente demandada.

Ahora bien, también es cierto que se han desarrollado varios reparos a las facultades oficiosas de los órganos que ejercen esta atribución. Por ejemplo, el profesor Javier Pérez Royo sostiene que en los países en los que se confíe el control de constitucionalidad a un Tribunal no debería permitirse su actuación de oficio:

Si el Tribunal Constitucional pudiera controlar de oficio la constitucionalidad de la ley, el Estado Democrático no podría sobrevivir, ya que estaría atribuyendo de forma general a un órgano no legitimado democráticamente de manera directa y que no es responsable ante nadie, el control de los actos de un órgano que sí está legitimado democráticamente de manera directa y que tiene que renovar periódicamente su legitimidad a través de la elección de los ciudadanos.³¹

Por otro lado, en los sistemas que han optado por un modelo de control difuso, el sector mayoritario³² aprueba que los operadores de justicia efectúen un control concreto aún sin que las partes del litigio original lo hayan requerido expresamente.³³

30. Hans Kelsen, “La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)”, en *Hans Kelsen sobre la Jurisdicción Constitucional*, ed. Domingo García Belaunde (Lima: Universidad Inca Garcilaso de la Vega-Cuadernos del Rectorado, 2017), 96.

31. Javier Pérez Royo, *Curso de Derecho Constitucional* (Madrid: Marcial Pons, 2018), 119.

32. Víctor Bazán, “El control de constitucionalidad de oficio en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia argentina”, *Revista de Derecho Político UNED*, n.º 60 (2004): 421. Jorge Reinaldo Vanossi, “El control de constitucionalidad ‘de oficio’ y el control de convencionalidad: ‘una de cal y una de arena’”, en *Temas actuales del Derecho*, coord. Wendy González Méndez y José Heriberto García Peña (Ciudad de México: Universidad Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014), 564.

33. Germán Bidart Campos, *Manual de la Constitución reformada* (Buenos Aires: Ediar, 1996), 436.

En nuestro país, sobre las facultades oficiosas de los órganos que ejercen control constitucional, también han existido posturas contrapuestas en la literatura jurídica especializada. Por ejemplo, el profesor Juan Francisco Guerrero considera que “se ha pensado que los organismos como las cortes y tribunales constitucionales [...] deben tener como límite intrínseco de sus actuaciones el que solamente pueden actuar a petición de parte y dentro del ámbito delimitado por quien requiere su intervención”.³⁴ En una línea similar, se ha advertido que las facultades oficiosas de los órganos que ejercen control constitucional “pueden ser peligrosas, por lo que, deberían ser activadas por las partes que estén legitimadas para este efecto, quienes delimitan con su impugnación el ámbito de análisis”.³⁵

Por su parte, Rafael Oyarte, al analizar las atribuciones del Tribunal Constitucional de 1998, sobre el control de oficio, puntualizó que “es conveniente este tipo de control en tanto y en cuanto no se debe esperar a que se accione una inconstitucionalidad por alguien cuando esta resulta evidente”.³⁶

La Constitución de 1978-79, reformada en el año 1983, reconoció en favor del entonces Tribunal de Garantías Constitucionales la potestad de “Suspender, total o parcialmente, en cualquier tiempo de oficio o a petición de parte los efectos de las leyes [...] que fueren inconstitucionales por la forma o por el fondo”.³⁷

Este control de oficio por parte del Tribunal de Garantías Constitucionales, como lo recuerda el profesor Hernán Salgado, subsistió hasta 1992.³⁸ Un ejemplo de este tipo de control lo encontramos en uno de los fallos del Tribunal de Garantías Constitucionales, dictado respecto del artículo 72 de la Ley de Régimen Municipal. En aquella ocasión, el proceso que culminó con la suspensión de la última frase de su número 44, fue promovido por el Presidente del Tribunal.³⁹

34. Guerrero, “Aproximación al control abstracto de constitucionalidad. La acción de inconstitucionalidad”, 117.

35. Esteban Polo, “La Corte Constitucional del Ecuador: sus atribuciones y su rol en la pandemia provocada por el Covid-19”, *Revista Judicatura-Asociación de Magistrados del Uruguay*, n.º 69 (2020): 17.

36. Rafael Oyarte, “La supremacía constitucional”, en *Derecho Constitucional para fortalecer la democracia ecuatoriana*, dir. Marco Morales (Quito: Tribunal Constitucional del Ecuador / Konrad Adenauer, 1999), 87-8.

37. Ecuador, *Codificación de la Constitución Política de la República del Ecuador*, Registro Oficial n.º 569, 1 de septiembre de 1983, codificada el 16 de mayo de 1984, art. 141.4.

38. Hernán Salgado, *Manual de Justicia Constitucional* (Quito: Instituto de Derecho Público Comparado, Universidad Carlos III de Madrid / Comisión Europea / Tribunal Constitucional del Ecuador / Corporación Editora Nacional, 2004), 58.

39. Hernán Salgado et al., *El Tribunal de Garantías Constitucionales, conflictos y jurisprudencia período 1980-1990* (Quito: ILDIS / Fundación Friedrich Ebert, 1990), 299.

Ahora bien, como se puede apreciar, el control oficioso de constitucionalidad desde una perspectiva amplia involucra una facultad para promover esta clase de procesos de control sobre disposiciones jurídicas, sin que exista petición de parte a través de una demanda.

En cuanto a la declaratoria por conexidad, según la Constitución ecuatoriana de 2008, no se prevé la posibilidad de que la Corte Constitucional inicie procesos de inconstitucionalidad de oficio, sino que habilita a la magistratura a examinar disposiciones jurídicas no demandadas expresamente, pero siempre dentro de una causa ya iniciada por quien estuviera legitimado para tal efecto.

De ahí que, al menos según la Constitución, se trataría de una potestad de oficio parcial,⁴⁰ debido a que la atribución no permite que la Corte inicie un proceso de control, sino que pueda ampliar su análisis a disposiciones no demandadas dentro de una acción ya incoada. El ámbito de esta facultad oficiosa, entonces, está concentrado en el grado de análisis de la Corte Constitucional, al poder ampliar su examen a disposiciones normativas no demandadas por quien promovió determinada acción o proceso constitucional; mas no en cuanto al inicio de oficio, que, en la perspectiva constitucional, no estaría permitido.

Sin embargo, aquella determinación podría no ser exacta si analizamos una disposición legal poco explorada en nuestro esquema jurídico, pero que es sumamente pertinente para nuestro estudio. Se trata del artículo 75 número 4 de la LOGJCC, que reconoce como una atribución de la Corte Constitucional: “4. Promover los procesos de inconstitucionalidad abstracta, cuando con ocasión de un proceso constitucional, encuentre la incompatibilidad entre una disposición jurídica y las normas constitucionales”.

A primera vista, no es sencillo comprender el alcance de esta disposición legal, pues sería inoficioso que la Corte Constitucional promueva procesos de inconstitucionalidad si posee la facultad para declarar inconstitucionales preceptos normativos por conexidad en los procesos constitucionales que son sometidos a su conocimiento.

Contrario a la disposición constitucional del artículo 436 número 3, este precepto legal sí reconocería una atribución oficiosa amplia, ya que la Corte estaría habilitada para promover procesos de inconstitucionalidad. No obstante, su propósito en el sistema de control constitucional no es del todo claro por lo expresado en el párrafo precedente, pues ¿por qué la Corte Constitucional promovería un segundo proceso si ya existe uno en curso y la declaratoria de inconstitucionalidad podría ser dictada en este por conexidad?

40. Rafael Oyarte afirma: “la Corte Constitucional no puede iniciar de oficio el proceso constitucional sino que, en esta materia, puede ampliar su decisión a disposiciones no demandadas por el legitimado en acción”. *Acción de inconstitucionalidad* (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2021), 746.

Esta compleja interrogante ha sido analizada por el profesor Juan Francisco Guerrero, quien planteó una interpretación que procura compatibilizar la disposición constitucional y la legal, de modo que no se excluyan entre sí:

se debería permitir que se declare la inconstitucionalidad de las normas conexas de forma directa únicamente en los procedimientos de control abstracto de constitucionalidad. En los demás casos, procedería que la Corte promueva una acción de inconstitucionalidad al amparo de lo que establece el artículo 75 numeral 4 de la LOGJCC, con la peculiaridad anotada, de que la Corte en dichos casos, será juez y parte, evidenciado una vez más los inconvenientes de la actuación oficiosa del órgano encargado del control de constitucionalidad de un país.⁴¹

Este planteamiento es uno de los pocos esfuerzos académicos por dotar de contenido a los artículos 436 número 3 de la Constitución y 75 número 4 de la LOGJCC, a fin de propiciar una lectura sistemática para entender cuál es el ámbito del control de oficio en esta materia.

REGULACIÓN PREVISTA EN LA SENTENCIA 1024-19-JP/21

Hasta el momento, se han dejado inconclusos varios planteamientos desarrollados en los acápites previos. Como se ha insistido, se procurará despejar todos ellos a base de lo dictaminado por la Corte Constitucional en la sentencia 1024-19-JP/21.

Se trata de un fallo dictado en el marco de un proceso de revisión de dos acciones de protección. Como se puede apreciar, no constituye una sentencia dictada en el ejercicio del control abstracto de constitucionalidad, sino que la decisión es expedida en aplicación de la potestad de revisión de sentencias en materia de garantías jurisdiccionales.⁴²

La Corte Constitucional se refirió a la competencia atribuida en el artículo 75 número 4 de la LOGJCC, esto es, a la potestad de promover procesos de inconstitucionalidad, y consideró que cuando “resuelve un caso dentro del marco de sus competencias le corresponde también garantizar la supremacía constitucional. De ahí que la ley reconozca la competencia para efectuar un control incidental de constitucionalidad”.⁴³

41. Guerrero, “Aproximación al control abstracto de constitucionalidad. La acción de inconstitucionalidad”, 140-1.

42. Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, arts. 86.5 y 436.6. *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*, art. 25.

43. Ecuador, Corte Constitucional, *Sentencia 1024-19-JP/21*, 1 de septiembre de 2021, 27.

Esta afirmación fue realizada porque la Corte encontró una “posible incompatibilidad” del artículo 94 de la Ley de Seguridad Social.

Posteriormente, la Corte desarrolló cinco reglas para el ejercicio de la atribución prevista en el artículo 75 número 4 de la LOGJCC:

1. Su ejercicio es excepcional, es decir, “solo cuando la resolución del caso dependa necesariamente del análisis de constitucionalidad”.⁴⁴
2. Esta atribución iniciará de oficio en las acciones o procedimientos distintos a la acción de inconstitucionalidad.
3. La norma cuya constitucionalidad se duda debe tener relación directa con los hechos del caso. Al respecto, la Corte indicó que este examen procederá siempre que la disposición sea: “necesaria para resolver el caso; su aplicación provoca la vulneración de derechos que están siendo conocidos por la Corte; la norma que ha sido aplicada en el caso es incompatible con la Constitución; o la norma podría provocar situaciones análogas en casos futuros”.⁴⁵
4. La Corte escuchará a quienes tienen atribuciones constitucionales para emitir la norma acusada y a la entidad encargada de aplicar la norma.
5. La Corte observará, en lo que fuere aplicable, los principios de otros procedimientos de control constitucional iniciados a petición de parte.

Aquellas reglas, aunque se refieren expresamente a la atribución legal prevista en el artículo 75 número 4 de la LOGJCC y no de forma directa a la declaratoria por conexidad, sí permite responder varias de las inquietudes descritas en los acápites precedentes.

En primer lugar, en lo concerniente a los procesos en los que cabe la declaratoria de inconstitucionalidad por conexidad, la segunda regla daría a entender que solamente será procedente en acciones de inconstitucionalidad; y que, en el resto de los procesos de competencia de la Corte Constitucional, se aplicaría el control incidental de oficio, al amparo del artículo 75 numeral 4 de la LOGJCC.

En otras palabras, si la Corte Constitucional encuentra una aparente inconstitucionalidad por conexidad, podrá declararla solo si el proceso en el cual detectó la supuesta contradicción es una acción de inconstitucionalidad. En contraposición, si encuentra la aparente contradicción en otro tipo de acción o proceso, no podrá declarar la inconstitucionalidad por conexidad, pero sí estará habilitada para iniciar un control incidental y de oficio. Esto despeja la primera inquietud planteada en este trabajo,

44. Ibid.

45. Ibid.

aunque, a mi juicio, debía ser extensiva a procesos de control de constitucionalidad abstracta, en general, y no solamente a acciones de inconstitucionalidad.

En segundo lugar, sobre cómo entender la conexidad, las reglas primera y tercera, sumado a lo dicho en el párrafo anterior, nos permiten comprender que la conexidad tendrá lugar si se verifican los parámetros de unidad normativa previstos en la LOGJCC, pero serán aplicables, solamente, en los procesos de acciones de inconstitucionalidad. Mientras que, en el resto de las atribuciones, la Corte podrá ejercer su control incidental y de oficio de constitucionalidad siempre que la resolución de un caso dependa necesariamente del análisis de constitucionalidad.

Lo dicho despeja la segunda interrogante planteada en este trabajo, sobre cómo entender la conexidad para que opere este control. Entonces, habrá conexidad en acciones de inconstitucionalidad al verificarse los requisitos legales de unidad normativa; en tanto que se habilitará el control incidental en las otras atribuciones de la Corte Constitucional si se desprende una real necesidad de efectuar un control por la relación directa entre la norma los hechos del caso.

En tercer lugar, en lo que atañe a la duda sobre el alcance de la potestad oficiosa, se puede concluir que la conexidad, aplicada únicamente en acciones de inconstitucionalidad es una función parcialmente oficiosa, pues no permitiría el inicio de un nuevo proceso, sino que se amplíe el objeto de análisis de constitucionalidad y se puedan analizar preceptos normativos no demandados expresamente; mientras que el control previsto en el artículo 75 número 4 de la LOGJCC, que aplica en el resto de las atribuciones de la Corte a excepción de la acción de inconstitucionalidad, sí conlleva una excepción al principio general de inicio por demanda de parte, reconocido en el artículo 4 número 4 de la LOGJCC.

Finalmente, en la cuarta regla, la Corte Constitucional solventa una inquietud planteada también en el presente trabajo. Antes se indicó que la declaratoria de inconstitucionalidad en una acción o proceso en el cual, por regla general, no se discute una incompatibilidad normativa, como, por ejemplo, una garantía jurisdiccional, podía generar que el órgano que emitió la disposición jurídica no pueda participar en el proceso. Por este motivo, la Corte ha previsto como un imperativo que, en el control incidental, se notifique a quien expidió la norma; con ello, la autoridad emisora de la disposición jurídica podrá comparecer y ser escuchada previo a que la Corte Constitucional adopte su decisión.

En síntesis, la Corte Constitucional dio una interpretación que tomó en consideración su facultad constitucional para declarar la inconstitucionalidad de una norma jurídica de oficio y por conexidad y la atribución legal para promover procesos de inconstitucionalidad. Esta sentencia marca un hito en esta materia puesto que pretende ordenar sus atribuciones a fin de brindar certeza sobre su alcance y regulación.

CONCLUSIONES

La declaratoria de inconstitucionalidad por conexidad es una herramienta novedosa en nuestro esquema de justicia constitucional. Esta atribución constitucional se encuentra acompañada de una potestad legal que permitiría a la Corte Constitucional promover procesos de inconstitucionalidad.

La Corte Constitucional, en el año 2021, dotó de contenido a ambas atribuciones y formuló su posición respecto de las interrogantes que han sido identificadas en el presente trabajo. En la sentencia 1024-19-JP/21 se distinguió cuál sería el rol oficioso de la Corte Constitucional para declarar la inconstitucionalidad de disposiciones jurídicas, dependiendo del tipo de proceso que conozca la magistratura.

En la referida decisión, se aclaró que la atribución legal prevista en el artículo 75 número 4 de la LOGJCC consiste en un incidente de oficio que puede ser promovido por la Corte Constitucional si identifica una posible incompatibilidad normativa en el conocimiento de cualquier caso, a excepción de la acción de inconstitucionalidad. Esto debido a que en la acción de inconstitucionalidad podría operar la declaratoria por conexidad, lo cual tornaría inoficioso crear un incidente en una acción de esta naturaleza.

Así, también, la Corte Constitucional desarrolló parámetros para comprender en qué casos operaría el control oficioso vía incidente; y, finalmente, diseñó un procedimiento para que la autoridad emisora de la norma que será examinada, pueda comparecer e intervenir en el incidente, lo cual no era asegurado por la Corte Constitucional cuando, por ejemplo, declaraba la inconstitucionalidad por conexidad en una acción extraordinaria de protección, en la que la autoridad que expidió la norma no era tomada en cuenta o, inclusive, ni siquiera sabía que la resolución de una garantía jurisdiccional podría concluir la inconstitucionalidad de una norma.

Los esfuerzos de la Corte Constitucional por compatibilizar dos figuras jurídicas poco analizadas y que inclusive podrían presentarse como contradictorias son necesarios para un adecuado entendimiento de nuestro sistema de control constitucional. De hecho, llama la atención que hayan transcurrido prácticamente trece años desde que entró en vigor la Constitución y doce años la LOGJCC y que ninguna conformación anterior de la Corte se haya preocupado por desarrollar criterios y pautas objetivas para el ejercicio de estas atribuciones.

Los parámetros desarrollados por la Corte Constitucional marcan un hito para analizar y evaluar la eficacia de institutos del control de constitucionalidad poco estudiados. Más allá de que habrá que evaluar las reglas expedidas por la Corte Constitucional a fin de revisar su repercusión práctica e identificar sus puntos que puedan perfeccionarse; la sentencia contribuye para clarificar sobre sus competencias oficiosas e iniciar una discusión sobre herramientas poco profundizadas en nuestro medio.

Vale señalar que la Corte Constitucional ya hizo uso del control incidental en la sentencia 1965-18-EP/21,⁴⁶ sobre la omisión en que habría incurrido el legislador sobre el doble conforme.

BIBLIOGRAFÍA

- Alvarado Velloso, Adolfo. *Sistema Procesal, Garantía de Libertad*. Lima: A&C Ediciones, 2018.
- Bazán, Víctor. “El control de constitucionalidad de oficio en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia argentina”. *Revista de Derecho Político UNED*, n.º 60 (2004): 385-423.
- Bidart Campos, Germán. *Manual de la Constitución reformada*. Buenos Aires: Ediar, 1996.
- Fernández Segado, Francisco. “La Jurisdicción Constitucional ante el siglo XXI (La quiebra de la bipolaridad ‘sistema americano-sistema europeo-kelseniano’ y la búsqueda de nuevas variables explicativas de los sistemas de control de constitucionalidad)”. *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*, vol. XLI (2002): 35-81.
- Grijalva, Agustín. *Constitucionalismo en Ecuador*. Quito: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2012.
- Guastini, Riccardo. *Interpretar y argumentar*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014.
- . “La constitucionalización del ordenamiento jurídico: El caso italiano”. En *Neoconstitucionalismo(s)*, editado por Miguel Carbonell, 49-73. Madrid: Trotta, 2009.
- Guerrero, Juan Francisco. “Aproximación al control abstracto de constitucionalidad. La acción de inconstitucionalidad”. En *Apuntes de Derecho Procesal Constitucional*, tomo III, editado por Juan Montaña, 101-41. Quito: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2012.
- . *Las Garantías Jurisdiccionales Constitucionales en el Ecuador*. Quito: Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional / Corporación de Estudios y Publicaciones, 2020.
- Kelsen, Hans. “La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)”. En *Hans Kelsen sobre la Jurisdicción Constitucional*, editado por Domingo García Belaunde, 39-106. Lima: Universidad Inca Garcilaso de la Vega-Cuadernos del Rectorado, 2017.
- Navas, Marco. “El papel de la justicia constitucional en el Ecuador en el marco de un constitucionalismo complejo”. En *La decisión judicial y el rol de los tribunales en el Estado democrático de derecho*, coordinado por Jorge Douglas Price y Diego J. Duquelsky Gómez, 617-41. Buenos Aires: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, 2016.
- Nogueira Alcalá, Humberto. “Los tribunales constitucionales de América del Sur y sus competencias”. *Provincia*, n.º especial (2005): 27-93.

46. Ecuador, Corte Constitucional, *Sentencia 1965-18-EP/21*, 17 de noviembre de 2021, 8.

- Oyarte, Rafael. *Acción de inconstitucionalidad*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2021.
- . “La supremacía constitucional”. En *Derecho Constitucional para fortalecer la democracia ecuatoriana*, dirigido por Marco Morales, 75-88. Quito: Tribunal Constitucional del Ecuador / Konrad Adenauer, 1999.
- Pérez Royo, Javier. *Curso de Derecho Constitucional*. Madrid: Marcial Pons, 2018.
- Polo, Esteban. “La Corte Constitucional del Ecuador: sus atribuciones y su rol en la pandemia provocada por el Covid-19”. *Revista Judicatura-Asociación de Magistrados del Uruguay*, n.º 69 (2020): 9-28.
- Salgado, Hernán, Gil Barragán, Galo Chiriboga, Patricio Peña y Paúl Velasco. *El Tribunal de Garantías Constitucionales, conflictos y jurisprudencia período 1980-1990*. Quito: ILDIS / Fundación Friedrich Ebert, 1990.
- Salgado, Hernán. *Manual de Justicia Constitucional*. Quito: Instituto de Derecho Público Comparado, Universidad Carlos III de Madrid / Comisión Europea / Tribunal Constitucional del Ecuador / Corporación Editora Nacional, 2004.
- Valadés, Diego. “La garantía política como principio constitucional”. En *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas. Ensayos en honor del prof. Dr. Hernán Salgado Pesantes*, 23-49. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2015.
- Vanossi, Jorge Reinaldo. “El control de constitucionalidad ‘de oficio’ y el control de convencionalidad: ‘una de cal y una de arena’”. En *Temas actuales del Derecho*, coordinado por Wendy González Méndez y José Heriberto García Peña, 555-65. Ciudad de México: Universidad Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014.

NORMATIVA

- Bolivia. *Código Procesal Constitucional*. Ley 254, Gaceta Oficial de Bolivia 392NEC, 5 de julio de 2012.
- Ecuador. *Codificación de la Constitución Política de la República del Ecuador*. Registro Oficial n.º 569, 1 de septiembre de 1983, codificada el 16 de mayo de 1984.
- . *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008.
- . *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*. Registro Oficial 52, Suplemento, 22 de octubre de 2009.
- Perú. *Código Procesal Constitucional*. Ley 31307, Diario Oficial n.º 16133, 23 de julio de 2021.

JURISPRUDENCIA

- Bolivia. Tribunal Constitucional Plurinacional. *Sentencia 0012/2021*. 11 de marzo de 2021.
- Ecuador. Corte Constitucional. *Dictamen 1-21-OP/21*. 17 de marzo de 2021.
- . Corte Constitucional. *Dictamen 5-19-OP/19*. 4 de diciembre de 2019.

- . Corte Constitucional. *Sentencia 002-09-SAN-CC*. 2 de abril de 2009.
- . Corte Constitucional. *Sentencia 18-21-CN/21*. 19 de septiembre de 2021.
- . Corte Constitucional. *Sentencia 072-17-SEP-CC*. 15 de marzo de 2017.
- . Corte Constitucional. *Sentencia 102-13-SEP-CC*. 4 de diciembre de 2013.
- . Corte Constitucional. *Sentencia 1024-19-JP/21*. 1 de septiembre de 2021.
- . Corte Constitucional. *Sentencia 14-15-CN/19*. 14 de mayo de 2019.
- . Corte Constitucional. *Sentencia 140-18-SEP-CC*. 18 de abril de 2018.
- . Corte Constitucional. *Sentencia 182-15-SEP-CC*. 3 de junio de 2015.
- . Corte Constitucional. *Sentencia 1965-18-EP/21*. 17 de noviembre de 2021.
- Perú. Tribunal Constitucional. *Sentencia 045-2004-PI/TC*. 29 de octubre de 2005.

Políticas públicas y control de convencionalidad

Public Policies and Conventionality Control

Ana Michelle Salvador Monteros

Pontificia Universidad Católica del Ecuador

Quito, Ecuador

anamsalvadormonteros24@gmail.com

ORCID: 0000-0002-2923-6610

Artículo de investigación

DOI: <https://doi.org/10.32719/26312484.2022.38.4>

Fechas de recepción: 29 de diciembre de 2021

Fechas de revisión: 7 de marzo de 2022

Fecha de aceptación: 17 de marzo de 2022

Fecha de publicación: 4 de julio de 2022

Licencia Creative Commons



RESUMEN

Las políticas públicas son acciones ejecutadas por los Estados para satisfacer situaciones entendidas como problemas públicos. El control de convencionalidad es una obligación estatal, contraída de buena fe al ratificar la Convención Americana de derechos humanos y reconocer la competencia contenciosa de la Corte Interamericana. Ambos temas tienen como personaje principal al Estado, pero pocas veces se los trata en conjunto. El presente artículo se propone explorar la relación que existe entre estas dos temáticas al garantizar derechos y se analizará a través del estudio del caso Guzmán Albarracín que plantea obligaciones estatales en el ámbito de las políticas públicas para prevenir y erradicar la violencia sexual en el ámbito educativo.

Para lograr este cometido, se proponen cuatro acápites de estudio: políticas públicas, tomando en cuenta una visión amplia de su formulación, implementación y evaluación, el enfoque de derechos humanos, el caso Guzmán Albarracín y las políticas públicas relacionadas con la violencia sexual en el ámbito educativo establecidas en Ecuador, el control de convencionalidad, que estudia la doctrina y principales funciones de este instituto; el control de convencionalidad en el caso ecuatoriano, a partir del estudio de la Constitución de 2008 con sus características particulares. Este último, no solamente supone un desarrollo doctrinario plasmado en estas líneas, sino que es un eje transversal en este escrito.

PALABRAS CLAVE: control de convencionalidad, políticas públicas, derechos humanos, enfoque de derechos, eficacia, aplicación, vigencia, centralidad.

ABSTRACT

Public policies are actions executed by states to satisfy situations understood as public problems. The control of conventionality is a state obligation, contracted in good faith by ratifying the American Convention on Human Rights and recognizing the contentious jurisdiction of the Inter-American Court. Both issues have the State as the main character, but they are rarely dealt with together. This article explores the relationship between these two issues in guaranteeing rights and will be analyzed through the study of the Guzmán Albarracín case, which raises State obligations in the area of public policies to prevent and eradicate sexual violence in the educational sphere.

In order to achieve this goal, four study sections are proposed: Public policies, taking into account their formulation, implementation and evaluation; the human rights approach; the Guzmán Albarracín case and the public policies related to sexual violence in the educational sphere in Ecuador; the control of conventionality, which studies the doctrine and main functions of this institute; the control of conventionality in the Ecuadorian case, based on the study of the 2008 Constitution with its particular characteristics. The latter is not only a doctrinal development embodied in these lines, but is a transversal axis in this paper.

KEYWORDS: conventionality control, public policies, human rights, human rights approach, effectiveness, application, enforcement, centrality.

FORO

INTRODUCCIÓN

Las políticas públicas y el control de convencionalidad son temas que de manera poco usual se tratan en conjunto, a pesar de que tienen en común la presencia del Estado. Esta ficción jurídica tiene a su vez el deber primordial de garantizar los derechos de las personas. Este artículo se propone explorar la convergencia de estos temas, a través de un breve análisis de la política pública para prevenir y sancionar los casos de violencia sexual en el ámbito educativo en nuestro país, a propósito de lo dispuesto por la Corte IDH en el caso Guzmán Albarracín vs. Ecuador.

POLÍTICAS PÚBLICAS

Para Joan Subirats, “no hay aspecto en la vida de las personas en todo el planeta que no esté afectado de una manera u otra por las políticas públicas de sus gobiernos”.¹ Los servicios básicos, las becas estudiantiles financiadas por el Gobierno, la administración de los centros de privación de libertad, son ejemplos de políticas públicas (PP) que responden a una lógica: frente a la existencia de una situación insatisfactoria, los gobiernos ejecutan un conjunto de acciones, que son resultado de un proceso de formulación y decisión.² Para Marcelo González una política pública:

implica el establecimiento de una o más estrategias orientadas a la resolución de problemas públicos así como a la obtención de mayores niveles de bienestar social resultantes de procesos decisionales tomados a través de la coparticipación de gobierno y sociedad civil, en donde se establecen medios, agentes y fines de las acciones a seguir para la obtención de los objetivos señalados.³

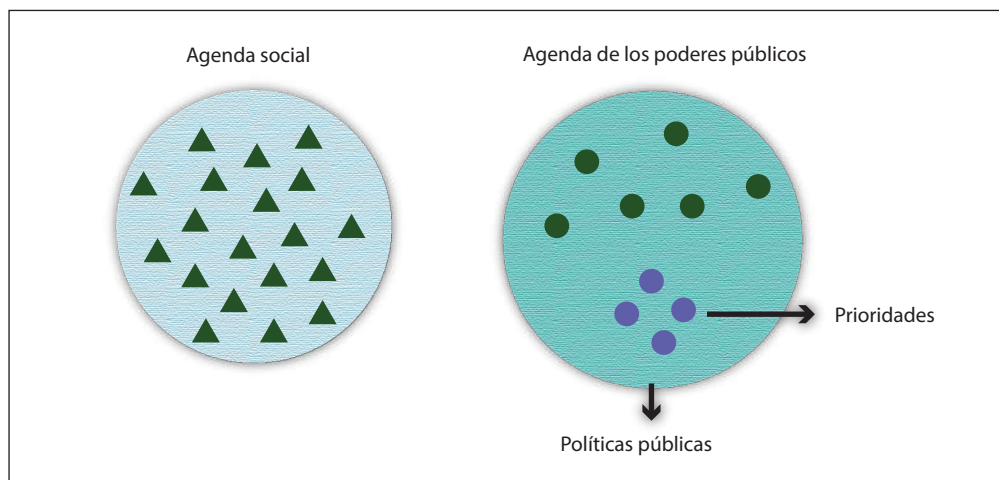
1. Universitat Autònoma de Barcelona, *Política y Políticas*, video, Democracia y decisiones públicas. Introducción al análisis de políticas públicas (en línea, s. f.).
2. Universitat Autònoma de Barcelona, *El ciclo y formación de las políticas públicas*, video, Democracia y decisiones públicas. Introducción al análisis de políticas públicas (en línea, s. f.).
3. Marcelo González, “El estudio de las políticas públicas: un acercamiento a la disciplina”, *Quid Juris* (2016): 110.

Entonces, las PP entrañan tres principales elementos: el problema, que es el punto de partida de la intervención estatal y cuya definición proporciona un camino para la formulación de la política.⁴ Los actores son un segundo elemento en el que las autoridades toman protagonismo ya que tienen la capacidad de movilizar los recursos humanos y económicos para solucionar un problema público determinado. Sin embargo, las circunstancias que requieren mejoras son infinitas frente a lo finito de los recursos. Esta es la razón por la cual las autoridades crean su agenda de actuación, que es:

aquello que de alguna manera define porqué un ayuntamiento, un gobierno regional o un gobierno de Estado decide abordar unas actuaciones y no otras, es decir, el proceso que genera una selección ante la multitud de problemas que pueden existir en una sociedad, que es lo que provoca que un Gobierno escoja un[o]s y l[o]s transforme en políticas públicas.⁵

El siguiente gráfico es una referencia visual que aclara este punto:

Figura 1. Agenda de los poderes públicos



Fuente: Curso Democracia y decisiones públicas. Introducción al análisis de políticas públicas. Módulo 3: Actores.

Elaboración propia.

4. Eugene Bardach, *Los ocho pasos para el análisis de políticas públicas: un manual para la práctica* (Ciudad de México: Porrúa, 2013), 17-9.

5. Universitat Autònoma de Barcelona, *La formación de la agenda*, video, Democracia y decisiones públicas. Introducción al análisis de políticas públicas (en línea, s. f.).

Es necesario acotar que debido a la importancia de algunos temas que establece la agenda social, se generan otros actores que inciden en la agenda de los poderes públicos para que determinados temas puedan convertirse en política pública, como por ejemplo los movimientos sociales. Sin embargo, recordemos que las políticas públicas también son “las armas con las que la política pretende hacer efectivas sus promesas”, por lo que ciertamente existirán prioridades al momento de escoger qué problema efectivamente tendrá una solución desde lo público.⁶

Finalmente, el último componente es el proceso a través del cual se toma una decisión. Desde la doctrina, se ha propuesto el esquema heurístico o ciclo de las políticas públicas para comprender las fases a través de las cuales estas se forman. A más de la fase de formación de la agenda, este esquema cuenta con otras tres: formulación y decisión sobre la política, implementación y evaluación. Pero a pesar de lo comprensible que resulta un ciclo compuesto por fases, este ciclo no ha sido menos que criticado por su excesiva racionalidad.

Sobre este punto cabe decir que el ciclo de las PP no es exacto al describir lo que en realidad pasa al momento de formularlas e implementarlas, ya que en todas las fases existe un componente político muy importante. Aparecen actores con intereses diversos, por lo que muchas veces las políticas se formulan para acomodar sus demandas. En otros casos, no existe una decisión concreta, sino discursiva y retórica que se define sobre la marcha. Es por esta razón que existen diversas modificaciones en las que también las fases se entremezclan. A veces también hay una solución en instituciones que buscan qué hacer para justificar su existencia y también propuestas de solución que abordan parcialmente los problemas, es decir, solamente desde las competencias de una determinada entidad pública.⁷

Lo cierto es que en las políticas públicas no existe una receta ideal que genere indefectiblemente éxito. Si algo es claro, es que estas son una suerte de ensayo-error y que la complejidad de su formulación, puesta en marcha y evaluación debe ser entendida con una perspectiva teórica emergente en la que se renuncien a estrategias habituales y se entienda a los problemas desde una perspectiva integral.⁸ Aún así es necesario remarcar que el objetivo principal de las PP es “dar racionalidad al uso de recursos escasos en el cumplimiento de actividades estatales”.⁹

6. Quim Brugué, “Políticas públicas: Entre la deliberación y el ejercicio de autoridad”, *Cuadernos de Gobierno y Administración Pública* 1, n.º 1 (2014): 38.

7. Universitat Autònoma de Barcelona, *El ciclo y formación de las políticas públicas*.

8. Brugué, “Políticas públicas: Entre la deliberación y el ejercicio de autoridad”, 41-2.

9. Daniel Vásquez y Domitille Delaplace, “Políticas Públicas con perspectiva de derechos humanos: Un campo en construcción”, *Sur: Revista Internacional de Derechos Humanos* 8 (junio 2011): 40.

En este contexto, se hace presente la eficiencia como eje formal de las actividades de los estados, en donde los recursos son obtenidos y procesados bajo una lógica de productividad en donde prevalecen los resultados. Pero a esta forma le hace falta un fondo, y es donde entra al escenario la perspectiva de derechos humanos o el enfoque de derechos que se ocupa de los fines de las políticas públicas, que en definitiva deben enfocarse en la garantía de derechos.

EL ENFOQUE DE DERECHOS HUMANOS

La idea del enfoque basado en derechos humanos nació en 1997 en el marco del programa de reforma de la Organización de Naciones Unidas (ONU). Durante este proceso el Secretario General del organismo solicitó a las entidades del Sistema Universal de Protección “que incorporaran los derechos humanos a sus diversas actividades y programas en el marco de sus respectivos mandatos”.¹⁰ Para lo cual en 2003 se adoptó la Declaración de Entendimiento Común de las Naciones Unidas sobre los Enfoques Basados en los Derechos Humanos orientada a la programación y cooperación para el desarrollo, que tiene tres entendimientos comunes:

1. Todos los programas de cooperación al desarrollo, las políticas y la asistencia técnica deben promover la realización de los derechos humanos tal como se establece en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en otros instrumentos internacionales de derechos humanos.
2. Las normas de derechos humanos contenidas en la Declaración Universal de Derechos Humanos y otros instrumentos internacionales de derechos humanos, así como los principios derivados de los mismos, guían toda la cooperación y programación para el desarrollo en todos los sectores y en todas las fases del proceso de programación.
3. La cooperación al desarrollo contribuye al desarrollo de las capacidades de los “titulares de deberes” para cumplir con sus obligaciones y/o de los “titulares de derechos” para reclamar sus derechos.¹¹

Como se puede observar, el desarrollo de este enfoque realizado por las Naciones Unidas establece la centralidad de los derechos de las personas poniendo especial relevancia en las actividades de planificación para alcanzar el desarrollo. El Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) tampoco ha descuidado el desarrollo

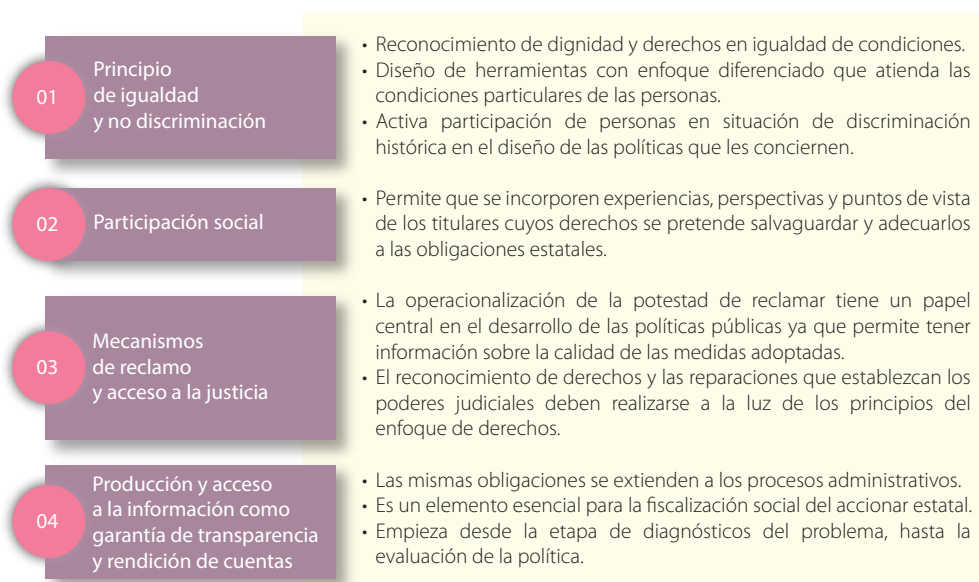
10. Human Rights-Based Approach Portal, “The Human Rights Based Approach to Development Cooperation: Towards a Common Understanding Among UN Agencies-HRBA Portal”, accedido 16 de diciembre de 2021, <https://bit.ly/3qoh7is>.

11. Ibid.

del enfoque de derechos humanos y a través del Plan estratégico 2017-2021 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), se ha planteado el objetivo de promover la creación de políticas públicas orientadas a fortalecer los derechos humanos a través de la implementación de estándares interamericanos.¹²

Estos estándares “funcionan como lineamientos o pautas para la intervención de los Estados en los procesos de identificación y definición de problemas, en el diseño, en la implementación y en la evaluación de políticas públicas”.¹³ Es así que este enfoque parte del reconocimiento de los Estados como principales garantes de derechos y el rol que desempeñan las personas y grupos sociales para hacer efectivos esos derechos a través de la participación en la formulación de las políticas públicas. La Comisión desarrolla seis lineamientos para la aplicación de estándares desarrollados por los organismos que conforman el SIDH en la formulación, implementación y evaluación de las políticas, que se presentan de manera sucinta en el siguiente gráfico:

Figura 2. Lineamientos para la formulación, implementación y evaluación de políticas públicas con enfoque de derechos



12. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Plan estratégico 2017-2021*, 2017, <https://bit.ly/3K6ZsUm>.

13. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Políticas públicas con enfoque de derechos humanos*, 2018, 20, <https://bit.ly/3nnEiHG>.

05

La protección prioritaria a grupos en situación de discriminación histórica

- Implica prestar una especial atención a los sectores sociales y personas que han sufrido exclusión histórica o son víctimas de prejuicios persistentes, para adoptar las medidas necesarias para prevenir, reducir y eliminar la situación que las perpetúan.
- Lo importante es priorizarlas al momento de identificar el problema y visibilizarlas en el diseño, implementación y evaluación de las políticas.

06

Inclusión de la perspectiva de género y diversidad

- Deber de incorporación de una perspectiva de género que debe guiar la investigación y juzgamiento de todos los casos de violencia contra mujeres, niñas y adolescentes.
- Se deben tomar medidas diferenciadas considerando las particularidades e identidades diversas de las mujeres en riesgo.

Fuente: Documento “Políticas públicas con enfoque de derechos humanos” elaborado por la CIDH. Elaboración propia.

En Ecuador, este enfoque también ha tenido su desarrollo a partir del reconocimiento de las características de los derechos humanos y las obligaciones estatales adquiridas de buena fe. Además se ha establecido como un “compromiso constitucional garantista del buen vivir” que confiere un grado adicional de legitimidad normativa y social a las políticas públicas, permite la participación de las personas dejando a un lado el rol de beneficiarias pasivas y promueve el desarrollo de las capacidades de las y los funcionarios públicos para hacer efectivos los derechos de las personas y también los de la naturaleza.¹⁴

A pesar de lo importantes que resultan estas teorizaciones que permiten visibilizar los derechos como un eje transversal que guía las actividades estatales, la realidad sobrepasa al deber ser y nos encontramos con casos como el que presentamos a continuación.

EL CASO GUZMÁN ALBARRACÍN

En 2020, Ecuador fue declarado como responsable internacional por la violación a los derechos de Paola Guzmán, una adolescente guayaquileña que fue víctima de violencia sexual en el colegio público donde estudiaba. El agresor fue una autoridad de la institución educativa quien le prometió permitirle repetir el año escolar, a cambio de que ella mantuviera relaciones sexuales con él. La ola de circunstancias negativas por las que atravesaba la adolescente hicieron que decidiera quitarse la vida en 2003. A partir de ese trágico suceso, sus padres iniciaron un conjunto de acciones para es-

14. Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo, *Guía para la formulación de políticas públicas sectoriales*, ed. María Belén Moncayo (Quito, 2011).

tablecer la responsabilidad del vicerrector. Sin embargo, las autoridades ecuatorianas no respondieron, por lo que el caso se judicializó en el SIDH.¹⁵

Más de una década tuvo que pasar para que Paola fuera reconocida como víctima de las acciones de un adulto inescrupuloso que abusó de su pertenencia en el círculo de confianza de la adolescente. Lo triste es que el caso de Paola Guzmán no es un hecho aislado, ya que entre 2014 y 2021 se recibieron 28 154 denuncias de casos de violencia sexual en el ámbito educativo. Hacen parte de estas cifras el caso AAMPETRA, El Principito, el caso *Mushuk Pakari*, el caso Aguirre Abad, el caso del colegio CEBI y tantos otros más que no conocemos.¹⁶ Frente a esta espeluznante cifra, se entendería más que motivada la formulación de una política pública enfocada a la prevención y erradicación de la violencia sexual en el ámbito educativo.

Sumemos a esta evidente necesidad la sentencia internacional en el caso de Paola, donde la Corte IDH reconoció la educación sexual como parte del derecho a la educación que tienen los niños, niñas y adolescentes y determinó algunos ámbitos en los que se deben adoptar políticas públicas, principalmente para la prevención, detección y actuación frente a los casos de violencia en el ámbito educativo:

- a) contar en forma permanente con información estadística actualizada sobre situaciones de violencia sexual contra niñas o niños en el ámbito educativo;
- b) la detección de casos de violencia sexual contra niñas o niños en ese ámbito y su denuncia;
- c) la capacitación a personal del ámbito educativo respecto al tratamiento y prevención de situaciones de violencia sexual; y
- d) la provisión de orientación, asistencia y atención a las víctimas de violencia sexual en el ámbito educativo y/o a sus familiares.¹⁷

En Ecuador, las entidades llamadas a implementar esta decisión son los Consejos Nacionales para la Igualdad de Género y para la Igualdad Intergeneracional, entidades competentes para participar en la formulación, transversalización, observancia, seguimiento y evaluación de las políticas públicas relacionadas con niñas y adolescentes,¹⁸

15. Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Sentencia”, *Caso Guzmán Albarracín vs. Ecuador*, 24 de junio de 2020, <https://bit.ly/3zTrj5M>.

16. Laura Prieto, “‘Es una lucha constante’: La violencia sexual en instituciones educativas y los esfuerzos de jóvenes sobrevivientes por obtener justicia en Ecuador”. *Human Rights Watch*, 9 de diciembre de 2020, <https://www.hrw.org/es/report/2020/12/09/es-una-lucha-constante/la-violencia-sexual-en-instituciones-educativas-y-los>.

17. Corte IDH, “Sentencia del caso Guzmán Albarracín”, 76.

18. Ecuador, *Ley Orgánica de los Consejos Nacionales para la Igualdad*, Registro Oficial 283, 7 de julio de 2014, art. 3.

y también el Ministerio de Educación como órgano rector de las políticas educativas. Sobre las primeras entidades cabe decir que cuando se solicitó información respecto de la implementación de políticas públicas las respuestas fueron vagas o se limitaron a enviar documentación. En el primer caso, una funcionaria del Consejo para la Igualdad de Género respondió a través de correo electrónico de la siguiente manera:

las instituciones rectoras y ejecutoras de políticas relacionadas con la prevención y erradicación de la violencia contra las mujeres, así como en el sector de educación, se está impulsando medidas como parte del cumplimiento de la Sentencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos dentro del caso Guzmán Albarracín y otras Vs. Ecuador. Para el efecto se tienen creados espacios interinstitucionales en los que el CNIG participa brindando asistencia técnica. Desde el Ministerio de Educación se tiene un Plan Estratégico de acciones a desarrollar, en especial para trabajar la prevención y atención de la violencia en la comunidad educativa. Y desde la Secretaría de Derechos Humanos se está impulsando la construcción de una Estrategia para prevenir y erradicar la violencia sexual en el ámbito educativo, la cual se encuentra en construcción.¹⁹

Sobre la remisión de documentos sobre el tema, las personas funcionarias enviaron el Informe de Observancia de violencia en el sistema educativo: Protocolo 2017, emitido por el Consejo para la Igualdad Intergeneracional cuyo objetivo es “constatar las dificultades a ser corregidas para la atención oportuna de víctimas de violencia sexual en el sistema educativo”.²⁰ Del examen de este documento se puede colegir que las políticas públicas implementadas han sido especialmente relacionadas con la adopción de normas que guían la actuación de las autoridades frente a los casos de violencia sexual en el ámbito educativo; es decir, que se ha dado prioridad a la respuesta y no a la prevención.

Otro aspecto que cabe destacar es que el documento señala una base normativa en la que recoge algunos tratados que desarrollan los derechos de la niñez y adolescencia, pero no establece los estándares del Caso Guzmán Albarracín que deben ser aplicados para la formulación de las políticas públicas. Llama la atención que los niños, niñas y adolescentes no han sido involucrados en ninguna de las actividades especificadas en el informe, ya que, más allá de las campañas esporádicas, no existe un diálogo con los

19. Cecilia Manzo, “Requerimiento contacto ciudadano”, 13 de septiembre de 2021.

20. Consejo Nacional para la Igualdad Intergeneracional, “Informe de Observancia de violencia en el sistema educativo: Protocolo 2017 de actuación ante casos de violencia sexual detectadas o cometidas en el sistema educativo”, 2021, 6, <https://bit.ly/3zUqMR5>.

principales beneficiarios de estas políticas, lo que permitiría deducir que efectivamente se incumple el principio de participación.²¹

Tampoco existe un planteamiento específico para establecer un programa educativo en el que, de manera clara, científicamente rigurosa y en un espacio cómodo para los y las estudiantes, se hable sobre educación sexual, a pesar de que su implementación como estándar para el Ecuador es obligatoria. Esta situación, a más de generar un incumplimiento continuado de las obligaciones internacionales del Estado ecuatoriano, impide la aplicación de la protección prioritaria que rige la materia.

Respecto de las actividades realizadas por el Ministerio de Educación, tras una entrevista con un funcionario de la planta central,²² se tuvo acceso a documentos que establecen las rutas cuando ha existido un caso de violencia (como la Tercera edición de Protocolos y rutas de actuación frente a situaciones de violencia detectadas o cometidas en el ámbito educativo) y un conjunto de pronunciamientos que sirven como base normativa para la interposición de sumarios administrativos, que son procedimientos no jurisdiccionales que sancionan a funcionarias y funcionarios públicos cuando han cometido faltas graves.²³ A pesar de que estos documentos sirven para la visibilización de los casos, no enfrentan esta problemática desde el ámbito preventivo por lo que el enfoque de protección no es holístico y tampoco se refiere necesariamente a la generación de una política pública.

La resolución de cumplimiento de la sentencia del Caso Guzmán Albarracín emitida por la Corte IDH el 23 de septiembre de 2021 resuelve “mantener abierto el procedimiento de supervisión de cumplimiento de la garantía de no repetición, que será *supervisada en una posterior* resolución, relativa a identificar y adoptar medidas para tratar la violencia sexual en el ámbito educativo”.²⁴ Este pronunciamiento corrobora que no se han formulado las PP necesarias para cumplir con las obligaciones estatales. Las respuestas de los funcionarios demuestran que tampoco hay un camino trazado para formularlas y, aunque el enfoque de derechos humanos es interesante, su aplicación resulta potestativa. Frente a esta inestabilidad y poca claridad, se presenta como propuesta la aplicación de un instituto fresco, relativamente nuevo y que representa un deber estatal: el control de convencionalidad.

21. Consejo Nacional para la Igualdad Intergeneracional, *Informe de Observancia de violencia en el sistema educativo: Protocolo 2017 de actuación ante casos de violencia sexual detectadas o cometidas en el sistema educativo* (Quito: Consejo Nacional para la Igualdad Intergeneracional, 2021), 104-9.

22. Lenin Trujillo, entrevista semiabierta sobre el control de convencionalidad en el ámbito administrativo, 25 de agosto de 2021.

23. Ecuador, *Ley Orgánica de Servicio Público*, Registro Oficial, Suplemento 294, 6 de octubre de 2010, art. 44.

24. Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Supervisión de cumplimiento de sentencia”, *Caso Guzmán Albarracín vs. Ecuador*, 23 de septiembre de 2021, 9, <https://bit.ly/3HWL3Im>.

CONCEPTUALIZACIÓN DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD CONFORME A LA JURISPRUDENCIA DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

El control de convencionalidad tiene un origen jurisprudencial a partir conjunto de casos y solicitudes resueltas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) en el marco de sus funciones consultiva y especialmente contenciosa. El desarrollo de este instituto se ha realizado de manera evolutiva desde el 2003, año en el cual se acuña por primera vez el término. Cada sentencia y opinión consultiva ha aportado y condensado elementos para la comprensión del control de convencionalidad, por lo que a continuación se presenta un gráfico en el que se encuentran algunos de los pronunciamientos emblemáticos que recogen esta doctrina:

Tabla 1. **Pronunciamientos emblemáticos en el marco de la función contenciosa de la Corte IDH que desarrollan el control de convencionalidad**

Pronunciamiento	Elementos sobre el control de convencionalidad
Votos concurrentes del juez Sergio García en los casos Mack Chang vs. Guatemala y Tibi vs. Ecuador.	Las actuaciones del Estado están sujetas a la evaluación de la Corte IDH. Los jueces y juezas de la Corte IDH hacen un ejercicio similar al de los jueces constitucionales, pero en aplicación de la CADH y otros instrumentos del SIDH que se denomina control de convencionalidad.
Caso Almonacid Arellano vs. Chile.	Juezas y jueces están sometidos a los instrumentos en materia de derechos humanos que hayan sido ratificados por el Estado. Deben velar por que los efectos de las normas convencionales no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias al objeto y fin de la CADH. Especie de control de convencionalidad, en que se debe tomar en cuenta el texto del tratado y las interpretaciones auténticas que del mismo ha realizado la Corte IDH.
Caso “Trabajadores cesados del Congreso vs. Perú”.	El control de convencionalidad debe realizarse ex officio en el marco de las competencias de los juzgadores y de acuerdo con las regulaciones procesales correspondientes.

Pronunciamiento	Elementos sobre el control de convencionalidad
Caso Boyce y otros vs. Barbados.	<p>Control normativo no debe realizarse únicamente a la luz de la Constitución de los estados, sino también a la CADH.</p> <p>Control de convencionalidad se plasma en este caso como una forma de escrutinio judicial respecto de la convencionalidad de la normativa del derecho interno.</p>
Caso Cabrera García y Montiel Flores.	<p>Control de convencionalidad como una forma de materializar los deberes estatales, la Corte evalúa “el debido ejercicio” de este instituto que vincula a juezas, jueces y órganos vinculados a la administración de justicia.</p> <p>En el voto concurrente se desarrolla el concepto de control difuso de convencionalidad. Su grado de aplicación estará relacionado con el tipo de control de constitucionalidad adoptado por los estados.</p>
Caso Gelman vs. Uruguay.	<p>Condensa las características de los pronunciamientos previos, pero amplía el espectro de sujetos vinculados estableciendo que debe ser realizado por cualquier autoridad del Estado.</p>
Caso “Diario Militar” vs. Guatemala.	<p>Las obligaciones para los estados no se encuentran únicamente en la CADH sino también en “otros instrumentos interamericanos que establecen la obligación a cargo de los Estados Partes de investigar conductas prohibidas por tales tratados”.</p>
Caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname.	<p>El SIDH no impone a ningún Estado un modelo específico para la realización del control control de convencionalidad.</p>

Fuente: Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte IDH n.º 7, referente al control de convencionalidad.
Elaboración propia.

Las opiniones consultivas emitidas por el tribunal interamericano también han establecido parámetros de convencionalidad, como el de la obligatoria observancia de los derechos, estándares y enfoques desarrollados e interpretados por el organismo en su

función consultiva.²⁵ En este contexto, se ha determinado que estos lineamientos cumplen “en alguna medida, la función propia de un control de convencionalidad preventivo”, por lo que la aplicación *a priori* de las interpretaciones que este órgano realiza de las normas del SIDH, prevendría responsabilidades internacionales.²⁶ Así lo explica también el juez Vio Grossi en su voto individual de la Opinión consultiva 24/17:

esto es, le indica a los Estados [sic] que han reconocido su competencia contenciosa, que, de no ajustar su conducta a la interpretación que ella hace de la Convención, se arriesgan a que, sometido un caso a su conocimiento y resolución que diga relación con dicho proceder, declare la responsabilidad internacional del respectivo Estado. Y a los demás Estados, [sic] les proporciona una orientación para el pleno y cabal respeto de los derechos humanos que se comprometieron a respetar, sea por ser partes de la Convención sea porque lo son de otros instrumentos jurídicos internacionales.²⁷

Con estos elementos en mente podemos comprender que el control de convencionalidad ha tenido un desarrollo evolutivo, ya que ha partido de nombrar al examen subsidiario que realiza la Corte IDH de la adecuación de las actuaciones estatales a las normas e interpretaciones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) —control de convencionalidad concentrado—.²⁸ En un segundo momento, se entiende que para su puesta en práctica, garantizando el efecto útil de la Convención Americana (CADH) y otros instrumentos del SIDH, y dar cumplimiento a las obligaciones estatales de respeto, garantía y adecuación, es necesario vincular a todas las autoridades estatales para que, sin que medie una solicitud de las partes, los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos y sus interpretaciones sean aplicadas en el ejercicio de sus funciones —control difuso de convencionalidad—.²⁹

-
25. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Opinión consultiva OC-21/14: Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o necesidad de protección internacional*, 2014, 13, <https://bit.ly/3fjmtFd>.
 26. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Opinión consultiva OC-22/16: Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (interpretación y alcance del artículo 1.2, en relación con los artículos 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46 y 62.3 de la Convención Americana sobre derechos humanos, así como del artículo 8.1.a y b del Protocolo de San Salvador)*, 2016, 11, <https://bit.ly/3Fpaf8P>.
 27. Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Voto individual del juez Eduardo Vio Grossi”, *Opinión Consultiva OC-24/17: Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*, 24 de noviembre de 2017, <https://bit.ly/34O5c5f>.
 28. Eduardo Ferrer Mac-Gregor, “El control difuso de convencionalidad en el Estado Constitucional”, *Revista Urbe et Ius*, n.º 14 (2014): 173, <https://bit.ly/3FIWDLr>.
 29. Juana María Ibáñez Rivas, “Control de convencionalidad: precisiones para su aplicación desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Anuario de Derechos Humanos* 0, n.º 8 (9 de julio de 2012): 112, doi:10.5354/0718-2279.2012.20555.

A pesar de lo lógico que resulta este esquema de utilidad y cumplimiento de obligaciones para evitar responsabilidades estatales, el control de convencionalidad no ha sido menos que criticado por los Estados, que, en su afán por minimizar la vinculatividad de las prescripciones aceptadas de buena fe, han establecido una serie de argumentos. Entre los principales se encuentran tres: el control de convencionalidad no se encuentra explícitamente esgrimido en el texto de la CADH por lo que su aplicación a nivel interno no debe ser entendida como una obligación estatal. El segundo argumento ataca a la legitimidad de la Corte IDH, ya que para los Estados no es posible que un organismo que no ha sido elegido por directamente por ciudadanos imponga la realización de cambios normativos, en especial reformas constitucionales que en muchos casos cuentan con una mayoritaria aprobación popular, por lo que estas modificaciones suponen una invasión directa a la soberanía estatal. Finalmente, se habla de lo derrotables que resultan las normas de cada país frente a las normas internacionales, lo que provoca inseguridad jurídica.³⁰

Más allá de la obligación que tienen los Estados de cumplir con las decisiones de la Corte IDH,³¹ este organismo ha cimentado el ejercicio de sus funciones en la decisiva lucha por preservar en la región los valores democráticos y la vigencia de los. A través de sus sentencias se han reconocido vulneraciones estructurales a los derechos que muchas veces han sido invisibilizadas por los órdenes internos de los Estados. Estas situaciones hacen que la Corte cuente con una legitimidad de resultado.³² Cabe recordar que los instrumentos en materia de derechos humanos deben ser interpretados de manera evolutiva, por lo que antes de hablar de literalidad es necesario conformar un sistema que haga efectivo el principio de progresividad de derechos.

Además, la centralidad de los derechos de las personas es una cuestión compartida por la mayoría de los ordenamientos internos de la región, en especial las Constituciones de los Estados parte del SIDH. Esta interconexión debe apostar por la vinculación en red de todos estos instrumentos normativos con el fin de que en la región “se tornen efectivas o se realicen materialmente las promesas centrales de las constituciones nacionales y que los diferentes países del subcontinente se integren dentro de una estruc-

30. Juan Camilo Herrera, “¿Margen de apreciación nacional? ¡El problema está en el diseño institucional!”, en *Impacto y desafíos a medio siglo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2021), 249-51.

31. Organización de Estados Americanos, *Convención Americana de Derechos Humanos*, 22 de noviembre de 1969, art. 68.

32. Pía Riggirozzi y Jean Grugel, “Políticas de salud en UNASUR: Legitimidad, democracia y legitimidad de resultado”, *Pensamiento propio*, 2016, 180, <https://bit.ly/3zVf1Ze>.

tura de apoyo mutuo”.³³ De esta forma, los derechos se materializan con un potencial transformador para la vida de las personas que a su vez deviene en el fortalecimiento de la legitimidad del Estado como ficción jurídica.

Esta apuesta por ubicar los derechos como eje de las actuaciones estatales debe realizarse a partir de un mecanismo técnico-jurídico que habilite a las autoridades públicas la aplicación de esta red normativa. Sin duda, la herramienta es el control de convencionalidad, que, más allá de constituirse como una doctrina realizada por un organismo internacional legítimo con impacto regional, apuesta por convertirse en un mecanismo efectivo para la realización de los derechos a partir de la intervención de las personas que ejercen función pública, siendo las primeras garantes de derechos.³⁴

LA OBLIGATORIEDAD DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD PARA LOS ESTADOS: EL CASO ECUATORIANO

En el acápite anterior se desarrollaron los elementos más importantes del control de convencionalidad, su evolución histórica, características y principalmente sus funciones, entre las que se destaca la garantía de derechos. Pero el control de convencionalidad se configura como deber estatal en la medida en que un Estado es parte del SIDH. Esta cualidad se establece cuando existe la emisión de actos de consentimiento estatal para obligarse a cumplir con los deberes y recomendaciones que devienen de instrumentos internacionales, sentencias y opiniones consultivas y que en el caso del SIDH supone la ratificación de la CADH y el reconocimiento de la competencia de la Corte IDH.

Así la ratificación se establece como la forma histórica de manifestación del consentimiento estatal ya que, a través de un “instrumento de ratificación”, este se introduce en el ordenamiento jurídico interno y con la notificación a la comunidad internacional se hace público el deseo de obligarse.³⁵ Además, el reconocimiento de la competencia de la Corte IDH supone aceptar las funciones consultiva y especialmente contenciosa de este órgano, lo que implica que se admite la capacidad que

33. Armin von Bogdandy et al., “Ius Constitutionale Commune en América Latina: un enfoque regional del constitucionalismo transformador”, en *Ius Constitutionale Commune en América Latina* (Ciudad de México: Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 2017), 20.

34. Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Supervisión de cumplimiento de sentencia”, *Caso Gelman vs. Uruguay*, 20 de marzo de 2013, 20, <https://bit.ly/3GkZYM9>.

35. Yoel More, “La manifestación del consentimiento para obligarse por tratados internacionales. Problemas actuales”, *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional* 5 (2005): 273, <https://bit.ly/3tpVRur>.

tiene el Tribunal Interamericano de juzgar las acciones estatales y emitir lineamientos para la realización de actividades conforme a los compromisos adquiridos, asumiéndose también el status de intérprete autorizado de los instrumentos de derechos humanos.³⁶

Ecuador emitió su consentimiento para obligarse por las disposiciones de la CADH en 1977 y reconoció la competencia de la Corte en 1984.³⁷ Así, la obligación de respeto, que implica la abstención del cometimiento de actos que conculquen los derechos de las personas, y la obligación de garantía que requiere del Estado el cumplimiento de un conjunto de deberes entre los que se destacan: prevenir violaciones a los derechos humanos, inclusive aquellas cometidas por terceros particulares,³⁸ organizar todas las estructuras gubernamentales de tal manera que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos,³⁹ la investigación de las violaciones a los derechos humanos “debe ser seria, imparcial y efectiva, y estar orientada a la determinación de la verdad y a la persecución, captura, enjuiciamiento y eventual castigo de los autores de los hechos”,⁴⁰ son de obligatorio cumplimiento para el Estado ecuatoriano.

Estos deberes estatales se complementan con la obligación de adoptar disposiciones de derecho interno, contenida en el artículo 2 de la CADH. Implica introducir en el ordenamiento jurídico ecuatoriano las modificaciones de normas y prácticas necesarias para asegurar la “ejecución de las obligaciones asumidas”.⁴¹ En este sentido, esta obligación ha tenido como punto de partida a la Constitución por su cualidad de generar un deber de obediencia o acatamiento por parte de otras normas, situación que configura el principio de supremacía.⁴²

36. Lorena González, “La competencia de la Corte Interamericana a la luz de su jurisprudencia y su nuevo reglamento”, s. f., <https://bit.ly/3GxLI2U>.

37. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Documentos Básicos-Convención-Ratificaciones”, *Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, accedido 7 de julio de 2021, <https://bit.ly/3zYYBR4>.

38. Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Sentencia”, *Caso López Soto y otros vs. Venezuela*, 26 de septiembre de 2018, 46, <https://bit.ly/3rhoFms>.

39. Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Sentencia”, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, 29 de julio de 1988, 46, <https://bit.ly/3qmBbSo>.

40. Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Sentencia”, *Caso Yarce y otras vs. Colombia*, 22 de noviembre de 2016, 87, <https://bit.ly/320L66Q>.

41. Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Sentencia”, *Caso Omar Humberto Maldonado Vargas y otros vs. Chile*, 2 de septiembre de 2015, 40, <https://bit.ly/3qp3kYR>.

42. Luis Prieto Sanchis, “Supremacía, rigidez y garantía de la Constitución”, en *La ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del Derecho*. Tomo I. *Teoría General del Derecho Procesal Constitucional* (Ciudad de México, 2008), 807.

Este mandato de optimización permite establecer la jerarquía de todos los elementos normativos que conforman el ordenamiento jurídico en donde la Constitución representa la base del sistema, lo que a su vez permite visualizar esta norma jurídica como el cimiento del ordenamiento jurídico, como límite al poder y pilar del reconocimiento de los derechos humanos. También fija el principio de fundamentación y derivación que establece los contenidos formales y materiales de obligatoria observancia para las normas inferiores; y la visibilización de la voluntad del pueblo soberano para establecer una estructura estatal y determinar las competencias y sobre todo las actuaciones de las diferentes áreas del poder público, que deben ser realizadas en el marco de lo prescrito en la Constitución.⁴³

La Constitución de 1979, las codificaciones de 1984, 1993, 1996, 1997 y la Constitución de 1998 incorporaron las obligaciones estatales devenidas de la CADH, aunque en algunos casos de forma parcial o contradictoria.⁴⁴ La Constitución vigente prescribe un conjunto de normas que reconocen los deberes estatales de respeto, garantía y adecuación, y también contiene artículos que vinculan a las y los servidores públicos para que en el ejercicio de sus funciones, tomen en cuenta los derechos, estándares y enfoques que se encuentran en los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos. Este nombre genérico permite pensar que, si el contenido de un tratado, sentencia, opinión consultiva o informe está relacionado con derechos, deberá ser aplicado con independencia de su grado de vinculatoriedad y en la medida en que beneficie el eficaz ejercicio de los derechos.⁴⁵

Estas normas jurídicas permiten entender que la Constitución ecuatoriana vigente tiene como eje central la vigencia de los derechos,⁴⁶ establece como fuente a los instrumentos internacionales en la materia reconociendo que su dimensión material traspasa el texto aprobado en 2008, situación que permite visibilizar al ordenamiento

43. Elsa Guerra, “Supremacía constitucional y control del Derecho comunitario”, revista *Foro*, n.º 22 (2014), 40, <https://bit.ly/3rfmJe5>.

44. La obligación de respeto se encuentra incorporada en el ordenamiento jurídico ecuatoriano solamente a partir de 1996, ya que en los textos previos solo se aseguraban los derechos del hombre, invisibilizando la existencia de la diversidad de géneros. También se puede observar que estos cuerpos normativos establecen una prescripción de prohibición de discriminación con categorías similares a las que se encuentran en el artículo 1 de la CADH. Sin embargo, cuando se analizan los artículos referentes a la ciudadanía y a las personas extranjeras se colige la imposibilidad que tienen las segundas para ser propietarias de bienes en nuestro país.

45. Ramiro Ávila Santamaría, “Los principios de aplicación de los derechos”, en *La Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis desde la doctrina y el derecho comparado*, Serie Justicia y Derechos Humanos Neoconstitucionalismo y Sociedad (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008), 63.

46. Ramiro Ávila Santamaría, “Ecuador Estado constitucional de derechos y justicia”, en *La Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis desde la doctrina y el derecho comparado*, Serie Justicia y Derechos Humanos, Neoconstitucionalismo y Sociedad (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008), 22.

jurídico como una red interconectada para garantizar los derechos humanos; esta característica permite identificar al Estado como abierto o de estatalidad abierta.⁴⁷

Estas cualidades, sumadas a la existencia de un amplio catálogo de derechos, el sistema de garantías y la presencia de la Corte Constitucional con amplias competencias, dan cuenta de la lógica garantista de la Constitución ecuatoriana, que, sumada a las lógicas participacionista y republicano desarrollista, evocan una característica fundamental de la norma suprema: su complejidad.⁴⁸ Es así que el máximo órgano de justicia constitucional ha enfrentado esta complejidad a través de la resolución de casos en los que de manera evolutiva, se ha reconocido y aplicado el control de convencionalidad a través de los parámetros interpretativo y argumentativo. Revisemos algunos fallos importantes en la siguiente tabla:

Tabla 2. Sentencias emitidas por la Corte Constitucional que reconocen al control de convencionalidad

Sentencia	Caso	Parámetro de convencionalidad
n.º 003-14-SIN-CC	Acción de inconstitucionalidad presentada en contra de algunos artículos de la Ley Orgánica de Comunicación.	Se reconoce la existencia del control de convencionalidad, que debe ser implementado de manera simultánea al control de constitucionalidad. El fallo recoge artículos de instrumentos internacionales, ubicándose en el parámetro de mención.
Sentencia n.º 184-18-SEP-CC	Acción extraordinaria de protección presentada en contra de un fallo de segunda instancia en el que se niega el registro de una niña por tener dos madres.	Establece que el contenido de los instrumentos internacionales en materia de derechos se entienden adheridos al texto constitucional y son de directa e inmediata aplicación. Se aplica al parámetro de argumentativo, ya que a través de estos instrumentos se establece el contenido del derecho a la nacionalidad como dimensión del derecho a la identidad y el sentido y alcance del derecho a la igualdad y no discriminación en razón de la orientación sexual.

47. Mariela Morales Antoniazzi, “Interamericanización como mecanismo del *Ius Constitutionale Commune* en derechos humanos en América Latina”, en *Ius Constitutionale Commune en América Latina* (Ciudad de México: Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 2017), 420.

48. Marco Navas Alvear, “La base fundacional en la Constitución: Propuestas para comprender el modelo de Estado Constitucional ecuatoriano”, en *Nueve años de desarrollo constitucional* (Asamblea Nacional, 2016), 18-22.

Sentencia	Caso	Parámetro de convencionalidad
n.º 11-18-CN/19	Consulta de constitucionalidad del artículo 67 de la Constitución y la Opinión consultiva 24/17 (Matrimonio igualitario).	Recoge de manera sucinta la doctrina del control de convencionalidad y reconoce la necesidad de la aplicación de la interpretación conforme. Plasma el parámetro interpretativo del control de convencionalidad al resolver la aparente tensión de las normas consultadas.
n.º 34-19-IN/21	Acción pública de inconstitucionalidad de la frase: “en una mujer que padezca de discapacidad mental” constante en el art. 150 numeral 2 del Código Orgánico Integral Penal.	Las autoridades en el marco de sus competencias deben observar los estándares de Derecho internacional para garantizar derechos. El control de convencionalidad se aplica con los parámetros: argumentativo, al establecer el contenido de los derechos alegados, e interpretativo de las normas constitucionales a la luz de los derechos de las mujeres reconocidos en el ámbito internacional.

Fuente: Sentencias de la Corte Constitucional.
Elaboración propia.

Es innegable que la centralidad de los derechos, el reconocimiento de las obligaciones estatales, la emergente aplicación de los estándares en materia de derechos humanos y la decidida lucha por su eficacia son elementos centrales del control de convencionalidad que logran establecer el contenido que deben tener las políticas públicas para cumplir no solamente con la normativa interna, sino con las obligaciones internacionales adquiridas por los estados. Por ende, la aplicación de este instituto no solamente evitará futuras responsabilidades estatales en el ámbito interno e internacional, sino que mejorará las condiciones de vida de las personas brindando legitimidad a las decisiones sobre PP que generan los poderes públicos.

CONCLUSIONES

El control de convencionalidad es un mecanismo de avanzada que abarca todas las actividades del quehacer público, vinculando a todas sus autoridades a todo instrumento que incorpore un derecho, enfoque o interpretación que más favorezca a la vigencia de los derechos. Esa cualidad totalizante de este instituto hace que la centralidad de los derechos de las personas se entienda como una obligación y no como una potestad. Por ende su aplicación en la formulación de las PP es indispensable para dotar a estas herramientas de los poderes públicos de un contenido acorde a sus deberes como primeros garantes de derechos.

Los casos de violencia sexual en el ámbito educativo han servido para visibilizar una funesta realidad que viven las estudiantes día a día y también han logrado hacer un llamado de atención a las autoridades que conforman la comunidad educativa por la inexistencia de PP que enfrenten esta problemática desde un enfoque holístico. El caso Guzmán Albarracín es importante en este contexto por dos razones: incorpora y desarrolla estándares de otros casos que deben aplicarse de manera obligatoria y establece obligaciones para las autoridades administrativas que generan políticas públicas en el ámbito educativo. Es así como a través del control de convencionalidad que se encuentra en el caso, las PP en esta materia son dotadas de contenido haciendo que su fondo cumpla con los deberes estatales y garantice los derechos de niños, niñas y adolescentes.

BIBLIOGRAFÍA

- Ávila Santamaría, Ramiro. “Ecuador Estado constitucional de derechos y justicia”. En *La Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis desde la doctrina y el derecho comparado*. Serie Justicia y Derechos Humanos, Neoconstitucionalismo y Sociedad. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- . “Los principios de aplicación de los derechos”. En *La Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis desde la doctrina y el derecho comparado*. Serie Justicia y Derechos Humanos, Neoconstitucionalismo y Sociedad. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- Bardach, Eugene. *Los ocho pasos para el análisis de políticas públicas: un manual para la práctica*. Ciudad de México: Porrúa, 2013.
- Bogdandy, Armin von, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Mariela Morales Antoniazzi, Flávia Piovesan y Ximena Soley. “Ius Constitutionale Commune en América Latina: un enfoque regional del constitucionalismo transformador”. En *Ius Constitutionale Commune en América Latina*. Ciudad de México: Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 2017.
- Brugué, Quim. “Políticas públicas. Entre la deliberación y el ejercicio de autoridad”. *Cuadernos de Gobierno y Administración Pública* 1, n.º 1 (2014): 37-55.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. “Documentos Básicos-Convención-Ratificaciones”. *Comisión Interamericana de Derechos Humanos*. Accedido 7 de julio de 2021. <https://www.cidh.oas.org/basicos/basicos3.htm>.
- . *Plan estratégico 2017-2021*, 2017. <https://www.oas.org/es/cidh/mandato/PlanEstrategico2017/docs/PlanEstrategico-2017-2021.pdf>.
- . *Políticas públicas con enfoque de derechos humanos*, 2018. <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/PolíticasPublicasDDHH.pdf>.
- Consejo Nacional para la Igualdad Intergeneracional. “Informe de Observancia de violencia en el sistema educativo: Protocolo 2017 de actuación ante casos de violencia sexual detectadas

- o cometidas en el sistema educativo”, 2021. [https://documentos.administracionpublica.gob.ec/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/a2bdac8e-0a77-4350-afb4-b3ebe6fa890f/inf_obs_viol_sisteduc2\(1\).pdf?guest=true](https://documentos.administracionpublica.gob.ec/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/a2bdac8e-0a77-4350-afb4-b3ebe6fa890f/inf_obs_viol_sisteduc2(1).pdf?guest=true).
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Opinión consultiva OC-21/14: Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o necesidad de protección internacional*, 2014. https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/resumen_seriea_21_esp.pdf.
- . *Opinión consultiva OC-22/16: Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (interpretación y alcance del artículo 1.2, en relación con los artículos 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46 y 62.3 de la Convención Americana sobre derechos humanos, así como del artículo 8.1.a y b del Protocolo de San Salvador)*, 2016. https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_22_esp.pdf.
- . “Sentencia”. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, 29 de julio de 1988. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf.
- . “Sentencia”. *Caso Omar Humberto Maldonado Vargas y otros vs. Chile*, 2 de septiembre de 2015. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_300_esp.pdf.
- . “Sentencia”. *Caso Yarce y otras vs. Colombia*, 22 de noviembre de 2016. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_325_esp.pdf.
- . “Sentencia”. *Caso López Soto y otros vs. Venezuela*, 26 de septiembre de 2018. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_362_esp.pdf.
- . “Sentencia”. *Caso Guzmán Albarracín vs. Ecuador*, 24 de junio de 2020. https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_405_esp.pdf.
- . “Supervisión de cumplimiento de sentencia”. *Caso Gelman vs. Uruguay*, 20 de marzo de 2013. https://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/gelman_20_03_13.pdf.
- . “Supervisión de cumplimiento de sentencia”. *Caso Guzmán Albarracín vs. Ecuador*, 23 de septiembre de 2021. https://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/guzman_albarracin_23_09_21.pdf.
- . “Voto individual del juez Eduardo Vio Grossi”. *Opinión Consultiva OC-24/17: Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*, 24 de noviembre de 2017. https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf.
- Ecuador. *Ley Orgánica de los Consejos Nacionales para la Igualdad*. Registro Oficial 283, 7 de julio de 2014.
- . *Ley Orgánica de Servicio Público*. Registro Oficial, Suplemento 294, 6 de octubre de 2010.
- Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. “El control difuso de convencionalidad en el Estado Constitucional”. *Revista Urbe et Ius*, n.º 14 (2014): 151-88. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2873/9.pdf>.
- González, Lorena. “La competencia de la Corte Interamericana a la luz de su jurisprudencia y su nuevo reglamento”, s. f. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r26308.pdf>.
- González, Marcelo. “El estudio de las políticas públicas: un acercamiento a la disciplina”. *Quid Juris* (2016): 99-116.

- Guerra, Elsa. “Supremacía constitucional y control del Derecho comunitario”. Revista *Foro*, n.º 22 (2014). <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/5265/1/04-TC-Guerra.pdf>.
- Herrera, Juan Camilo. “¿Margen de apreciación nacional? ¡El problema está en el diseño institucional!”. En *Impacto y desafíos a medio siglo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, 247-69. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2021.
- Human Rights-Based Approach Portal. “The Human Rights Based Approach to Development Cooperation: Towards a Common Understanding Among UN Agencies-HRBA Portal”. Accedido 16 de diciembre de 2021. <https://hrbaportal.org/the-human-rights-based-approach-to-development-cooperation-towards-a-common-understanding-among-un-agencies/>.
- Ibáñez Rivas, Juana María. “Control de convencionalidad: precisiones para su aplicación desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. *Anuario de Derechos Humanos* 0, n.º 8 (9 de julio de 2012): 103-13. doi:10.5354/0718-2279.2012.20555.
- Manzo, Cecilia. “Requerimiento contacto ciudadano”, 13 de septiembre de 2021.
- Morales Antoniazzi, Mariela. “Interamericanización como mecanismo del *Ius Constitutionale Commune* en derechos humanos en América Latina”. En *Ius Constitutionale Commune en América Latina*. Ciudad de México: Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 2017.
- More, Yoel. “La manifestación del consentimiento para obligarse por tratados internacionales. Problemas actuales”. *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional* 5 (2005): 243-81. <https://www.redalyc.org/pdf/824/82400508.pdf>.
- Navas Alvear, Marco. “La base fundacional en la Constitución: Propuestas para comprender el modelo de Estado Constitucional ecuatoriano”. En *Nueve años de desarrollo constitucional*. Asamblea Nacional, 2016.
- Organización de Estados Americanos. *Convención Americana de Derechos Humanos*, 22 de noviembre de 1969.
- Prieto, Laura. “‘Es una lucha constante’: La violencia sexual en instituciones educativas y los esfuerzos de jóvenes sobrevivientes por obtener justicia en Ecuador”. *Human Rights Watch*, 9 de diciembre de 2020. <https://www.hrw.org/es/report/2020/12/09/es-una-lucha-constante/la-violencia-sexual-en-instituciones-educativas-y-los>.
- Prieto Sanchís, Luis. “Supremacía, rigidez y garantía de la Constitución”. En *La ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del Derecho*. Tomo I. *Teoría General del Derecho Procesal Constitucional*, 805-24. Ciudad de México, 2008.
- Riggiozzi, Pía, y Jean Grugel. “Políticas de salud en UNASUR: Legitimidad, democracia y legitimidad de resultado”. *Pensamiento propio*, 2016. <https://www.revistasnicaragua.net.ni/index.php/pensamientopropio/issue/view/398>.
- Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo. *Guía para la formulación de políticas públicas sectoriales*, editado por María Belén Moncayo. Quito, 2011.
- Trujillo, Lenin. Entrevista semiabierta sobre el control de convencionalidad en el ámbito administrativo, 25 de agosto de 2021.

- Universitat Autònoma de Barcelona. *El ciclo y formación de las políticas públicas*. Video. Democracia y decisiones públicas. Introducción al análisis de políticas públicas, en línea, s. f.
- . *La formación de la agenda*. Video. Democracia y decisiones públicas. Introducción al análisis de políticas públicas, en línea, s. f.
- Vásquez, Daniel, y Domitille Delaplace. “Políticas Públicas con perspectiva de derechos humanos: Un campo en construcción”. *Sur. Revista Internacional de Derechos Humanos* 8 (junio 2011): 34-65.

Aplicación de los instrumentos internacionales de derechos humanos y control de convencionalidad

Application of International Human Rights Instruments and Control of Conventionality

Alan Añezco Aguilar

Universidad Internacional SEK

Quito, Ecuador

alan_oaa@hotmail.com

ORCID: 0000-0002-6222-8831

Nadia Sofia Añezco Aguilar

Universidad Internacional de la Rioja

Quito, Ecuador

nasaaguilar_oaa@hotmail.com

ORCID: 0000-0000-0003-3901-4787

Artículo de investigación

DOI: <https://doi.org/10.32719/26312484.2022.38.5>

Fecha de recepción: 2 de enero de 2022

Fecha de revisión: 14 de marzo de 2022

Fecha de aceptación: 17 de marzo de 2022

Fecha de publicación: 4 de julio de 2022

Licencia Creative Commons



RESUMEN

La garantía efectiva de los derechos humanos exige un diálogo y una construcción permanente entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos —en adelante, también, la Corte IDH— y los más altos tribunales de justicia constitucional. La Corte IDH, de manera solvente y extensa, ha desarrollado la teoría del control de convencionalidad como forma de asegurar la coherencia entre las legislaciones internas y la Convención Americana sobre Derechos Humanos —en adelante, también, la Convención o CADH—. Esta teoría se complementa y debe articularse con el sistema o modelos de control de constitucionalidad previstos por cada uno de los países suscriptores de la Convención.

En el caso del Ecuador, el control de convencionalidad y el control de constitucionalidad se encuentran imbricados por el principio de aplicación directa de la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos, situación harto compleja, especialmente, cuando se trata de abstenerse de aplicar una norma de rango legal para dar paso a la aplicación directa de una norma contenida en un instrumento internacional de derechos humanos.

Por lo tanto, el presente ensayo se ocupa de analizar esta disyuntiva a partir del estudio dogmático del control de constitucionalidad y convencionalidad para, en función de ello, determinar la viabilidad de la aplicación directa de los instrumentos internacionales de derechos humanos en nuestra realidad jurídica.

PALABRAS CLAVE: Constitución, control de constitucionalidad, control de convencionalidad, supremacía constitucional, jurisprudencia, aplicación directa de la constitución, fuerza normativa, instrumentos internacionales.

ABSTRACT

The effective guarantee of human rights requires a permanent dialogue and construction between the Inter-American Court of Human Rights —hereinafter also the IACHR Court— and the highest courts of constitutional justice. The IACHR Court, in a solvent and extensive manner, has developed the theory of conventionality control, as a way to ensure consistency between domestic legislation and the American Convention on Human Rights —hereinafter also the Convention or ACHR—. This theory complements and must be articulated with the system or models of control of constitutionality provided by each of the countries subscribing to the Convention.

In the case of Ecuador, the control of conventionality and the control of constitutionality are intertwined by the principle of direct application of the Constitution and international human rights instruments, a very complex situation, especially when it comes to refrain from applying a rule of legal rank to give way to the direct application of a rule contained in an international human rights instrument.

Therefore, this essay is concerned with analyzing this dilemma based on the dogmatic study of the control of constitutionality and conventionality, in order to determine the viability of the direct application of international human rights instruments in our legal reality.

KEYWORDS: Constitution, control of constitutionality, control of conventionality, constitutional supremacy, jurisprudence, direct application of the constitution, normative force, international instruments.

FORO

INTRODUCCIÓN

La Constitución del Ecuador constituye una norma jurídica que se caracteriza, entre otras cosas, por ser Norma Suprema, por estar compuesta por un tejido normativo axiológico, por ser norma directamente aplicable y por irradiar y condicionar el ordenamiento jurídico ecuatoriano —constitucionalización de las ramas del derecho—. A estas características se agrega el reconocimiento constitucional de un amplio catálogo de derechos que se originan de distintas fuentes —entre estas, los instrumentos internacionales de derechos humanos— y la caracterización de Ecuador como Estado constitucional de derechos y justicia. En función de ello, la obligación primigenia del Estado, a través de sus autoridades, es la de tutelar los derechos constitucionales. Por lo tanto, sobre la base de nuestro diseño constitucional, los operadores de justicia, así como las autoridades administrativas, adquieren un rol preponderante a la hora de asegurar la efectiva vigencia de los derechos humanos-constitucionales.

En tal razón, una de las herramientas con las que se cuenta para asegurar y resguardar las normas y los derechos constitucionales es el control de constitucionalidad, entendido como el mecanismo que permite contrastar si un acto normativo subconstitucional o infraconstitucional guarda correspondencia con la Norma Suprema. No obstante, dicho control no se circunscribe a la contrastación entre ley y Constitución, sino que, en razón de la incorporación del denominado bloque de constitucionalidad —constitución entendida en un sentido amplio y material—, las obligaciones internacionales del Ecuador en materia de protección de derechos humanos y la irradiación de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos —a través de la competencia consultiva y contenciosa— es necesario que juezas, jueces y autoridades administrativas observen también las normas que hacen parte del corpus iuris en materia de derechos humanos, esto es, el denominado control de convencionalidad.

Dicho de otra forma, la tutela de los derechos humanos se desarrolla a través de una construcción y un diálogo permanente —en muchas ocasiones complejo y tensionado— entre la Corte IDH y las más altas cortes de justicia, especialmente, las encargadas de administrar justicia en materia constitucional. Esta interrelación ha dado lugar a lo que conoce como “la constitucionalización del derecho internacional” o la “invasión del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Derecho Constitucional”.¹

A la par, el control de constitucionalidad y convencionalidad están estrechamente vinculados con los principios de supremacía constitucional y aplicación directa de la Constitución. Lo dicho nos conduce a plantearnos dos hipótesis, a saber: i) las autoridades judiciales están en la capacidad de alejarse de una norma de orden legal para dar paso a la aplicación directa de una norma contenida en un instrumento internacional de derechos humanos; o ii) en razón del carácter concentrado de nuestro modelo de control de constitucionalidad, las autoridades judiciales están vetadas de realizar una aplicación directa. Disyuntiva sobre la cual, si bien podemos obtener algunas consideraciones en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, no ha sido solventada, al menos, no del todo.

Por lo tanto, en el presente trabajo, a partir de un estudio dogmático y jurisprudencial del control constitucional y la teoría del control de convencionalidad, se aborda la problemática antes señalada a fin de esbozar algunas consideraciones que deberían orientar la práctica jurídica respecto a la posibilidad de la aplicación directa de los instrumentos internacionales de derechos humanos.

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD: NOCIONES GENERALES

El control de constitucionalidad surge como un mecanismo que permite precautelar la supremacía de la Constitución y su fuerza normativa. Así, el primero de ellos consiste en fijar a la Constitución como norma jerárquicamente superior dentro de un ordenamiento jurídico y a la cual deben ajustarse todas las disposiciones legales y reglamentarias —supremacía material— que deben ser dictadas conforme a los procedimientos previstos en la misma Constitución —supremacía formal—. Por su parte, la fuerza normativa hace referencia a la naturaleza vinculante de la que se revisten las Constituciones y que se traduce no solo en la aplicación directa de sus disposiciones,

1. Juan Manuel Gómez Robledo, “La implementación del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho interno: Una tarea pendiente”, *Biblioteca jurídica virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*, acceso el 19 de diciembre de 2021, <https://bit.ly/3qpQGZD>.

sino también en la interpretación de todas las normas de inferior jerarquía a la luz de los mandatos constitucionales.

Al amparo de los principios señalados, en un Estado constitucional de derechos, el contenido de las Constituciones representa la condición de validez de las otras normas que componen el sistema jurídico; esto es así en virtud de la superioridad jerárquica de los preceptos constitucionales y las implicaciones que esto conlleva. Néstor Pedro Sagüés sostiene que la superioridad de la Constitución no puede efectivizarse si no se cuenta con un aparato de control que se encargue de verificar que las normas, actos y omisiones no infrinjan las disposiciones constitucionales.² En el mismo sentido, Jorge Amaya destaca que la supremacía constitucional demanda la existencia de un sistema que procure la defensa de las Constituciones y a partir del cual se pueda identificar los actos que vulneran los mandatos constitucionales y proceder con la declaración de su invalidez.³

En tal sentido, el control de constitucionalidad apunta a que el ordenamiento jurídico guarde uniformidad con las normas constitucionales; consecuentemente, está orientado a determinar y eliminar las disposiciones infraconstitucionales que contravienen lo dispuesto en la Norma Suprema, salvo que sea posible su permanencia a través de la emisión de sentencias modulativas.

Así las cosas, el control de constitucionalidad admite distintas clasificaciones. En primer lugar, se debe partir de la distinción entre el control político y el control de naturaleza jurídica.⁴ El primero hace referencia al control que se ejerce de forma voluntaria por parte de los órganos políticos, como la legislatura, y se realiza respecto de actos o políticas del gobierno, sobre la base de los principios de necesidad, oportunidad y conveniencia.⁵ En tanto que el control jurídico se refiere a aquel que es efectuado por los jueces, bajo preceptos constitucionales y legales y través de un procedimiento específico que exige la debida argumentación de los juzgadores. En el presente trabajo, en razón de la finalidad que se persigue, nos enfocaremos estrictamente en el control de constitucionalidad de carácter jurídico.

2. Néstor Pedro Sagüés, *Elementos de Derecho Constitucional*, t. I (Buenos Aires: Astrea, 1999), 169-84.

3. Jorge Amaya, *Control de Constitucionalidad* (Buenos Aires: Astrea, 2017), 79.

4. Agustín Grijalva, *Constitucionalismo en Ecuador* (Quito: CEDEC, 2012), 171.

5. *Ibíd.*

TIPOS DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD: DIFUSO, CONCENTRADO, CONCRETO Y ABSTRACTO

La clasificación del control de constitucionalidad que abordamos en el presente acápite se desarrolla en función del órgano que ostenta la competencia para realizar el control; y, en razón del proceso —autónomo o incidental— y los efectos que genera la decisión.

En este sentido, el *control difuso* de constitucionalidad, o también conocido como el modelo norteamericano, es aquel control que puede efectuarse por cualquier juez del sistema jurisdiccional de un Estado. En esta modalidad de control, todos los jueces ostentan la potestad para evaluar y determinar la constitucionalidad de una disposición dentro de un caso concreto y determinar su inaplicación cuando se contraponga a enunciados constitucionales.

Esta modalidad de control de constitucionalidad tiene como antecedente el caso *Marbury vs. Madison* en 1803. En este proceso, el juez de la Corte Suprema de los Estados Unidos, John Marshall, pese a no tener la competencia expresa, efectuó un control sobre las normas a aplicar en el caso concreto —*Judiciary Act*— y determinó que dicha disposición resultaba contraria a la Constitución, por lo que no podía aplicarse. El juez Marshall razonó que ante una norma inconstitucional solo caben dos posiciones: aplicar la ley desechando la Constitución o aplicar la ley con desprecio a la Constitución.⁶

Entendido el control difuso de constitucionalidad como el mecanismo que permite a cualquier juez, en el conocimiento de una causa, de oficio o a petición de parte, determinar la inconstitucionalidad de una norma y dejarla de aplicar respecto a los hechos que se encuentran bajo su conocimiento, cabe también hacer referencia a los efectos que se desprenden de este tipo control. Al respecto, es necesario precisar que en el control difuso de constitucionalidad los jueces tienen la facultad de analizar la correspondencia de las normas con la Constitución, no obstante, los efectos de la decisión serán únicamente *inter partes* y para el caso concreto, lo que significa que la inconstitucionalidad de la disposición se determina exclusivamente para el caso bajo análisis.⁷

En función de los efectos que genera el control de constitucionalidad difuso, se puede indicar que este consiste en un *control concreto*. Rafael Oyarte precisa que el

6. Rafael Oyarte, *Derecho Constitucional*, 3.^a ed. (Quito: CEP, 2019), 1060.

7. Juan Guerrero. “Aproximación al control abstracto en el Ecuador. La acción de inconstitucionalidad”, en *Apuntes de Derecho Procesal Constitucional*, ed. Juan Montaña Pinto (Quito: CEDEC, 2012), 101.

control concreto opera como vía de excepción, pues, para invocar la inconstitucionalidad de la norma, es necesario que esta esté siendo aplicada en un caso concreto ante un juez o tribunal,⁸ es decir, la revisión de constitucionalidad tiene lugar de manera incidental dentro de una causa.

Continuando con el análisis de los tipos de control constitucional, corresponde hacer referencia al *control concentrado*. Este tipo de control se caracteriza por la existencia de un órgano jurisdiccional especializado que es el encargado de analizar la inconstitucionalidad de las normas de rango inferior. Es decir, en el control concentrado existe un solo órgano competente para pronunciarse sobre la constitucionalidad de las normas subconstitucionales, por lo que la decisión no queda en manos de cualquier órgano jurisdiccional.⁹

Este control concentrado, a la vez, puede ser concreto —como en el caso de la consulta de norma— o abstracto —como en el caso de la acción pública de inconstitucionalidad—. Por lo tanto, el control concentrado puede ejecutarse sobre la base de una demanda de inconstitucionalidad presentada ante el tribunal especializado o puede generarse a partir de una consulta realizada por un juez al identificar una posible inconstitucionalidad de la norma a aplicarse en un caso concreto (incidente de constitucionalidad o consulta de norma).¹⁰

En lo que respecta al *control abstracto*, este se caracteriza por la impugnación de una norma de forma general, es decir, de manera autónoma y con independencia de sus efectos en un caso específico, por lo que constituye un procedimiento contra la norma. Es decir, se trata de: “un control que es independiente o se aparta de la aplicación de la disposición controlada en un determinado caso, sin que por ello se descarte la posibilidad de que sobre este control se elaboren una o varias referencias a potenciales situaciones de aplicación de la disposición o norma controlada, es decir una suerte de situaciones hipotéticas”.¹¹

En definitiva, el *control abstracto* constituye un procedimiento autónomo y específico, que tiene como resultado “[una] sentencia pronunciada respecto de la validez o inconformidad de una disposición normativa con la Constitución, lo que genera efectos erga omnes y generalmente hacia el futuro (ex nunc)”;¹² consecuentemente,

8. Oyarte, *Derecho Constitucional*, 1078.

9. *Ibíd.*, 1075.

10. Pamela Aguirre Castro, “Consulta de norma: garantía de la tutela judicial efectiva”, en *Manual de justicia constitucional ecuatoriana*, coord. Jorge Benavides y Jhoel Escudero (Quito: CEDEC, 2013), 296.

11. Johanna Romero Larco, “Control Concreto de Constitucionalidad”, en *Apuntes de Derecho Procesal Constitucional*, ed. Juan Montaña Pinto (Quito: CEDEC, 2012), 185.

12. Aguirre, “Consulta de norma: garantía de la tutela judicial efectiva”, 296.

se trata de un control por vía de acción y se plantea en contra de una norma ante un tribunal determinado.¹³

Una vez que se han analizado los tipos de control de constitucionalidad contemplados en la doctrina, corresponde examinar cuáles de estos tipos de control se configuran en nuestro diseño constitucional; para esto, vale la pena destacar que, en la actualidad, los sistemas constitucionales evidencian una convergencia entre los modelos americano —difuso— y europeo —concentrado—, configurándose mecanismos de control de constitucionalidad que contienen elementos de ambos sistemas: modelos mixtos y paralelos.¹⁴ Al respecto, Johanna Romero refiere que la convergencia de los modelos de control de constitucionalidad puede generar que se termine ignorando las particularidades y características propias de un determinado sistema de control.¹⁵

EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN ECUADOR

La Constitución de la República consagra en el Ecuador un modelo de control de constitucionalidad concentrado, abstracto y concreto, así se desprende de lo dispuesto en el artículo 436 números 2, 3 y 4 de la Norma Suprema, en concordancia con lo previsto por el artículo 428 *ibidem*.

Por un lado, la primera de las disposiciones enumera las atribuciones de la Corte Constitucional y determina la competencia de esta para declarar la inconstitucionalidad de las normas que no se ajusten al contenido de la Constitución, así como establecer su invalidez y expulsión del ordenamiento jurídico —a través de la *acción pública de inconstitucionalidad* y el control de normas conexas—; y, por otro lado, en el artículo 428 se establece el procedimiento denominado *consulta de norma*, en razón del cual los jueces al considerar que una disposición jurídica contradice los mandatos constitucionales deben suspender la tramitación de la causa y remitir en consulta a la Corte Constitucional, a fin de que esta resuelva sobre la constitucionalidad de la norma en controversia. Por lo tanto, en principio, queda descartada la posibilidad de que los jueces ordinarios puedan entrar a valorar la congruencia de las disposiciones jurídicas con la Constitución; en tanto esta facultad esta asignada de forma exclusiva a la Corte Constitucional como órgano de cierre del sistema constitucional ecuatoriano.

Ahora bien, esta caracterización de los modelos de control constitucional vigentes en nuestro diseño constitucional entra en tensión con el mandato constitucional que determina la aplicación directa de los instrumentos internacionales de derechos huma-

13. Rafael Oyarte, *La Supremacía Constitucional* (Quito: Fundación Konrad Adenauer, 1999), 85.

14. Guerrero, “Aproximación al control abstracto en el Ecuador”, 108.

15. Romero Larco, “Control Concreto de Constitucionalidad”, 183.

nos —artículos 11.3 y 426 de la Constitución—. Como bien lo señala Robinson Patajalo, el juez al momento de aplicar directamente la Constitución puede encontrarse ante dos escenarios: i) ausencia de ley que desarrolle el precepto constitucional; o ii) existencia de ley contraria a la Constitución; en este segundo caso procedería la aplicación directa de los preceptos constitucionales; no obstante, ello dependerá del tipo de control de constitucionalidad vigente en el ordenamiento jurídico¹⁶ y su relación con el control de convencionalidad.

Por lo tanto, el escenario antes descrito y sobre el cual volveremos en líneas posteriores nos obliga a realizar un análisis del control de convencionalidad y su concreción en el sistema ecuatoriano, para en función de ello, y sobre la base de las obligaciones estatales que corresponden al Estado, determinar la posibilidad de aplicación directa de los instrumentos internacionales de derechos humanos.

CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

En el apartado previo se ha analizado desde una perspectiva teórica lo que significa el control de constitucionalidad y su tipología y, en razón de esto, se ha aterrizado en el estudio del diseño constitucional ecuatoriano, a fin de determinar las modalidades de control que hacen parte del derecho procesal constitucional, y, con ello, las posibilidades o mecanismos con los que cuentan la ciudadanía en general y las autoridades judiciales y administrativas cuando encuentran una norma que consideran es contraria a la Constitución. Ahora bien, como quedó dicho, este control de constitucionalidad se complementa con la doctrina del control de convencionalidad, por lo tanto, a continuación, pasaremos a desarrollar dicho control.

El control de convencionalidad, en su génesis, encuentra fundamento en dos premisas fundamentales. La primera de estas hace relación al hecho que, si un Estado ha ratificado la Convención Americana de Derechos Humanos, la obligación internacional principal que surge de ello es la de respetar y cumplir tal convención. Por lo tanto, esta obligación permite garantizar la efectiva vigencia de los derechos de rango convencional, siendo que tal obligación se traslada a las autoridades internas de cada uno de los Estados. Por su parte, la segunda premisa determina que la ratificación de la CADH genera que las autoridades nacionales, a más de estar sujetas al ordenamiento jurídico interno, están también sujetas a la normativa internacional.

16. Robinson Patajalo, *El control de constitucionalidad en Ecuador. Defensa de un control mixto* (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2020), 38-9.

Así, en línea de principio, el control de convencionalidad implica la posibilidad que tiene la Corte IDH —al analizar las responsabilidades internacionales de los Estados— de determinar la compatibilidad del ordenamiento jurídico interno de los países con la CADH —control de convencionalidad en el ámbito internacional—. No obstante, y como veremos a continuación, este control de convencionalidad se ha extendido tanto respecto a los sujetos obligados a realizar dicho control cuanto a los instrumentos que constituyen el paraguas bajo el cual se realiza el control de convencionalidad. Como lo afirma Miguel Carbonell:

el control de convencionalidad debe entenderse como una herramienta que permite a los jueces contrastar las normas generales internas frente a las normas del sistema convencional internacional (tratados internacionales, pero también derecho derivado de los mismos). Esto significa que los jueces nacionales deberán desarrollar —de oficio— una serie de razonamientos que permitan la aplicación más amplia posible y el mayor respeto a las obligaciones establecidas por los tratados internacionales.¹⁷

El origen del control de convencionalidad, dicho sea de paso, no está previsto como tal ni en la CADH, ni en el reglamento de la Corte IDH, ni en otra normativa internacional, sino que, se atribuye a la sentencia emitida en el caso *Almonacid Arellano vs. Chile*. En esta sentencia la Corte señaló:

El cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley violatoria de la Convención produce responsabilidad internacional del Estado, y es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en el sentido de [que todo Estado es internacionalmente responsable por actos u omisiones de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionalmente consagrados, según el artículo 1.1 de la Convención Americana.

124. La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder

17. Miguel Carbonell, “Introducción general al control de convencionalidad”, *Biblioteca jurídica virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*, acceso el 23 de diciembre de 2021, párr. 14, <https://bit.ly/3fmiOXy>.

Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.¹⁸

Si bien el fallo antes mencionado marca oficialmente el origen del control de convencionalidad, no es menos cierto que se reconoce por ciertos autores que dicho control tiene sus antecedentes en un fallo previo —voto concurrente— y en las reglas de interpretación de los tratados internacionales. Así, Víctor Bazán expone que dicho control tiene su origen en el voto concurrente emitido en el caso *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*.¹⁹ En este voto concurrente, el ex juez de la Corte IDH Sergio García Ramírez razonó que:

No es posible seccionar internacionalmente al Estado, obligar ante la Corte solo a uno o algunos de sus órganos, entregar a éstos la representación del Estado en el juicio sin que esa representación repercuta sobre el Estado en su conjunto y sustraer a otros de este régimen convencional de responsabilidad, dejando sus actuaciones fuera del “control de convencionalidad” que trae consigo la jurisdicción de la Corte internacional.²⁰

Por su parte, Pamela Aguirre, al realizar una aproximación dogmática para la aplicación del control de convencionalidad, precisa que la idea recogida por la jurisprudencia de la Corte IDH respecto a la obligación de respeto, adecuación y garantía de los derechos y libertades contenidas en la CADH —aunque dicha Corte no lo haya reconocido expresamente— se inspira en las reglas de interpretación del derecho internacional y del derecho internacional de los derechos humanos, a saber: i) la CADH debe ser interpretada de buena fe conforme al sentido corriente de sus términos, teniendo en cuenta su contexto, su objeto y fin; ii) la Convención debe interpretarse de manera que se dé eficacia a sus disposiciones en su sentido natural u ordinario en el contexto en que ocurren, según su objeto y fin; iii) la CADH debe interpretarse de la forma más extensa posible a favor de los seres humanos; iv) la Convención debe interpretarse de manera evolutiva.²¹

18. Corte IDH, “Sentencia de 26 de septiembre de 2006 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso Almonacid Arellano vs. Chile*, 26 de septiembre de 2006, párrs. 123 y 124, <https://bit.ly/3rje61Z>.

19. Víctor Bazán, “El control de constitucionalidad, incógnita, desafíos y perspectivas”, acceso el 25 de diciembre de 2021, 25, <https://bit.ly/3rjzvlu>.

20. Corte IDH, “Sentencia de 25 de noviembre de 2003 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas) voto concurrente”, *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, 25 de noviembre de 2003, párr. 27, <https://bit.ly/3nrGJcj>.

21. Pamela Aguirre, “El control de convencionalidad y sus desafíos en el Ecuador”, *Revista IIDH*, vol. 64 (Quito): 271-80, <https://bit.ly/3zWQV1p>.

En la misma línea, Ingrid Suárez afirma que el control de convencionalidad no es una figura nueva en el Derecho Internacional, sino que la misma va de la mano de la ratificación de los tratados, cuya guarda se concede a un órgano jurisdiccional supranacional, por ende, se trata de una competencia inherente de la Corte IDH para la protección internacional de la persona humana, para asegurar la supremacía de la CADH, y para el respeto, garantía y ejercicio efectivo de los derechos reconocidos en la Convención.²²

Por lo tanto, en una primera aproximación, el control de convencionalidad está destinado a buscar coherencia entre las normas internas de los Estados con la CADH. A la par, este control procura que las normas y los derechos humanos reconocidos en la CADH y otros instrumentos interamericanos de derechos humanos y la interpretación que sobre estos haya realizado la Corte IDH en el ejercicio contencioso o consultivo, sean efectivamente observadas por los Estados que han ratificado la Convención, a sabiendas de que la aplicación de una norma contraria a estos estándares genera responsabilidad internacional.

En definitiva, el control de convencionalidad es una figura de reciente desarrollo en la dogmática de los derechos humanos y su aparición en el escenario jurídico está estrechamente relacionada con los deberes que impone la CADH a los Estados para cumplir con las obligaciones que surgen en materia de derechos humanos.²³ Ahora bien, como quedó expuesto, si bien el control de convencionalidad, en principio, reposa en la Corte IDH al resolver un caso o como intérprete último de la CADH —control en el ámbito internacional—, no es menos cierto que las modalidades y efectos de este control se han desarrollado y extendido a partir de la jurisprudencia de la Corte IDH.

En este contexto, un primer criterio que se debe tomar en cuenta es que la obligación de control convencional se hace extensiva al poder judicial, es decir, los jueces de los países están obligados a realizar un control ex officio entre las normas internas y la CADH —control en el ámbito nacional o control difuso de constitucionalidad—. Un segundo criterio que debe considerarse es que la misma Corte IDH ha ampliado este control no solo respecto a las autoridades judiciales, sino también, respecto a las autoridades administrativas.²⁴ Un tercer criterio radica en que el control de convencionalidad en el ámbito nacional debe realizarse conforme a las competencias y procedi-

22. Ingrid Suárez, *Control de Convencionalidad y autoprecedente interamericano* (Bogotá: Universidad de la Sabana, 2015), 21 y 22.

23. Claudio Nash, “Breve introducción al control de convencionalidad”, *Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, n.º 7. *Control de Convencionalidad*, acceso el 29 de diciembre de 2021, párr. 2, <https://bit.ly/3GsAJHS>.

24. Corte IDH, “Sentencia de 24 de febrero de 2011 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso Gelman vs. Uruguay*, 24 de febrero de 2011, párr. 193, <https://bit.ly/3tpFRsp>.

mientos previstos en la legislación interna.²⁵ Finalmente, la Corte IDH ha precisado que el control de convencionalidad no se agota en el contraste entre la normativa interna y la Convención, sino que este debe extenderse a todos los tratados de derechos humanos de los cuales es parte el Estado.²⁶

En este orden de ideas, cabe precisar que el control de convencionalidad en el Ecuador, conforme a lo analizado previamente, debe realizarse por la Corte Constitucional —control concentrado— y a través de los mecanismos de consulta de norma o acción pública de inconstitucionalidad. Así, la propia Corte Constitucional ha reconocido que:

En virtud de la irradiación constitucional que experimenta el ordenamiento jurídico ecuatoriano, dentro del cual no solo existe un reconocimiento expreso de la supremacía constitucional, sino también de la jerarquía de los instrumentos internacionales de derechos humanos, el control de convencionalidad se constituye en un mecanismo básico para la garantía de los derechos, en tanto permite que los órganos jurisdiccionales no se limiten a un análisis de sus disposiciones internas, sino que además recurran a los instrumentos internacionales y la interpretación efectuada de estos, a fin de dotar de contenido integral a los derechos.²⁷

LA APLICACIÓN DIRECTA DE LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

De lo analizado hasta aquí es claro que, en el caso ecuatoriano, el control de convencionalidad a nivel interno, esto es, la posibilidad de declarar que una norma infraconstitucional o de la propia Constitución²⁸ es contraria a la CADH, a la interpretación que haya realizado la Corte IDH o a otros instrumentos interamericanos de derechos humanos, solo puede ser ejercida por la Corte Constitucional del Ecuador. Al ser así, la ciudadanía, los funcionarios administrativos o los administradores de justicia, a efectos de acusar una norma por inconvencional, bien pueden presentar la denomina-

25. Corte IDH, “Sentencia de 24 de noviembre de 2006 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, 24 de noviembre de 2006, párr. 128, <https://bit.ly/3tkpFc6>.

26. Corte IDH, “Sentencia de 4 de septiembre de 2012 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala*, 4 de septiembre de 2012, párr. 262. <https://bit.ly/3nluTk8>.

27. Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia n.º 003-14-SIN-CC”, *Caso n.º 014-13-IN y acumulados*, 17 de septiembre de 2014, 20.

28. En la sentencia 11-18-CN/19 (caso matrimonio igualitario) la Corte Constitucional reconoció la posibilidad que existan normas constitucionales inconstitucionales, específicamente, determinó como un artículo de la Constitución resultó contrario a una opinión consultiva de la Corte IDH.

da acción pública de inconstitucionalidad o elevar en consulta a la Corte Constitucional, dependiendo del caso que se trate.

La caracterización expuesta, en línea de principio, no presenta mayores dificultades. Sin embargo, el problema se torna complejo en la medida en que, según se mencionó con anterioridad, a la par de este control, y como una forma de garantizar la efectiva vigencia de los derechos reconocidos en la Convención, la Constitución del Ecuador en el artículo 11.3 establece que “Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación”; a su vez el artículo 417 establece que “En el caso de los tratados y otros instrumentos internacionales de derechos humanos se aplicarán los principios pro ser humano, de no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta establecidos en la Constitución”; mientras que el artículo 426 determina que:

Las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarán directamente la Constitución y las previstas en las normas internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no lo invoquen expresamente. Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y obligación.

En este punto es importante resaltar que la ubicación y la posibilidad de aplicación de los instrumentos internacionales —incluidos los de derechos humanos— en el contexto nacional no es una cuestión que se resuelva desde el derecho internacional, sino desde la propia Constitución.²⁹ Tal como lo afirma Juan Montaña, los efectos-resultado respecto a la supremacía de la Constitución y la aplicación de normas constitucionales, en última instancia depende si el juez asume una actitud de autorrestricción o si más bien asume que el deber del intérprete de la Constitución es la de garantizar los derechos de las personas.³⁰

En definitiva, la cuestión se torna problemática cuando se pretende aplicar una norma contenida en instrumentos internacionales de derechos humanos en perjuicio de una norma de orden legal, ya que aquello podría implicar entrar en el ámbito del control difuso o mixto, no reconocidos expresamente en nuestro diseño constitucional, o una trasgresión a la seguridad jurídica, en la medida que se desconocería una norma

29. Humberto Henderson, “Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio pro homine”, *Revista IIDH*, vol. 39, acceso el 23 de diciembre de 2021, párr. 14, <https://bit.ly/3HZWxul>.

30. Juan Montaña Pinto, “La interpretación constitucional, variaciones de un tema inconcluso”, en *Apuntes de Derecho Procesal Constitucional*, t. 3 (Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición, 2012), 27.

previa, clara, pública, *máxime* si se considera que la Corte Constitucional no ha esgrimido criterios concordantes al respecto.³¹ Paúl Córdova, al abordar esta problemática, argumenta que se debería pensar en una estrategia que permita incorporar el control mixto de constitucionalidad, en el sentido que, un juez estaría facultado para aplicar el texto constitucional en un proceso a pesar que no exista un vacío legal.³²

De esta forma, la necesidad de aclarar los efectos o el alcance del principio de aplicación directa de la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos ha sido un asunto reconocido expresamente por la Corte Constitucional. Así, este organismo en el voto concurrente emitido en la sentencia 1116-13-EP/20 señaló que es importante darle un efecto útil a la norma constitucional que recoge el principio de aplicación directa, además precisó:

el presente caso representaba una oportunidad para que el Pleno de la Corte Constitucional emita un pronunciamiento que aporte a la solución de la disyuntiva entre las normas que se refieren a la aplicabilidad directa de la Constitución y las normas que establecen la facultad de los jueces de consultar a la Corte Constitucional [...] La aparente tensión entre estas normas ha generado incertidumbre sobre el alcance de la aplicabilidad directa de la Constitución y los límites a la facultad de los jueces y juezas constitucionales de inaplicar normas vigentes cuando estas contradicen arbitrariamente la Constitución. Ofrecer certezas frente a estas inquietudes es una tarea pendiente de la jurisprudencia de esta Corte.³³

No obstante, en ese mismo caso, a través del voto salvado se señaló que:

En conclusión, el principio de aplicación directa, como su nombre lo sugiere, tiene lugar ante la ausencia de regulación secundaria; pero no en caso de contradicción, en cuyo escenario corresponde observar lo atinente al control de constitucionalidad que, en el caso ecuatoriano, como quedó expresado en la sección precedente, se caracteriza por ser un sistema concentrado.³⁴

Explicada la problemática planteada, a continuación pasaremos a exponer las razones por las cuales consideramos que, con base en nuestro diseño constitucional, el control de convencionalidad y los principios constitucionales de supremacía constitucional y aplicación directa de la Constitución, nos decantamos por la procedencia de la aplicación directa de las normas contenidas en los instrumentos internacionales de derechos humanos, aunque esto implique inobservar una norma legal o subconstitucional.

31. Al respecto véase, el caso denominado matrimonio igualitario, sentencias 10-18-CN/19 y 11-18-CN/19.

32. Paúl Córdova Vinuesa, *Derecho Procesal Constitucional* (Quito: CEP, 2016), 72.

33. Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia 1116-13-EP/20, voto concurrente”, *Caso n.º 1116-13-EP*, 18 de noviembre de 2020, párr. 7.

34. *Ibid.*, “Sentencia 1116-13-EP/20, voto salvado”, *Caso n.º 1116-13-EP*, 18 de noviembre de 2020, párr. 20.

En primer lugar, se debe considerar el principio de fuerza vinculante que tienen los mandatos constitucionales —incluidos los instrumentos internacionales de derechos humanos—, en razón del cual se hace posible que la Constitución se aplique de forma inmediata y directa a fin de otorgar efectiva vigencia a los derechos. Así, la fuerza normativa de la Constitución implica que esta pueda ser directamente aplicada de forma autónoma e independiente y que su exigibilidad no se encuentra atada a un desarrollo normativo secundario.³⁵ Tal como lo afirma Prieto Sanchís, el hecho de reconocer que la Constitución es norma jurídica y suprema implica que esta genera un deber de obediencia o acatamiento por parte de las otras normas, de manera que, ante un caso de conflicto, esta termina por imponerse en razón de la fuerza mayor que se le reconoce.³⁶

En la misma línea, Rodolfo Luis Vigo, al analizar la fuerza normativa de la Constitución, señala que las disposiciones constitucionales cumplen una función directiva al establecer cómo ha de obrarse, y una función preceptiva al disponer que determinada operación se realice.³⁷ En el mismo sentido Carlos López sostiene que “La fuerza normativa de la Constitución o fuerza normativa de los derechos da cuenta de que al interpretar, las normas tienen una aplicación directa que permite resolver un caso concreto. Por tanto, a más de ser eficaces, tienen que cumplirse y estar vigentes”.³⁸

De esta manera, las normas contenidas en los instrumentos internacionales de derechos humanos forman parte de la Constitución a partir del denominado bloque de constitucionalidad y lo que se pretende con los principios antes señalados es que tales normas tengan fuerza normativa, en el sentido de que no solo se conviertan en normas o paraguas comparativo para evaluar la constitucionalidad de las normas legales, sino que se conviertan en normas perfectamente aplicables, es decir, capaces de producir efectos jurídicos y con un grado de practicidad que permita a las autoridades administrativas y judiciales resolver los casos sometidos a su conocimiento.

Como segundo punto, se debe partir del hecho que el control de convencionalidad nace ante la necesidad que las autoridades de cada uno de los países, conforme a sus competencias y procedimientos, precautelen la coherencia entre la normativa interna con la CADH, con otros instrumentos internacionales de derechos humanos y con la interpretación que sobre estos haya realizado la Corte IDH, ya que tal control debe realizarse conforme al procedimiento interno de cada país.

35. Guerrero, “Aproximación al control abstracto en el Ecuador. La acción de inconstitucionalidad”, 104.

36. Luis Prieto Sanchís, “Supremacía, rigidez y garantía de la Constitución”, en *Control Constitucional y Activismo*, ed. Herbel Joel Campos Bernal (Lima: Ara editores, 2012), 265.

37. Rodolfo Luis Vigo, *Interpretación Constitucional* (Buenos Aires: Abeledo Perrot), 64.

38. Carlos López Cadena, “Mutaciones constitucionales: nuevo rol de la interpretación constitucional”, en *El nuevo constitucionalismo en América Latina* (Quito: Corte Constitucional del Ecuador para el Período de Transición, 2010), 85.

Por ende, si la Constitución del Ecuador reconoce y garantiza la aplicación directa de los instrumentos internacionales de derechos humanos con la intención de posibilitar la efectiva vigencia de un derecho de fuente internacional, es procedente su aplicación directa en detrimento de una norma subconstitucional que resulte atentatoria al mismo, en la medida que sea más favorable para el ser humano. Es decir, la posibilidad de aplicación directa de las normas contenidas en los instrumentos internacionales de derechos humanos se corresponde y complementa con el control de convencionalidad.

Como tercer punto, es importante considerar que el principio de aplicación directa de la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos debe ser entendido e interpretarse en el sentido de que produzca un efecto útil o que produzca un efecto y no ninguno.³⁹ En tal sentido, considerar que la aplicación directa no es posible, en tanto esto representaría una especie de control difuso o soslayaría el derecho a la seguridad jurídica, o enervaría los principios que rigen el control de constitucionalidad y la aplicación de las normas legales —presunción de constitucionalidad e *in dubio pro legislatore*—, implica vaciar de contenido el principio de aplicación directa —y con ello restarle cualquier efecto jurídico que este destinado a producir— así como restarle efectos jurídicos al control de constitucionalidad y convencionalidad. Así, la Corte Constitucional ha señalado que:

si se les priva a los jueces y juezas de aplicar en sus casos concretos, ya por vacíos o ya por antinomias, la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos más favorables, el control de constitucionalidad y el de convencionalidad serían inocuos y se dejaría sin eficacia la supremacía constitucional y la obligación de interpretar más favorablemente los derechos.⁴⁰

Finalmente, el último criterio que es importante traer a colación ha sido desarrollado por la Corte Constitucional en el voto concurrente antes citado. En este voto, los jueces constitucionales razonaron que, si bien la consulta de norma es el mecanismo al cual deben acudir los jueces cuando consideren que una norma es contraria a la Constitución o los instrumentos internacionales de derechos humanos, tal consulta debe ser entendida y generarse solo cuando exista duda sobre la constitucionalidad o convencionalidad de la norma. Al ser así, y de presentarse el caso en el que los jueces tengan certeza de que la norma de orden legal es contraria a la Constitución o a los

39. Benjamín Concha Gazmuri, *Calumnias e Injurias Vertidas en Juicio* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1969), 34.

40. Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia 11-18-CN/19, resolución de mayoría”, *Caso n.º 11-18-CN*, 12 de junio de 2019, párr. 287.

instrumentos internacionales de derechos humanos —por tratarse de un conflicto entre reglas, por ejemplo—, no cabe activar el proceso de consulta de norma, sino que el caso debe resolverse con la aplicación de la norma constitucional⁴¹ —nuevamente, entendida a la Constitución en su sentido formal y material—. Con este razonamiento —que si bien forma parte de un voto concurrente— se contribuye a consolidar la posición que la aplicación de normas constitucionales, incluidas aquellas que integran el denominado bloque de constitucionalidad como las contenidas en los instrumentos internacionales de derechos humanos, son perfectamente aplicables en detrimento de una disposición subconstitucional, sin que por ello se enerve el control concentrado de constitucionalidad o la figura de la consulta de norma, pues la misma, como quedó expuesto, está reservada para aquellos casos en que no es claro la procedencia de la norma constitucional frente a la norma de rango legal.

ALGUNAS CUESTIONES CONCLUYENTES

1. Si bien, en línea de principio, podría colegirse que las autoridades administrativas y judiciales estarían vedadas de aplicar una norma contenida en un instrumento internacional de derechos humanos cuando esto conlleve inaplicar una norma legal —por el hecho del control de constitucionalidad concentrado—, esto no es tan así en tanto es la propia Constitución la que faculta la aplicación directa de la Constitución, incluido el bloque de constitucionalidad, sin que tal aplicación este constreñida a la existencia de un vacío normativo.
2. El control de convencionalidad en relación con el control de constitucionalidad y el principio constitucional de aplicación directa de los instrumentos internacionales de derechos humanos, ciertamente, requieren un escenario de diálogo permanente; no obstante, ha quedado evidenciado que existe una relación compleja, tensa y no tan pacífica entre la Corte Constitucional del Ecuador y la Corte IDH.
3. Pese a los criterios desarrollados por la Corte IDH y la Corte Constitucional del Ecuador, en el sentido de que el control de convencionalidad debe articularse con el modelo de control constitucional vigente en el Ecuador, no es menos cierto que tal desarrollo no termina siendo suficiente para aclarar los efectos y alcances del principio de aplicación directa de los instrumentos internacionales de derechos humanos frente a un posible control difuso.

41. Ecuador Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia 1116-13-EP/20, voto concurrente”, *Caso n.º 1116-13-EP*, 18 de noviembre de 2020, párrs. 11-20.

4. La garantía efectiva de los derechos humanos de fuente convencional, la caracterización del Ecuador como Estado constitucional de derechos y justicia, así como la obligación primigenia del Ecuador de tutelar los derechos constitucionales exigen que el principio de aplicación directa de los instrumentos internacionales de derechos humanos termine por convertirse en un principio con utilidad real y práctica.
5. En razón del principio de supremacía constitucional; en función de la fuerza normativa de la Constitución; en atención al objeto y fin que orienta el control de convencionalidad; y tomando en consideración que el principio de aplicación directa de la Constitución debe tener un efecto útil; se considera que las autoridades administrativas y judiciales en el Ecuador, ante la disyuntiva de aplicar o no aplicar una norma contenida en un instrumento internacional de derechos humanos, cuando esto implique desatender una norma subconstitucional, deberían decantarse por la primera opción. Es decir, estarían habilitadas para aplicar de manera directa una norma contenida en un instrumento internacional, aunque esto implique la inobservancia de la norma subconstitucional.
6. Frente a la problemática planteada corresponde a la Corte Constitucional emitir criterios claros y unívocos que permitan solventar, de una vez por todas, la controversia que supone aplicar de manera directa una norma contenida en un instrumento internacional de derechos humanos en perjuicio de una norma legal.

BIBLIOGRAFÍA

- Aguirre Castro, Pamela. “Consulta de norma: garantía de la tutela judicial efectiva”. En *Manual de justicia constitucional ecuatoriana*, coordinado por Jorge Benavides y Jhoel Escudero, 294-317. Quito: CEDEC, 2013.
- . “El control de convencionalidad y sus desafíos en el Ecuador”. *Revista IIDH*, vol. 64 (Quito).
- Amaya, Jorge. *Control de Constitucionalidad*. Buenos Aires: Astrea, 2017.
- Bazán, Víctor. “El control de constitucionalidad, incógnita, desafíos y perspectivas”. Acceso el 25 de diciembre de 2021. <https://bit.ly/3rjzvlu>.
- Carbonell, Miguel. “Introducción general al control de convencionalidad”. *Biblioteca jurídica virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*. Acceso el 23 de diciembre de 2021. <https://bit.ly/3fmiOXy>.
- Concha, Benjamín. *Calumnias e Injurias Vertidas en Juicio*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1969.
- Córdova, Paúl. *Derecho Procesal Constitucional*. Quito: CEP, 2016.

- Corte IDH. “Sentencia de 26 de septiembre de 2006 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”. *Caso Almonacid Arellano vs. Chile*. 26 de septiembre de 2006. <https://bit.ly/3rje61Z>.
- “Sentencia de 24 de febrero de 2011 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”. *Caso Gelman vs. Uruguay*. 24 de febrero de 2011. <https://bit.ly/3tpFRsp>.
 - “Sentencia de 24 de noviembre de 2006 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*. 24 de noviembre de 2006. <https://bit.ly/3tkpFc6>.
 - “Sentencia de 25 de noviembre de 2003 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas) voto concurrente”. *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*. 25 de noviembre de 2003. <https://bit.ly/3GxMnkD>.
 - “Sentencia de 4 de septiembre de 2012 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)”. *Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala*. 4 de septiembre de 2012. <https://bit.ly/3nluTk8>.
- Ecuador Corte Constitucional. “Sentencia 11-18-CN/19, resolución de mayoría”. *Caso n.º 11-18-CN*. 12 de junio de 2019. <https://bit.ly/33pCM0V>.
- “Sentencia 10-18-CN/19, resolución de mayoría”. *Caso n.º 10-18-CN*. 12 de junio de 2019. <https://bit.ly/3IbuuJ1>.
 - “Sentencia 1116-13-EP/20, voto concurrente”. *Caso n.º 1116-13-EP*. 18 de noviembre de 2020. <https://bit.ly/33iUD9T>.
 - Sentencia 1116-13-EP/20, voto salvado”. *Caso n.º 1116-13-EP*. 18 de noviembre de 2020. <https://bit.ly/3fo7MRq>.
 - “Sentencia n.º 003-14-SIN-CC”. *Caso n.º 014-13-IN y acumulados*. 17 de septiembre de 2014. <https://bit.ly/3Kpn0nJ>.
- Gómez, Juan. “La implementación del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho interno: Una tarea pendiente”. *Biblioteca jurídica virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*. Acceso el 19 de diciembre de 2021. <https://bit.ly/3qpQGZD>.
- Grijalva, Agustín. *Constitucionalismo en Ecuador*. Quito: CEDEC, 2012.
- Guerrero, Juan. “Aproximación al control abstracto en el Ecuador. La acción de inconstitucionalidad”. En *Apuntes de Derecho Procesal Constitucional*, editado por Juan Montaña Pinto, 101-42. Quito: CEDEC, 2012.
- Henderson, Humberto. “Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio pro homine”. *Revista IIDH*, vol. 39. Acceso el 23 de diciembre de 2021. <https://bit.ly/3HZWxul>.
- López, Carlos. “Mutaciones constitucionales: nuevo rol de la interpretación constitucional”. En *El nuevo constitucionalismo en América Latina*, 80-92. Quito: Corte Constitucional del Ecuador para el Período de Transición, 2010.
- Montaña, Juan. “La interpretación constitucional, variaciones de un tema inconcluso”. En *Apuntes de Derecho Procesal Constitucional*, editado por Juan Montaña Pinto, 21-61. Quito: CEDEC, 2012.

- Nash, Claudio. “Breve introducción al control de convencionalidad”. *Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, n.º 7. *Control de Convencionalidad*. Acceso el 29 de diciembre de 2021. <https://bit.ly/3GsAJHS>.
- Oyarte, Rafael. *Derecho Constitucional*, 3.ª ed. Quito: CEP, 2019.
- . *La Supremacía Constitucional*. Quito: Fundación Konrad Adenauer, 1999.
- Patajalo, Robinson. *El control de constitucionalidad en Ecuador. Defensa de un control mixto*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2020.
- Prieto, Luis. “Supremacía, rigidez y garantía de la Constitución”. En *Control Constitucional y Activismo*, editado por Herbel Joel Campos Bernal. Lima: Ara editores, 2012.
- Romero Larco, Johanna. “Control Concreto de Constitucionalidad”. En *Apuntes de Derecho Procesal Constitucional*, editado por Juan Montaña Pinto, 181-209. Quito: CEDEC, 2012.
- Sagués, Néstor. *Elementos de Derecho Constitucional*, tomo I. Buenos Aires: Astrea, 1999.
- Suárez, Ingrid. *Control de Convencionalidad y autoprocedente interamericano*. Bogotá: Universidad de la Sabana, 2015.
- Vigo, Rodolfo. *Interpretación Constitucional*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

El control constitucional en el Ecuador. Una aproximación teórica y filosófica

*Constitutional Control in Ecuador.
A Theoretical and Philosophical Approach*

Roberto Gómez Villavicencio

Universidad de Guayaquil

Guayaquil, Ecuador

roberto.gomezv@ug.edu.ec

ORCID: 0000-0002-8882-6899

Artículo de investigación

DOI: <https://doi.org/10.32719/26312484.2022.38.6>

Fecha de recepción: 28 de diciembre de 2021

Fecha de revisión: 6 de marzo de 2022

Fecha de aceptación: 17 de marzo de 2022

Fecha de publicación: 4 de julio de 2022

Licencia Creative Commons



RESUMEN

El control de constitucionalidad es fundamental en el Estado constitucional. Tanto el control concreto de las normas infraconstitucionales ventiladas en un proceso judicial en particular como el control abstracto de todo el ordenamiento jurídico son esenciales a dicho modelo de Estado. Por ello, este trabajo tiene por objeto general abordar el control de constitucionalidad en el Ecuador, el Estado constitucional de derechos y justicia, desde la teoría y la filosofía del Derecho, sin pretender agotar tal enfoque, tarea ni posible ni deseable. Así pues, ¿qué es el control de constitucionalidad?, ¿cuál es su sustento teórico?, ¿cuáles sus antecedentes filosóficos e históricos?, ¿de qué modos se lo realiza?, ¿qué crítica se ha hecho a este respecto? son preguntas que el presente ensayo procura contestar partiendo de ideas generales y arribando a la normativa vigente. En tal sentido, el artículo revisa la noción teórica de validez de las normas, las concepciones iusnaturalista y positivista del Derecho y el surgimiento histórico del Estado constitucional; y además, ya más específicamente, los sistemas de control de constitucionalidad y los modos en que el mismo se lleva a cabo en el Estado ecuatoriano. Adicionalmente, el texto repasa una conocida crítica al neoconstitucionalismo y deja abierta la cuestión acerca de la necesidad de una convergencia de concepciones jurídicas antagónicas.

PALABRAS CLAVE: validez normativa, control constitucional, estado constitucional, concepciones del Derecho, iuspositivismo, iusnaturalismo, neoconstitucionalismo, Ecuador

ABSTRACT

The constitutional control is the basis of the constitutional state, whether it is reviewing concrete regulations in a judicial process or as an abstract review of the legislation. Therefore, the purpose of this essay is to approach constitutional control in Ecuador from a theoretical and philosophical point of view, without intending to exhaust such an approach, task neither possible nor desirable. With this in mind, What is constitutional control? What is its theoretical support? What is its philosophical and historical background? How is it done? What criticism has been made in this regard? are the questions that this article seeks to answer based on general ideas and arriving at concrete current legislation. Given these points, it reviews the theoretical notion of the validity of norms, the conceptions of iusnaturalism and legal positivism, the historical emergence of the constitutional state; and also, more specifically, the systems of constitutional control and how it is done in the Ecuadorian state. In addition, the text goes over a well-known critique of neo-constitutionalism and leaves open the question about the need for a convergence of antagonistic legal conceptions.

KEYWORDS: normative validity, constitutional control, constitutional state, conceptions of law, legal positivism, iusnaturalism, neo-constitutionalism, Ecuador.

FORO

INTRODUCCIÓN

Una de las características esenciales de todo Estado constitucional es la supremacía de la Constitución. De ahí la necesidad de un control que la garantice, esto es, que impida que el resto de normas del ordenamiento contravengan la norma suprema, en desmedro de tal supremacía y —por ende— del propio Estado constitucional.

Ahora bien, hablar de control de constitucionalidad implica necesariamente hablar de validez de las normas. Y es que el control de constitucionalidad es el mecanismo por el cual se procura neutralizar toda norma carente de validez, en este contexto toda norma contraria a la Constitución, mecanismo que surge de la propia lógica de un ordenamiento jurídico constitucionalizado.

Es también una de las dos garantías que la Constitución se da a sí misma para asegurar su calidad de norma suprema, inviolable por parte de las leyes. La otra garantía es su rigidez, en cuya virtud no puede ser modificada sino mediante un procedimiento mucho más complejo que el requerido para la reforma de las leyes.

Por una parte, la rigidez brinda a la Constitución estabilidad a largo plazo, impidiendo su fácil reforma; por otra, el control de constitucionalidad le garantiza estabilidad en el día a día, neutralizando normas inválidas que, de aplicarse en casos concretos, harían de su supremacía tabla rasa.¹

Así pues, el presente trabajo procura abordar el control constitucional en el Ecuador con una aproximación teórica y filosófica, revisando para ello la noción de validez normativa, las concepciones iusnaturalista y positivista del Derecho, el surgimiento histórico del Estado constitucional, los sistemas de control de constitucionalidad y cómo este se lleva a cabo en el Ecuador. Adicionalmente, el texto repasa una conocida crítica al neoconstitucionalismo y deja abierta la interrogante acerca de la necesidad de una convergencia de concepciones jurídicas antagónicas.

SUSTENTO TEÓRICO

VALIDEZ DE LAS NORMAS

El término validez en el Derecho es ambiguo.² Sin embargo, desde un punto de vista descriptivo puede decirse que la validez de las normas jurídicas implica su conformidad con las metanormas que ordenan su expedición y contenido. Metanormas en

1. Javier Pérez Royo, *Curso de derecho constitucional* (Madrid: Marcial Pons, 2007), 133.

2. Victoria Iturralde, *Sistema jurídico, validez y razonamiento judicial* (Lima: ARA, 2010), 119-23.

este contexto son las normas superiores, siendo el ejemplo más claro el de las normas constitucionales —supremas estas— de las cuales derivan todas las demás del ordenamiento jurídico. En este sentido, son válidas las normas que son conformes a las metanormas en las que se fundamentan.³

La validez puede ser formal o material. Se habla de validez formal cuando la conformidad de las normas se da respecto de las metanormas que regulan su producción. Se hace referencia en este caso a las metanormas que ordenan tanto las competencias para la expedición de normas como el procedimiento para ello. La validez material es la conformidad de las normas con el contenido material de las metanormas que las sustentan.

Así pues, una norma legal es formalmente válida cuando ha sido expedida por el órgano constitucionalmente competente y siguiendo el procedimiento establecido para ello en la Constitución; y materialmente válida cuando coincide con el contenido material de la norma suprema, o no lo contraviene. Por el contrario, las normas que no han sido expedidas conforme a la Constitución o contravienen su contenido material carecen de validez.

Ahora bien, es necesario distinguir el concepto de norma del de disposición, pues “Una disposición es un fragmento de texto: un enunciado normativo promulgado por una autoridad normativa. [...] Una norma es el significado, el contenido de sentido (el *Sinngehalt*) de una disposición y, por lo tanto, el sentido de la interpretación de un texto”.⁴

Esta distinción es de vital importancia a la hora de hablar de juicios de validez material, pues una disposición puede contener varias normas, de las cuales unas pueden ser materialmente válidas y otras no, pudiéndose —y debiéndose declarar así al momento de efectuarse el correspondiente control de constitucionalidad—.

Por otra parte, también es importante distinguir disposición y norma de acto normativo, que es el acto de producción, cuya validez o invalidez será siempre formal, y a su vez determinará la validez o invalidez formal de las disposiciones y normas que produce.

LA VALIDEZ DE LA CONSTITUCIÓN

¿Qué decir acerca de las metanormas supremas?, ¿dónde fundan su validez?; o, más específicamente, ¿dónde funda su validez la Constitución?

3. Riccardo Guastini, *Interpretación, Estado y Constitución* (Lima: ARA, 2012), 33.

4. *Ibid.*, 42.

Las respuestas a tales interrogantes, que podrán ser no solo descriptivas sino también prescriptivas, estarán determinadas por la concepción del Derecho que se tenga, esto es el conjunto de ideas más o menos articuladas acerca de aspectos básicos del Derecho, tales como sus componentes, su validez, su relación con la moral, su relación con el poder, sus funciones, sus fines, su interpretación, su conocimiento, etc. En el siglo XX, y en Occidente, puede encontrarse tres conjuntos de concepciones centrales: el positivismo normativista, el realismo y el iusnaturalismo; y dos de concepciones periféricas: el formalismo jurídico y las concepciones escépticas del Derecho.⁵ Cabe aclarar, no obstante, que hablar de concepciones del Derecho así de una manera esquemática conlleva siempre el riesgo de simplificar indebidamente las cosas.

Sin embargo, y solo a manera de ejercicio especulativo, podríamos afirmar que, si se adoptara una concepción iusnaturalista del Derecho, se diría que la Constitución funda su validez en el Derecho natural, en una noción de justicia incuestionable más allá de las normas positivas. Por el contrario, si se tuviera una concepción positivista del Derecho, se afirmaría que la Constitución, como norma positiva suprema, se basta a sí misma, siendo ocioso validarla. Esta última posición es por ejemplo la de Guastini, para quien es una necesidad lógica renunciar a la validación de la Constitución. Para él, quienes buscan validar la Constitución en una noción aún superior y ya incuestionable confunden validez con existencia, pues no admiten que una norma desprovista de cualquier fundamento de validez pueda existir. Al respecto cuestiona:

si necesariamente debe existir una norma ni válida ni inválida, ¿por qué no admitir que esta no sea ya una norma “presupuesta”, sino, simplemente, una norma “puesta”, es decir, positiva? En otras palabras ¿por qué no admitir que norma suprema del ordenamiento sea la misma Constitución [...]? ¿Por qué buscar un fundamento de validez en la Constitución, al precio de escapar del derecho positivo, en una norma ulterior no positiva precisamente ni válida ni inválida, en vez de admitir, simplemente, que la Constitución misma sea ni válida ni inválida?⁶

Este enfoque positivista diferiría del de Kelsen en que, para este, su famosa norma fundamental es supuesta, más concretamente un presupuesto gnoseológico.⁷

5. Manuel Atienza, *Ideas para una filosofía del derecho. Una propuesta para el mundo latino* (Lima: Universidad Inca Garcilaso de la Vega, 2008), 167.

6. Guastini, *Interpretación, Estado y Constitución*, 35.

7. Carlos Santiago Nino, *Derecho, moral y política*, vol. 1 (Buenos Aires: Gedisa, 2007), 228-38.

ANTECEDENTES FILOSÓFICOS E HISTÓRICOS

UN REPASO BREVE DEL IUSNATURALISMO Y EL POSITIVISMO JURÍDICO

El iusnaturalismo o escuela del Derecho natural es una doctrina acerca de la moral y acerca del Derecho. Como doctrina de la moral, afirma la existencia de ciertos principios de justicia universalmente válidos y cognoscibles; y, como doctrina acerca del Derecho, sostiene que existe una relación de dependencia entre el Derecho y dichos principios de justicia.⁸

Así pues, todo iusnaturalismo presupone un cognoscitivismo o descriptivismo moral. Las teorías descriptivistas en materia de metaética sostienen “que los juicios de valor constituyen enunciados descriptivos de alguna clase de hechos. En consecuencia, afirman que tales juicios, y también los términos éticos que aparecen en ellos, tienen significado cognoscitivo. Tiene sentido, por lo tanto, atribuir verdad o falsedad a un juicio moral y, en principio, tales juicios pueden ser justificados racionalmente”.⁹

El problema es que, desde una perspectiva histórica, la concepción iusnaturalista no ha sido siempre la misma. Por ejemplo, ha sido considerada iusnaturalista tanto una doctrina basada en una moral religiosa, como una basada en una moral racional.

Esta última concepción es la del llamado Derecho natural racionalista, que marca distancia de la teología y pretende sustentarse en la mera razón, como las matemáticas. De ahí que Hugo Grocio sostuviera que “El Derecho natural es inmutable, hasta el punto de que no puede ser modificado ni siquiera por Dios [...] Como ni Dios puede hacer que dos más dos no sean cuatro, del mismo modo no puede hacer que lo que por intrínseca esencia es malo no sea malo”.¹⁰

En la otra orilla está el positivismo jurídico, al que desde la tradición hartiana le son atribuidas al menos las tres siguientes tesis:

- a) La tesis de las fuentes sociales. El Derecho surge de hechos sociales, de manera que puede definirse a partir de la identificación de tales hechos. Es decir que se trata de una tesis de convencionalidad.
- b) La tesis de la separación. No hay una conexión conceptual entre el Derecho y la moral, de manera que esta no determina la validez de aquel.

8. Luis Prieto Sanchís, *Apuntes de teoría del derecho* (Madrid: Trotta, 2016), 301.

9. Carlos Santiago Nino, *Introducción al análisis del derecho* (Barcelona: Ariel, 2003), 355.

10. Guido Fassò, *Historia de la filosofía del derecho* (Madrid: Pirámide, 1981), 72.

c) La tesis de la discrecionalidad. Cuando el Derecho no brinda una solución a un determinado problema, y esto se da porque no puede prever todos los comportamientos humanos o por la textura abierta del lenguaje, los jueces tienen discrecionalidad para resolverlo.¹¹

Por otra parte, y como explica detalladamente Luis Prieto Sanchís, es conocida también la distinción entre positivismo metodológico, ideológico y teórico.

El positivismo metodológico predica básicamente la neutralidad en el conocimiento del Derecho, es decir que puede conocerse el Derecho como es independientemente de cómo debería ser. Como consecuencia de esta neutralidad, predica también que el Derecho es un hecho social íntimamente relacionado con la fuerza, y la separación conceptual entre el Derecho y la moral.

El positivismo ideológico propugna esencialmente que existe una obligación moral de obediencia al Derecho.

El positivismo teórico plantea una teoría en la que el ordenamiento jurídico es un sistema centrado en la ley como principal fuente de derecho y en el que las normas se interpretan subsuntivamente.¹²

Ahora bien, dentro del positivismo jurídico pueden identificarse dos vertientes: el positivismo excluyente y el positivismo incluyente, diferenciándose en sus enfoques de las antes mencionadas tesis iuspositivistas.

Respecto de la tesis de las fuentes sociales, para los positivistas excluyentes la definición del Derecho depende solo de la identificación de los hechos sociales que son su fuente y no de criterios morales; mientras que para los positivistas incluyentes los hechos sociales que permiten definir al Derecho podrían contingentemente implicar consideraciones morales.

Respecto de la tesis de la separación, para los positivistas excluyentes debe necesariamente haber una separación conceptual entre el Derecho y la moral, esto es que es imposible que la validez del Derecho dependa de la moral; mientras que para los positivistas incluyentes, aun partiendo de la propia tesis de la separación, es posible que haya casos en los que el Derecho sí dependa de la moral, contingentemente, cuando así lo establezca la correspondiente regla de reconocimiento. “De acuerdo con Hart, la existencia de dicha regla depende de ciertas prácticas sociales y, en ese sentido, su existencia es una cuestión de hecho”.¹³

11. Claudina Ornesu, *Positivismo jurídico y sistemas constitucionales* (Madrid: Marcial Pons, 2012), 214.

12. Luis Prieto Sanchís, *Constitucionalismo y positivismo* (Ciudad de México: Fontamara, 1999).

13. Ornesu, *Positivismo jurídico y sistemas constitucionales*, 221.

Finalmente, y respecto de la tesis de la discrecionalidad, para los positivistas excluyentes, cuando el Derecho apela a la moral, los jueces necesariamente tienen discrecionalidad; mientras que, para los incluyentes, cuando el Derecho recurre a consideraciones morales en algunos casos, y precisamente por eso, los jueces no tienen discrecionalidad. Claro que entonces debería tratarse de una moral objetiva y no social, pues de lo contrario el positivismo incluyente no se distinguiría en realidad del excluyente.¹⁴

A propósito de esto último, vale señalar que el positivismo incluyente ha sido acusado de inconsistencia teórica; pues, o es indistinguible del excluyente o no es propiamente un positivismo convencionalista, aunque tal inconsistencia podría eventualmente descartarse con una revisión de la tesis de la convencionalidad.¹⁵

También se habla del no positivismo inclusivo, según el cual “la deficiencia moral de una norma no es impedimento para su juridicidad, salvo que traspase cierto umbral de injusticia extrema”.¹⁶

DEL ESTADO LEGAL AL ESTADO CONSTITUCIONAL

Las antedichas concepciones del Derecho, iusnaturalismo y positivismo jurídico incidieron en la evolución de la teoría del Estado y viceversa. A este respecto, Ferrajoli distingue el modelo paleo-iuspositivista de Estado de Derecho, al que llama Estado legal, y que surgió tras la Revolución francesa con el monopolio parlamentario de la producción normativa, del modelo neo-iuspositivista de estado de Derecho, al que llama Estado constitucional, producto de la segunda postguerra y caracterizado por la presencia de constituciones rígidas y control constitucional de las leyes.¹⁷ Ramiro Ávila Santamaría habla asimismo de Estado legislativo y Estado constitucional, agregando el antecedente del Estado absoluto, anterior a la Revolución francesa.¹⁸

Tanto el modelo de Estado legal como el de Estado constitucional serían producto de las ideas positivistas (de ahí las denominaciones que da el profesor italiano de esta-

14. Claudina Orunesu, Pablo M. Perot y Jorge Luis Rodríguez, *Estudios sobre la interpretación dinámica de los sistemas constitucionales* (Ciudad de México: Fontamara, 2005), 82-90.

15. Claudina Orunesu, “Sobre la inconsistencia teórica del positivismo incluyente”, *Análisis Filosófico* [en línea], n.º XXVII (1) (2007): 23-46. <https://bit.ly/3Fwi7FA>.

16. Ricardo Guibourg, *Saber derecho* (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2013), 56.

17. Luigi Ferrajoli, “Pasado y futuro del Estado de derecho”, en *Neoconstitucionalismo(s)*, ed. Miguel Carbonell (Madrid: Trotta, 2003), 13-29.

18. Ramiro Ávila Santamaría, “Ecuador Estado constitucional de derechos y justicia”, en *La Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis desde la doctrina y el derecho comparado*, ed. Ramiro Ávila Santamaría (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008), 19-38.

do paleo y neo iuspositivista respectivamente), no así el Estado absoluto, coincidente históricamente con las ideas iusnaturalistas.

Estos modelos de Estado se diferencian claramente en al menos los siguientes aspectos: la naturaleza y estructura del Derecho, la naturaleza de la ciencia jurídica y la jurisdicción.¹⁹ Veámoslo en seguida.

ESTADO ABSOLUTO

En el Estado absoluto la existencia y validez de las normas no manaba de una fuente centralizada sino de una pluralidad de fuentes: el imperio, la corona, la iglesia, el cabildo, etc., y el desarrollo del Derecho era fundamentalmente doctrinario y jurisprudencial, sobre la base de la pretensión de verdad y racionalidad. Así, “*Veritas non auctoritas facit legem* es la fórmula, opuesta a la sostenida por Hobbes [...], con la cual puede expresarse el fundamento iusnaturalista de la validez del derecho premoderno”.²⁰

La ciencia del Derecho era normativa y no cognoscitiva, pues su objeto no era un determinado Derecho positivo, sino la tradición de las interpretaciones de los sabios y doctores, de manera que no había propiamente una separación entre tal ciencia y tal objeto.

La jurisdicción era arbitraria pues no había un procedimiento preestablecido y cognoscible.

ESTADO LEGAL

En el Estado legal la existencia y validez de las normas sí proviene de una fuente monopolizadora de la producción normativa, que es el Estado, y más específicamente el poder legislativo, pues el Estado moderno se construye sobre el principio de legalidad, eminentemente positivista. Así, “*Auctoritas non veritas facit legem* [...] es el principio convencional del positivismo jurídico recogido por Hobbes [...], como alternativa a la fórmula contraria que expresa el principio opuesto, ético-cognoscitivo, del iusnaturalismo”.²¹

Surge una ciencia del Derecho cognoscitiva, pues su objeto es el Derecho “puesto”, o sea el Derecho positivo. Tal ciencia y tal objeto son autónomos.

19. Ferrajoli, “Pasado y futuro del Estado de derecho”, 13-29.

20. *Ibid.*

21. *Ibid.*

La jurisdicción por su parte pasa a ser también cognoscitiva y a sujetarse estrictamente al principio de legalidad, no a la tradición, cabiendo respecto de esto la divisa “*Veritas non auctoritas facit iudicium*”.²²

ESTADO CONSTITUCIONAL

Finalmente en el Estado constitucional la vigencia de las leyes no garantiza su validez, pues esta depende de su conformidad no solo formal sino también material con la constitución, norma suprema y rígida. En efecto, puede haber una norma vigente e inválida por no haberse expedido mediante el procedimiento previsto por la Constitución; y también una vigente y válida formalmente, pero inválida materialmente por vulnerar derechos reconocidos en la Constitución.

La ciencia del Derecho se mantiene cognoscitiva pero la eventual divergencia entre la ley y la constitución la vuelve ya no solo explicativa de su objeto, el Derecho positivo, sino también crítica y proyectiva, a partir de los principios y valores recogidos por la constitución.

La jurisdicción, si bien es cierto que sigue sujeta al principio de legalidad, no es menos cierto que está llamada a juzgar la validez de la ley, pues si esta es inválida no es aplicable.

Y es aquí precisamente donde se hace necesario el control de constitucionalidad en sus diferentes modalidades.

SISTEMAS DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

Néstor Pedro Sagüés propone una detallada clasificación de los diferentes sistemas de control de constitucionalidad existentes, y lo hace a base de criterios tales como la admisión, el órgano de control competente, el procedimiento, el radio de acción y el efecto. Para los objetivos de esta sección tiene especial interés la clasificación que hace en función del órgano de control, dentro de la que encontramos el control de constitucionalidad judicial y, dentro de este, los sistemas de control difuso, concentrado y mixto.²³

22. *Ibid.*

23. Néstor Sagüés, *Teoría de la Constitución* (Buenos Aires: Astrea, 2001), 439.

EL SISTEMA ESTADOUNIDENSE

El sistema americano, estadounidense o de control de constitucionalidad difuso consiste en que el control de constitucionalidad se lleva a cabo por todos los jueces que administran justicia en los casos concretos sometidos a su jurisdicción, y no por un órgano centralizado. Se efectúa por vía incidental, esto es como un incidente dentro de un determinado proceso, y con efectos *inter partes*, no *erga omnes*. Tanto es esto así que no se expulsa del ordenamiento jurídico a la norma declarada inconstitucional.

Es por vía jurisprudencial, y concretamente a partir del mundialmente famoso fallo del caso *Marbury versus Madison*, dictado por la Corte Suprema de los Estados Unidos de América en 1803, que termina definiéndose este tipo de control de constitucionalidad posterior o represivo, que se da luego de la promulgación de las leyes.

Así pues, con el fallo de *Marbury versus Madison* terminaría imponiéndose lo que en tiempos constituyentes se había manifestado en *El Federalista* (LXXXVIII), esto es:

La independencia absoluta de los tribunales de justicia es particularmente esencial bajo una Constitución limitada, es decir, una que impone ciertas restricciones concretas a la autoridad legislativa, como la de no legislar decretos de proscripción, leyes *ex post facto*, y demás. En la práctica este tipo de limitaciones solo se mantienen por medio de tribunales de justicia que declaran como nulo cualquier acto contrario al sentido expreso de la Constitución. Sin este mecanismo resultará fútil toda defensa de derechos o privilegios individuales.²⁴

EL SISTEMA AUSTRIACO

En el sistema austriaco o de control de constitucionalidad concentrado un ente centralizado y especializado, ajeno a los tres poderes tradicionales del Estado, aunque con fisonomía judicial, lleva a cabo el control de constitucionalidad. Se conoce a este sistema como austriaco por haberse establecido por primera vez en la Constitución austriaca de 1920, aunque terminó imponiéndose en muchos países de Europa continental, como por ejemplo Alemania, Italia y España, y en la mayoría de los de América Latina.

Este tipo de control se efectúa normalmente a instancia de parte, siendo los efectos de los correspondientes fallos *erga omnes*, pues la norma encontrada inconstitucional es expulsada del ordenamiento jurídico.

24. Alexander Hamilton, James Madison y John Jay, *El Federalista* (Madrid: Akal, 2015), 550.

A diferencia del control de constitucionalidad estadounidense, que podemos decir surgió de forma “natural” (la Constitución de los Estados Unidos nada estableció ni establece al respecto), el control concentrado es más bien una creación artificial, el producto de una decisión política expresa. En efecto, es la voluntad del constituyente la que expresamente crea un órgano de control de constitucionalidad, llámese Tribunal Constitucional, Corte Constitucional o de otra forma equivalente, esencialmente separado de los poderes ejecutivo, legislativo y judicial.²⁵

EL CONTROL CONSTITUCIONAL MIXTO

Como su nombre lo indica, se trata de una especie de mixtura o convergencia entre el control de constitucionalidad estadounidense o difuso y el austriaco o concentrado. Se da cuando, además de establecerse un órgano centralizado y especializado en el control de constitucionalidad (sistema austriaco), se autoriza a cualquier juez ordinario a desaplicar las normas contrarias a la Constitución (sistema americano). Como puntualiza Sagüés:

cuando el control de constitucionalidad es compartido entre un tribunal constitucional (habitualmente órgano extrapoder) y el poder judicial, la fórmula de coexistencia usual es asignar al primero el conocimiento de ciertas acciones de declaración de inconstitucionalidad (o de constitucionalidad), para las que tienen legitimación activa solo determinados sujetos, y con efectos *erga omnes*, mientras que la judicatura clásica opera en los demás procesos constitucionales, y con efectos para el caso concreto. De haber diferencias de criterio entre el tribunal constitucional y la judicatura, generalmente prevalece el primero.²⁶

EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN EL ECUADOR

Como señalamos anteriormente, hay varios criterios de clasificación de los tipos de control de constitucionalidad. Como Sagüés, el constitucionalista ecuatoriano Rafael Oyarte también cita algunos. Por ejemplo, además del criterio del órgano que efectúa el control, que puede ser o no judicial, está el criterio de la relación o ausencia de la misma del control con un determinado proceso judicial. Entonces, si el control se efectúa respecto de normas relevantes para la decisión de un juicio en particular se llama concreto, y si se realiza sin tal relación se llama abstracto. El control concreto

25. Pérez Royo, *Curso de derecho constitucional*, 138.

26. Sagüés, *Teoría de la Constitución*, 454.

se lleva a cabo por vía de excepción mientras que el abstracto por lo general por vía de acción (no en los casos en que este debe realizarse de oficio u obligatoriamente por el órgano competente). Por otra parte, también puede usarse los criterios de prevención y represión, en cuyo caso el control puede ser *ex ante* (anterior a la vigencia del acto controlado) o *ex post facto* (posterior a la vigencia del acto controlado). Además está el criterio de los efectos de las sentencias de control, tanto temporales como en relación con sus destinatarios, pudiendo éstos ser respectivamente *ex nunc* (para futuro), *ex tunc* (retroactivo) o *vacatio sententiae* (diferido); y *erga omnes* o *inter partes*.²⁷

CONTROL CONCRETO

“El control concreto tiene como finalidad garantizar la constitucionalidad de la aplicación de las disposiciones jurídicas dentro de los procesos judiciales”.²⁸ Se trata de un control represivo, esto es *ex post facto*, pues se realiza luego de que la norma ha entrado en vigencia. La Constitución de la República establece:

Quando una jueza o juez, de oficio o a petición de parte, considere que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución, suspenderá la tramitación de la causa y remitirá en consulta el expediente a la Corte Constitucional, que en un plazo no mayor a cuarenta y cinco días, resolverá sobre la constitucionalidad de la norma.²⁹

A partir de esta disposición constitucional se infiere que el control constitucional concreto de las normas se lleva a cabo de forma concentrada, esto es por parte de un órgano central y especializado, cual es la Corte Constitucional. El juez de la causa no puede pronunciarse sobre la pretendida inconstitucionalidad de la norma invocada en el proceso, sino que debe formular la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad a la Corte Constitucional para que esta lo haga.

Ahora bien, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional dispone:

Procedimiento. Las juezas y jueces, las autoridades administrativas y servidoras y servidores de la Función Judicial aplicarán las disposiciones constitucionales, sin necesidad que se

27. Rafael Oyarte, *Derecho constitucional ecuatoriano y comparado* (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2014), 946-63.

28. Ecuador, *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*, Registro Oficial 52, Segundo Suplemento, 22 de octubre de 2009, art. 141.

29. Ecuador, *Constitución de la República*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 428.

encuentren desarrolladas en otras normas de menor jerarquía. En las decisiones no se podrá restringir, menoscabar o inobservar su contenido.

En consecuencia, cualquier jueza o juez, de oficio o a petición de parte, solo si tiene duda razonable y motivada de que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución, suspenderá la tramitación de la causa y remitirá en consulta el expediente a la Corte Constitucional, la que en un plazo no mayor a cuarenta y cinco días resolverá sobre la constitucionalidad de la norma.³⁰

Como se observa, lo dispuesto en el segundo inciso segundo parecería apartarse de lo establecido con respecto al control concreto de constitucionalidad por la Constitución. En efecto, según la Carta Magna, siempre que un juez considere que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables debe suspender la tramitación de la causa y remitir en consulta el expediente a la Corte Constitucional; en cambio, conforme a la citada disposición legal, solo si tiene duda razonable y motivada de que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables, el juez debe suspender la tramitación de la causa y remitir en consulta el expediente a la Corte Constitucional.

En realidad se trata solo de una contradicción aparente, pues la expresión “solo si tiene duda razonable y motivada” busca simplemente evitar que los jueces distraigan a la Corte Constitucional con consultas carentes de motivación, pero no introducir una suerte de control de constitucionalidad concreto difuso, contrario a lo dispuesto en la Constitución, que establece diáfanoamente un sistema de control de constitucionalidad concreto concentrado. Así lo ha aclarado la propia Corte en los siguientes términos:

Bajo ningún concepto, ante la certeza de inconstitucionalidad de una disposición normativa, un juez podría inaplicarla directamente dentro del caso concreto, pues siempre debe, necesariamente, elevar la consulta ante la Corte [...] Por otra parte, de conformidad con lo previsto en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en su artículo 142, el juez ordinario planteará la consulta “solo si tiene duda razonable y motivada [...]”. Esto quiere decir que el juez, en el conocimiento de un caso concreto, suspenderá el proceso jurisdiccional cuando advierta que una norma es o puede ser inconstitucional; no obstante, para elevar la consulta a la Corte Constitucional [...] debe ser motivada y justificar claramente que no existe posibilidad de recurrir a una interpretación conforme del enunciado normativo a la luz de lo dispuesto en la Constitución.³¹

30. Ecuador, *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*, art. 142.

31. Ecuador, Corte Constitucional, “Sentencia n.º 001-13-SCN-CC”, *Caso 0535-12-CN*, 6 de febrero de 2013.

En síntesis, la Constitución establece un sistema de control de constitucionalidad concreto concentrado, por el que los jueces deben siempre consultar a la Corte Constitucional, claro está de forma razonable y motivada, acerca de la inconstitucionalidad de una norma, a menos que se trate de normas ya declaradas inconstitucionales por tal Corte, único caso en el que ya no cabrían dudas acerca de la invalidez de tales normas.

En cuanto a los efectos del control concreto de constitucionalidad, la ley establece:

1. Cuando se pronuncie sobre la compatibilidad de la disposición jurídica en cuestión con las normas constitucionales, el fallo tendrá los mismos efectos de las sentencias en el control abstracto de constitucionalidad.
2. Cuando se pronuncie únicamente sobre la constitucionalidad de la aplicación de la disposición jurídica, el fallo tendrá efectos entre las partes y para casos análogos. Para tal efecto, se deberá definir con precisión el supuesto fáctico objeto de la decisión, para que hacia el futuro las mismas hipótesis de hecho tengan la misma solución jurídica, sin perjuicio de que otras hipótesis produzcan el mismo resultado.³²

En el primer caso el efecto es de carácter *erga omnes*, como veremos en el apartado siguiente; mientras que en el segundo, primordialmente *inter partes*.

No obstante lo dicho, la Corte, mediante la sentencia 11-18-CN/19, de 12 de junio de 2019, por la que reconoció el derecho al matrimonio entre parejas del mismo sexo sobre la base de la Opinión Consultiva OC24/17, expedida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 24 de noviembre de 2017, señaló en el párrafo 290:

El juez y la jueza sí tienen competencias para realizar control de constitucionalidad y de convencionalidad, como cualquier otra autoridad pública en el ámbito de sus competencias. La Corte Constitucional es el máximo intérprete de la Constitución y sus interpretaciones tienen el carácter de precedente, que son normas jurídicas que tienen alcance general, abstracto y obligatorio, pero no puede ni debe ser considerado el único intérprete. Con relación a si un juez o jueza prevarica por inobservar una norma que considera inconstitucional y aplicar la Constitución, los operadores de justicia no prevarican.³³

Tal argumentación genera dudas de si el sistema de control concreto en el Ecuador es en efecto concentrado; sin embargo, una interpretación conforme con el artículo 428 de la Constitución y en *sindéresis* con la jurisprudencia precedente antes podrían despejarla.

32. Ecuador, *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*, art. 143.

33. Ecuador, Corte Constitucional, “Sentencia n.º 11-18-CN/19”, *Caso 11-18-CN*, 12 de junio de 2019, 60.

Así pues, podría entenderse que, si bien todos los jueces pueden y deben efectuar control de constitucionalidad y convencionalidad, tendrían que hacerlo en el ámbito de sus competencias y de acuerdo con el procedimiento respectivo, en el caso ecuatoriano mediante la cuestión de inconstitucionalidad. Esto porque que, tal como consta el párrafo 271 de la sentencia comentada, la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado a este respecto:

Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un “control de convencionalidad” entre las normas internas y los tratados de derechos humanos de los cuales es Parte el Estado, *evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes*. (Énfasis añadido)³⁴

CONTROL ABSTRACTO

“El control abstracto de constitucionalidad tiene como finalidad garantizar la unidad y coherencia del ordenamiento jurídico a través de la identificación y la eliminación de las incompatibilidades normativas, por razones de fondo o de forma, entre las normas constitucionales y las demás disposiciones que integran el sistema jurídico”.³⁵

El control abstracto compete asimismo a la Corte Constitucional y cabe mediante la acción pública de inconstitucionalidad, en cuyo caso es represivo o *ex post facto*. También procede respecto de las objeciones de inconstitucionalidad presentadas por la Presidenta o Presidente de la República en el proceso de formación de las leyes, en cuyo caso es preventivo o *ex ante*. Además cabe con relación a proyectos de reformas, enmiendas y cambios constitucionales (*ex ante*); convocatorias a referendo para reforma, enmienda y cambio constitucional (*ex ante*); decretos que declaran o que se dictan con fundamento en los estados de excepción (*ex post facto*); tratados internacionales (*ex ante*); convocatorias a consultas populares, excepto aquellas en las que se consulta la revocatoria del mandato (*ex ante*); y estatutos de autonomía y sus reformas (*ex ante*).³⁶ Cabe aclarar que la Corte también puede realizar un control posterior de las enmiendas, reformas y cambios constitucionales, pero solo si la correspondiente demanda se presenta dentro del plazo de treinta días de su entrada en vigencia.³⁷ Adi-

34. *Ibid.*, 56. Énfasis añadido.

35. *Ibid.*, art. 74.

36. *Ibid.*, art. 75.

37. *Ibid.*, art. 106.

cionalmente, es abstracto el control de constitucionalidad de normas conexas,³⁸ así como también el control de omisiones normativas.³⁹

La Ley también establece una serie de principios que rigen este tipo de control, cuales son: 1. Control integral; 2. Presunción de constitucionalidad de las disposiciones jurídicas; 3. In dubio pro legislatore; 4. Permanencia de las disposiciones del ordenamiento jurídico; 5. Interpretación conforme; 6. Declaratoria de inconstitucionalidad como último recurso; 7. Instrumentalidad de las normas y procedimientos; 8. Control constitucional de las normas derogadas; y 9. Configuración de la unidad normativa.⁴⁰

Nótese que los principios de los números 2, 3, 4 y 6 procuran el respeto de la ley como manifestación de la voluntad general, pues el ejercicio de todo poder estatal debe estar legitimado democráticamente.

La legitimación democrática de la actuación de toda autoridad reside en su respeto de la ley, que es la objetivación de la voluntad general. Es decir que en principio los actos del poder público son legítimos por respetar la voluntad de todos los ciudadanos representados en el parlamento. Si esto no fuera así se daría vía libre a la arbitrariedad y consecuentemente a la más completa inseguridad jurídica.⁴¹

De ahí la necesidad de que se presuma *a priori* la constitucionalidad de la ley, que la duda juegue a favor del legislador (*in dubio pro legislatore*), que se procure la conservación de la disposición legal y que en consecuencia su expulsión del ordenamiento jurídico sea excepcional y de *ultima ratio*.

Sobre esto la Corte Constitucional ha dicho, por ejemplo, lo siguiente:

Además, la existencia del principio “*pro legislatore*” obliga a la institución de control constitucional a adoptar la expulsión del ordenamiento jurídico como una medida excepcional y extrema, aplicable exclusivamente cuando existan circunstancias evidentes de violación de una norma constitucional; en caso de duda se estará a la aplicación del principio de buena fe de la producción normativa por parte del legislador.⁴²

Y también:

principio de “*in dubio pro legislatore*”, por medio del cual ha de entenderse que en la promulgación de una norma, el legislador ha observado las disposiciones contenidas en la

38. *Ibíd.*, art. 75.4.

39. *Ibíd.*, art. 128.

40. *Ibíd.*, art. 76.

41. Pérez Royo, *Curso de derecho constitucional*, 761.

42. Ecuador, Corte Constitucional, “Sentencia n.º 03-10-SCN-CC”, *Caso 0005-09-CN*, 25 de febrero de 2010, 10.

Constitución de la República, y en caso de duda respecto a la constitucionalidad o no de una determinada norma se concederá el beneficio de la duda a favor del legislador y, por tanto, se considerará constitucional la norma consultada.⁴³

En similar sentido se han pronunciado otras cortes de la región, como por ejemplo la Corte Constitucional colombiana⁴⁴ y el Tribunal Constitucional peruano.⁴⁵

Como vimos anteriormente, la acción pública de inconstitucionalidad es uno de los mecanismos por los que la Corte Constitucional efectúa el control abstracto de constitucionalidad, y acaso el principal desde el punto de vista democrático por estar al alcance de las personas.

En efecto, la acción pública de inconstitucionalidad puede ser propuesta por cualquiera, lo que implica un avance en materia de participación ciudadana, pues eso no era posible con la Constitución anterior la de 1998, que prácticamente la restringía a las autoridades de las tres funciones que entonces tenía el Estado y las seccionales.⁴⁶

En cuanto a los efectos de las sentencias, la Ley establece los siguientes:

1. Ninguna autoridad podrá aplicar el contenido de la disposición jurídica declarada inconstitucional por razones de fondo, mientras subsista el fundamento de la sentencia.
2. Cuando la sentencia que desecha la demanda de inconstitucionalidad ha estado precedida de control integral, no se podrán formular nuevas demandas de inconstitucionalidad contra el precepto acusado, mientras subsista el fundamento de la sentencia.
3. Cuando la sentencia no ha estado precedida de un control integral, no se podrán formular nuevas demandas de inconstitucionalidad contra el precepto acusado con fundamento en los cargos analizados en la sentencia, mientras subsista el fundamento del juicio de constitucionalidad.
4. Las sentencias producen efectos generales hacia el futuro. De manera excepcional se podrán diferir o retrotraer los efectos de las sentencias, cuando sea indispensable para preservar la fuerza normativa y superioridad jerárquica de las normas constitucionales, y la plena vigencia de los derechos constitucionales.⁴⁷

43. Ecuador, Corte Constitucional, “Sentencia n.º 07-10-SCN-CC”, *Caso 0003-10-CN*, 8 de abril de 2010, 3.

44. Colombia, Corte Constitucional, “Sentencia C-100/96”, 7 de marzo de 1996.

45. Perú, Tribunal Constitucional, “Sentencia EXP. n.º 004-2004-CC/TC”, 31 de diciembre de 2004.

46. Juan Francisco Guerrero, “Aproximación al control abstracto en Ecuador. La acción de inconstitucionalidad”, en *Apuntes de derecho procesal constitucional*, vol. 3, editado por Juan Montaña Pinto (Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición, 2012), 125.

47. Ecuador, *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*, art. 96.

Como vemos, los efectos de las sentencias de acción de inconstitucionalidad son *erga omnes* y, por regla general, *ex nunc*, pudiendo excepcionalmente ser *ex tunc* e incluso *vacatio sententiae*.

CRÍTICA DEL NEOCONSTITUCIONALISMO Y CONVERGENCIA DE CONCEPCIONES JURÍDICAS ANTAGÓNICAS

Neoconstitucionalismo es la denominación dada a una concepción contemporánea del Derecho cuyos rasgos más sobresalientes son una distinción entre principios primordiales y aplicables mediante ponderación y reglas aplicables mediante subsunción; omnipresencia de la Constitución; omnipotencia judicial y coexistencia de valores, a veces contradictorios.⁴⁸ Esta concepción puede aparecer como un retorno del iusnaturalismo. En efecto, Ramiro Ávila Santamaría señala:

Con el neoconstitucionalismo, el debate renace. Algunos autores [...] sostienen que una constitución contemporánea, al introducir principios y valores fundamentales, como los derechos humanos, conjuga el iusnaturalismo y el positivismo. Por un lado, los principios son tan ambiguos que requieren interpretación moral y, por otro, los principios están positivizados; comprender el alcance de un derecho se lo hace a través de la argumentación jurídica que debe contener debates morales sobre el alcance del derecho, y en esto el iusnaturalismo racional aporta de manera determinante; además, solo se puede argumentar moralmente sobre normas reconocidas constitucionalmente, y en esto el positivismo contribuye al reconocimiento de las normas a través de lo que ahora se conoce como validez formal o vigencia. El derecho sin moral se consideraría restrictivo y la moral sin derecho inaplicable.⁴⁹

Ahora bien, hay quienes rechazan que, a título de neoconstitucionalismo, se promueva una visión neo-iusnaturalista del Derecho, que presupondría un discutible descriptivismo moral, e incluso una suerte de imperialismo de la moral;⁵⁰ y, en consecuencia, proponen dar cuenta del fenómeno de la constitucionalización desde el mismo positivismo jurídico, como por ejemplo lo hacen Comanducci y Ferrajoli.⁵¹

48. Luis Prieto Sanchís, “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”, en *Neoconstitucionalismo(s)*, ed. Miguel Carbonell (Madrid: Trotta, 2003), 131.

49. Ávila Santamaría, “Ecuador Estado constitucional de derechos y justicia”, 34.

50. Mauro Barberis, “Neoconstitucionalismo, democracia e imperialismo de la moral”, en *Neoconstitucionalismo(s)*, ed. Miguel Carbonell (Madrid: Trotta, 2003), 259-78.

51. Atienza, *Ideas para una filosofía del derecho. Una propuesta para el mundo latino*, 235-6.

Comanducci por cierto realiza una comparación ilustrativa entre el positivismo jurídico y el neoconstitucionalismo, a partir de la clasificación doctrinaria del primero en positivismo metodológico, ideológico y teórico, que vimos anteriormente.

Así pues, para él puede hablarse también de neoconstitucionalismo metodológico, ideológico y teórico. El neoconstitucionalismo metodológico, en oposición al positivismo metodológico, sostendría una conexión entre el Derecho y la moral, esta última patente en los principios y derechos constitucionales. El neoconstitucionalismo ideológico, aquí sí en cierta similitud con el positivismo ideológico, propugnaría una obligación moral de obediencia a la constitución. Finalmente, el constitucionalismo teórico, a diferencia del positivismo teórico, promovería un sistema jurídico caracterizado por una constitución de principios y no solo de reglas, una positivización de un catálogo amplio de derechos fundamentales y algunas peculiaridades en la interpretación constitucional respecto de la interpretación legal subsuntiva.⁵²

Y Ferrajoli propone un constitucionalismo garantista, que confronta al neoconstitucionalismo antes descrito, al que llama principalista, planteando los siguientes puntos de desacuerdo:

El neoconstitucionalismo retoma en cierto modo la tesis iusnaturalista de la conexión entre Derecho y moral, lo que presupone un descriptivismo ético y con ello el riesgo de un absolutismo moral judicial o un legalismo ético, que termina degradando los principios y derechos fundamentales a directrices ético políticas. Por su parte el garantismo busca preservar la tesis positivista de la separación, basada en un escepticismo metaético, aun en los estados constitucionales contemporáneos construidos sobre principios axiológicos y derechos fundamentales, pues éstos están positivizados. En este caso la tesis de la separación, que es una conquista liberal de la modernidad, permite una actitud crítica acerca de las antinomias y las lagunas presentadas.

El neoconstitucionalismo hace una distinción cualitativa entre principios y reglas y la vuelve un tema central; en cambio, el garantismo plantea que tal distinción es más una cuestión terminológica que ontológica, pues, por ejemplo, la inobservancia de un principio bien puede traducirse en una regla de prohibición u obligación, con las respectivas sanciones. Más aún critica que los principios puedan ser “derrotables”, lo que implica que el juzgador puede escoger uno en desmedro de otro en un determinado caso concreto.

El neoconstitucionalismo favorece un activismo judicial peligroso, en el que los principios son aplicables mediante ponderación y no mediante subsunción, como las

52. Paolo Comanducci, “Constitucionalización y neoconstitucionalismo”, en *El canon neoconstitucional*, ed. Miguel Carbonell y Leonardo García (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2020), 175-90.

reglas. Al darse a los jueces la potestad de crear normas se les está autorizando a ir más allá de aquello que da legitimidad democrática a su jurisdicción, que es el principio de legalidad. Por su lado el garantismo insiste precisamente en que la legitimidad democrática de la jurisdicción la da el principio de legalidad. Las antinomias y lagunas deben subsanarse solo desde el control constitucional y la legislación.⁵³

A partir de esta crítica se podría sostener que una administración de justicia constitucional en general y un control de constitucionalidad en particular desarrollados desde una visión neoconstitucionalista principalista podrían devenir en una suerte de activismo judicial neo-iusnaturalista, en desmedro de la predictibilidad del Derecho y la seguridad jurídica, pudiendo en consecuencia explorarse una alternativa neopositivista, que relieve el principio de legalidad aún dentro del Estado Constitucional.⁵⁴

Sin embargo tal visión chocaría con la del pluralismo jurídico, máxime en su versión posdesarrollista,⁵⁵ que reconoce una pluralidad de fuentes del Derecho aparte de la Ley del Estado, incluyendo por ejemplo la justicia indígena y los tratados internacionales de derechos humanos, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que además obliga a los estados parte a un control de convencionalidad. Precisamente estas concepciones serían las adoptadas por el Ecuador actual, definido por la Constitución como Estado constitucional de derechos y justicia,⁵⁶ lo que se evidencia por ejemplo en la sentencia 11-18-CN/19 antes referida.

Queda entonces abierta una cuestión acerca de la necesidad de una convergencia entre concepciones jurídicas antagónicas.

CONCLUSIONES

En síntesis, el control de constitucionalidad es un mecanismo necesario para garantizar la supremacía y la rigidez de la Constitución, características fundamentales del modelo de Estado constitucional.

Presupone el concepto de validez normativa, entendida descriptivamente como la conformidad de las normas con las metanormas que las sustentan, siendo modelo paradigmático de estas el de las normas supremas de la Constitución.

53. Luigi Ferrajoli, “Constitucionalismo principalista y constitucionalismo garantista”, *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 34 (2011): 15-53.

54. Luigi Ferrajoli, *Epistemología jurídica y garantismo* (Ciudad de México: Fontamara, 2004), 265-9.

55. Yésica Álvarez Lugo, “Pluralismo jurídico posdesarrollista en la Constitución de Montecristi”, *FORO. Revista de Derecho*, n.º 34 (2020): 7-23.

56. Ecuador, *Constitución de la República*, art. 1.

Respecto de la validez de las metanormas fundamentales hay varias concepciones, que se corresponden con algunas concepciones del Derecho, como el iusnaturalismo y el positivismo jurídico en sus diversas versiones.

El Estado constitucional es un modelo de Estado superador de los del Estado absoluto y del Estado legislativo. Responde a una concepción nueva del Derecho (neo iusnaturalista o neopositivista según se lo mire), mientras que el Estado absoluto se entiende desde el iusnaturalismo y el legislativo desde el positivismo jurídico.

En función del órgano que ejerce el control de constitucionalidad la doctrina identifica tres sistemas: el estadounidense o difuso, el austriaco o concentrado y el mixto.

En el Ecuador el control concreto de constitucionalidad es de carácter concentrado, pues se ejerce por la Corte Constitucional mediante la cuestión de inconstitucionalidad que le formulan los jueces que motivadamente tengan dudas acerca de la constitucionalidad de una norma.

En cuanto al control abstracto, también corresponde a la Corte, la que lo ejerce mediante distintos mecanismos preventivos y represivos, desde la acción pública de inconstitucionalidad, al alcance de cualquier ciudadano, hasta el control de normas conexas e incluso de omisiones normativas.

Según cierta crítica del neoconstitucionalismo principalista, este podría devenir en un activismo judicial neoiusnaturalista. Sin embargo, una alternativa neopositivista del mismo sería problemática frente a la diversidad de fuentes del derecho contemporánea y el control de convencionalidad, quedando entonces abierta la interrogante acerca de la necesidad de una convergencia entre concepciones jurídicas antagónicas.

BIBLIOGRAFÍA

- Álvarez Lugo, Yésica. “Pluralismo jurídico posdesarrollista en la Constitución de Montecristi”. *FORO. Revista de Derecho*, n.º 34 (2020): 7-23. <https://doi.org/10.32719/26312484.2020.34.1>.
- Atienza, Manuel. *Ideas para una filosofía del derecho. Una propuesta para el mundo latino*. Lima: Universidad Inca Garcilaso de la Vega, 2008.
- Ávila Santamaría, Ramiro, “Ecuador Estado constitucional de derechos y justicia”. En *La Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis desde la doctrina y el derecho comparado*, editado por Ramiro Ávila Santamaría, 19-38. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- Barberis, Mauro. “Neoconstitucionalismo, democracia e imperialismo de la moral”. En *Neoconstitucionalismo(s)*, editado por Miguel Carbonell, 259-78. Madrid: Trotta, 2003.
- Colombia, Corte Constitucional. “Sentencia C-100/96”. 7 de marzo de 1996. <https://bit.ly/33kji9j>.

- Comanducci, Paolo. “Constitucionalización y neoconstitucionalismo”. En *El canon neoconstitucional*, editado por Miguel Carbonell y Leonardo García, 175-90. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010.
- Ecuador, Corte Constitucional. “Sentencia n.º 001-13-SCN-CC”. *Caso 0535-12-CN*. 6 de febrero de 2013. <https://bit.ly/3GyXauN>.
- . Corte Constitucional. “Sentencia n.º 03-10-SCN-CC”. *Caso 0005-09-CN*. 25 de febrero de 2010, 10. <https://bit.ly/3rhK26U>.
- . Corte Constitucional. “Sentencia n.º 07-10-SCN-CC”. *Caso 0003-10-CN*. 8 de abril de 2010, 3. <https://bit.ly/3tygF2X>.
- . Corte Constitucional. “Sentencia n.º 11-18-CN/19”. *Caso 11-18-CN*. 12 de junio de 2019, 60. <https://bit.ly/311dAMu>.
- Fassò, Guido. *Historia de la filosofía del derecho*. Madrid: Pirámide, 1981.
- Ferrajoli, Luigi. “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”. *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 34 (2011): 15-53. <https://doi.org/10.14198/DOXA2011.34.02>.
- . *Epistemología jurídica y garantismo*. Ciudad de México: Fontamara, 2004.
- . “Pasado y futuro del Estado de derecho”. En *Neoconstitucionalismo(s)*, editado por Miguel Carbonell, 13-29. Madrid: Trotta, 2003.
- Guastini, Riccardo. *Interpretación, Estado y Constitución*. Lima: ARA, 2012.
- Guerrero, Juan Francisco. “Aproximación al control abstracto en Ecuador. La acción de inconstitucionalidad”. En *Apuntes de derecho procesal constitucional*, vol. 3, editado por Juan Montaña Pinto, 125. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición, 2012.
- Guibourg, Ricardo. *Saber derecho*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2013.
- Hamilton, Alexander, James Madison y John Jay. *El Federalista*. Madrid: Akal, 2015.
- Iturralde Sesma, Victoria. *Sistema jurídico, validez y razonamiento judicial*. Lima: ARA, 2010.
- Nino, Carlos Santiago. *Derecho, moral y política*, vol. 1. Buenos Aires: Gedisa, 2007.
- . *Introducción al análisis del derecho*. Barcelona: Ariel, 2003.
- Orunesu, Claudina. *Positivismo jurídico y sistemas constitucionales*. Madrid: Marcial Pons, 2012.
- . “Sobre la inconsistencia teórica del positivismo incluyente”. *Análisis Filosófico* [en línea], n.º XXVII (1) (2007): 23-46. <https://bit.ly/3Fwi7FA>.
- Orunesu, Claudina, Pablo M. Perot y Jorge L. Rodríguez. *Estudios sobre la interpretación dinámica de los sistemas constitucionales*. Ciudad de México: Fontamara, 2005.
- Oyarte, Rafael. *Derecho constitucional ecuatoriano y comparado*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2014.
- Pérez Royo, Javier. *Curso de derecho constitucional*. Madrid: Marcial Pons, 2007.
- Perú, Tribunal Constitucional. *Sentencia EXP. n.º 004-2004-CC/TC*. 31 de diciembre de 2004. <https://bit.ly/3ft49JX>.

Prieto Sanchís, Luis. *Apuntes de teoría del derecho*. Madrid: Trotta, 2016.

—. *Constitucionalismo y positivismo*. Ciudad de México: Fontamara, 1999.

—. “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”. En *Neoconstitucionalismo(s)*, editado por Miguel Carbonell, 131. Madrid: Trotta, 2003.

Sagüés, Néstor. *Teoría de la Constitución*. Buenos Aires: Astrea, 2001.

NORMAS

Ecuador, *Constitución de la República*. Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008.

—. *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*. Registro Oficial 52, Segundo Suplemento, 22 de octubre de 2009.

FORO

Revista de Derecho

Violencia de género y feminización de la pobreza en las mujeres montuvias de Ecuador

Gender Violence and Feminization of Poverty in Ecuadorian Montuvian Women

Raisa Jomaira León Muñoz

Universidad Técnica Particular de Loja

Loja, Ecuador

raisaleon2009@gmail.com

ORCID: 0000-0002-6902-5578

Artículo de investigación

DOI: <https://doi.org/10.32719/26312484.2022.38.7>

Fecha de recepción: 20 de diciembre de 2021

Fecha de revisión: 12 de marzo de 2022

Fecha de aceptación: 17 de marzo de 2022

Fecha de publicación: 4 de julio de 2022

Licencia Creative Commons



RESUMEN

En el presente trabajo se analizará el contexto social de las mujeres montuvias para comprender su situación sociocultural. A través de fuentes secundarias se analiza el tópico de la violencia de género en espacios públicos y privados desencadenando en violencia institucional que sufren en el momento de acudir a las instituciones de protección y justicia que atienden a las víctimas.

Además, se estudian los elementos de interseccionalidad que influyen en la justiciabilidad de sus derechos. En este aporte se abordará la feminización de la pobreza a causa de la desigualdad, resultando de aquello que las mismas se encuentran bajo una estructura de dominio de orden patriarcal. También se presenta un análisis de la pobreza como un fenómeno global que afecta mayormente a las mujeres montuvias puesto que en este grupo convergen la falta de escolaridad, el acceso a trabajo y vivienda adecuada que perpetúan su situación de desigualdad social.

La investigación sobre violencia de género en mujeres montuvias se la realiza a través del estudio de casos, siendo las herramientas principales las entrevistas para analizar los relatos de mujeres que muestran la discriminación, situación de precariedad, ruralidad, evidenciando un escenario complejo de vulnerabilidad.

PALABRAS CLAVE: Mujeres, violencia, *montuvia*, interseccionalidad, justicia, exclusión, feminización de la pobreza, ruralidad.

ABSTRACT

In this paper, the social context of Montuvian women will be analyzed to understand their sociocultural situation. Through secondary sources, the topic of gender violence in public and private spaces will be analyzed, triggering institutional violence that they suffer when they go to protective and judicial institutions that serve the victims.

The elements of intersectionality that influence the justiciability of Montuvian women's rights will be studied. This contribution will address the feminization of poverty due to inequality, resulting from being under a patriarchal dominance structure. An analysis of poverty is also presented as a global phenomenon that mainly affects Montuvian women since in this group, lack of schooling, access to work and adequate housing perpetuate their situation of social inequality.

Research on gender violence in Montuvian women was carried out through case studies, the main tools being interviews to analyze the stories of women who manifest discrimination, precariousness, rurality; evidencing a complex scenario of vulnerability.

KEYWORDS: Women, violence, *Montuvian*, intersectionality, justice, exclusion, feminization of poverty, rurality.

FORO

SITUACIÓN DE LAS MUJERES MONTUVIAS EN EL ECUADOR

El VII Censo de Población y VI de Vivienda 2010 arroja como resultado que, luego del proceso de encuestas que se realizó en el país, 1 070 728 personas se identificaron como pertenecientes al pueblo montuvio, es decir un 7,4%. Desde la óptica de la autodefinición e identidad cultural montuvia esta representa la segunda población mayormente autodefinida después de los mestizos.¹

El pueblo montuvio a sus doscientos años de existencia es visibilizado como tal en la Constitución ecuatoriana del año 2008.² Estos resultados pueden demostrar el sentir de los habitantes montuvios, que traza el camino para dejar atrás los tiempos de discriminación, tratos intempestivos, la exclusión e invisibilización en las políticas de estado.

En cuanto al pueblo montuvio se recoge la información que reposa en el Museo Municipal del cantón Quevedo de la provincia de Los Ríos, sobre su origen que se sitúa en el período colonial representado por la mezcla entre nativos indígenas, blancos españoles y negros africanos.³ El montuvio es un pueblo guerrero, son activos partícipes en las luchas por la independencia ecuatoriana en 1820, y reclutados como soldados patriotas, sirvieron al ejército luchando contra la dominación española y el Estado colonial.⁴

Las personas del pueblo montuvio como una identidad social que recientemente encuentra su reconocimiento pese a que su existencia es antigua se someten a clasificación identificada por la pertenencia a un grupo humano de minoría con características propias, considerados inferiores o subalternos por una sociedad dominante a consecuencia de la colonialidad.

Catherine Walsh se refiere a la colonialidad del poder como al establecimiento de un orden que clasifica en razón de la clase social, jerarquización racial y sexual, en la que existe una distribución de identidades que establece un orden de superior a infe-

-
1. Consejo Nacional para la Igualdad de Pueblos y Nacionalidades, *Agenda para la Igualdad de Derechos de las Nacionalidades y Pueblos Indígenas, Pueblo Afroecuatoriano y Pueblo Montuvio 2019-2021* (Quito, 2019), 37.
 2. Patricia Gavilanes et al., *Una mirada al contexto social, cultural, legal y económico del campesino montuvio* (Milagro: Ediciones Holguín, 2017), 14.
 3. Museo Municipal de Quevedo, "Origen del pueblo montuvio". Ilustraciones y arqueología (Quevedo, 2018).
 4. Patricia Violeta Gavilanes Yanes, "Reconociendo el importante rol que desempeña el pueblo Montuvio en el contexto sociocultural del Ecuador", 2013, 8, <https://revistas.utm.edu.ec/index.php/latecnica/article/view/557>.

rior: blancos, mestizos, indios, negros.⁵ El Estado a través de sus prácticas coloniales no ha permitido mostrar la realidad de las personas que tienen una cultura propia y coexisten con otras; esto ha dado paso al debilitamiento de diálogos con comunidades y colectivos para fomentar los procesos de formación intercultural.

En este contexto la vida de las mujeres montuvias transcurre de manera distinta a las mujeres blanco mestizas. La forma de discriminación por una condición étnica social o cultural denota que va más allá de una segregación general, requiere ser atendida en razón de evidenciar que identidad influye y se interseca al género para hacer visible la realidad que atraviesan estos cuerpos femeninos, bajo las expresiones de dominio.

En el contexto familiar de las mujeres montuvias a ellas se les atribuye el conocimiento y tratamiento para tratar enfermedades, y crecen asignadas para realizar las tareas domésticas, cultivar la tierra y criar animales para el consumo alimenticio. A menudo se hace perceptible en la práctica cultural la preferencia de favorecer a la descendencia masculina para que administre la herencia familiar y lo obtenido en la cosecha.

METODOLOGÍA APLICADA

Una vez planteado el contexto sociocultural del pueblo montuvio, presentamos el estudio de caso colocando como eje central la violencia de género, investigación realizada de junio a octubre de 2021. En este espacio se contó con el testimonio de mujeres montuvias que habitan en las provincias de Los Ríos, Guayas y Manabí.

En el estudio de casos se aplicó el método analítico; la herramienta principal fueron las entrevistas; previamente se socializó la Ley orgánica para prevenir y erradicar la violencia contra la mujer a un grupo de 50 participantes aproximadamente, de las que se consideraron para los relatos a quienes identificaron que habrían sufrido violencia y se autodefinieron como montuvias. Teniendo en cuenta el enfoque interseccional se recoge la narrativa de nueve mujeres montuvias y posteriormente se complementó con los aportes bibliográficos.

La focalización se realizó en sectores rurales, en comunidades mayormente conflictivas, según información proporcionada por los Consejos Cantonales de Protección de Derechos, quienes colaboraron con contactos de los líderes de las comunidades para la participación de las mujeres.

5. Catherine Walsh, “Interculturalidad, plurinacionalidad y decolonialidad: las insurgencias político-epistémicas de refundar el Estado”, *Tabula Rasa* (2008): 6.

En el sector Macul, que pertenece al cantón Palestina de la provincia del Guayas, se entrevistaron a tres mujeres, a quienes colocaremos los siguientes nombres: Sol, Luna, Flor. En el cantón Vinces en la provincia de Los Ríos se entrevistaron a tres mujeres, del sector rural Clarisa: Rosa, Lila y Violeta. También tres mujeres en la provincia de Manabí del cantón Junín sector rural Las Cañitas tenemos a las participantes Alba, Gloria y Victoria.⁶

Además, se realizaron entrevistas a funcionarios, en este caso a jueces de la Unidad Multicompetente del Cantón Vinces, con el fin de indagar en cuanto a su actuación dentro de los casos de violencia de género, en el otorgamiento de medidas de protección.

RELATOS DE LAS MUJERES MONTUVIAS VÍCTIMAS DE LA VIOLENCIA BASADA EN GÉNERO

Es fundamental identificar los tipos de violencia que viven las mujeres montuvias, cómo les afecta a ellas, su rol en un escenario de pobreza, para luego investigar sobre la respuesta de las instituciones que representan el Estado en el acceso a la justicia y a la estabilidad de sus derechos.

VIOLENCIA PSICOLÓGICA

La definición de violencia psicológica o violencia moral, como lo denomina Rita Segato, se refiere a un mecanismo que logra su legitimación en la costumbre, lo cual garantiza que haya un estatus en cuanto al género.⁷ Está relacionado con aquellos mecanismos de control, intimidación, humillación y demás actos conexos que busca degradar la estabilidad emocional de las mujeres.

De esta manera se incorpora el relato de Lila, quien mencionó que ha trabajado para sacar a sus hijos adelante; su conviviente se separó de ella cuando sus hijos tenían 2 y 3 años, y sufría violencia física y psicológica. Afirma haber solicitado ayuda a sus familiares, no obstante, no pudieron ayudarla. Acudió a la Tenencia Política a

6. Las participantes se reconocen a sí mismas como montuvias, tienen características que son comunes: la mayoría fueron madres a temprana edad, viven en zona rurales de difícil acceso, con escolaridad inconclusa, situación de pobreza y extrema pobreza, ha concurrido en ellas la falta de acceso a información, naturalización de la violencia como una especie de herencia, ausente educación sobre los derechos sexuales y reproductivos, que no cuentan condiciones económicas de supervivencia.

7. Rita Laura Segato, *Las estructuras elementales de la violencia: ensayos sobre género entre la antropología, el psicoanálisis y los derechos humanos* (Buenos Aires: Universidad Nacional de Quilmes / Prometeo 3010, 2003), 107.

denunciar a su exmarido que le amenazaba con quemarle la casa que habitaba junto a sus hijos; a pesar de que se emitió a su favor una boleta de auxilio, su agresor seguía acudiendo a su hogar a insultarla. Destaca que nunca tuvo protección de la policía, pues donde vive no hay señal telefónica y no llegan los patrulleros a dar el auxilio.

En lo esencial, que dicha agresión no cuente con programas de protección a las mujeres en situación de violencia y sus dependientes deja en evidencia la falta de políticas públicas dirigidas a grupos de mujeres rurales, que viven en territorios pobres sin los servicios básicos, y que se otorgan medidas de protección que no guardan armonía con su realidad.

Otro caso es el Victoria, quien procreó once hijos. La condición de su vivienda es de extrema pobreza, sus hijos se encuentran en la etapa de niñez y adolescencia. Relata que su conviviente le prohibió utilizar métodos anticonceptivos, por eso se embarazaba continuamente. Comentó que su marido le decía que la mujer debe parirle los hijos que él quiera. Añadió que su pareja, como todo hombre, se enoja regularmente y suele ponerse agresivo; no le parece nada grave porque el hombre es quien manda.

La declaración de Victoria denota que en muchas ocasiones la falta de promoción en cuanto a los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, que debe garantizarse por parte del sistema estatal, es inexistente para las mujeres, con lo que fortalece en las mujeres montuvias el rol reproductivo, naturalizándose la violencia psicológica y perpetuando la violencia de género.

VIOLENCIA FÍSICA

Este tipo de violencia consiste en causar un daño a la integridad física de la mujer ya sea por la ejecución de actos violentos, golpes, empujones, utilización de objetos para causar una lesión en el cuerpo que le produzca incapacidad temporal o permanente.

Es así como presentamos el caso de Sol, quien menciona no haber terminado la escuela y creció fuera de su hogar; a consecuencia de esto se fue a vivir con su pareja sentimental en la adolescencia, convirtiéndose en madre a los 14 años. Recurrentemente su pareja le agrede físicamente, los motivos de su mal humor es cuando no tiene trabajo; en una ocasión resultó lastimada en su mano por evitar ser herida con un cuchillo. Intentó denunciar acudiendo a la Fiscalía pero le negaron la atención porque no tenía valoración médica; desistió porque además le preocupaba el sustento de la familia.

Con el relato de Sol podemos deducir los obstáculos que encuentran las mujeres rurales cuando buscan protección, la falta de una atención con perspectiva de género, el retardo en diligencias por falta de solemnidades que son imputadas a la mujer. Ade-

más, evidencia el temor de la mujer para denunciar a quien es el sustento del hogar. En consecuencia, la desigualdad social en las mujeres hace renunciar a la idea de iniciar con el proceso de la denuncia.

De manera similar la participante Luna narra que siempre ha sufrido maltrato físico por parte de su pareja; se percibe que prefiere no profundizar en el tema, asiente con su cabeza cuando se habla de violencia física; en este mismo tema añade que por quedarse cuidando a sus 4 hijos no puede trabajar; también que su conviviente no ve bien que ella trabaje, porque es ella quien debe cuidar y alimentar a los niños.

Se puede visibilizar, según lo expuesto por Luna, que uno de los problemas es que se ha arraigado en las mujeres montuvias el rol de cuidado que esta asume en el hogar. El sistema de convivencia que se tiene en las zonas rurales varía en considerable medida respecto de la urbe, en consecuencia, las mujeres enfrentan la pobreza y simultáneamente la violencia de género.

Gloria es una mujer analfabeta, quedó embarazada a los 14 años, dice que fue el momento que se acrecentó su tragedia, estuvo en una relación cinco años con un hombre que era alcohólico, drogadicto; pese a tener una boleta de auxilio, el hecho de no contar con familiares que le brinden apoyo hizo que soportara durante ese tiempo violencia física y psicológica por parte del padre de sus dos hijos. Por esa razón abandonó a sus hijos, dejándolos al cuidado de su expareja. Los antecedentes de consumo de alcohol de él y la situación de calle en la que ella se encontraba, producto de la salida de su casa por la violencia que sufrió, hicieron que los hijos de ella terminaran en una casa de acogida.

Del relato de Gloria se refleja que pueden concurrir varios tipos de violencia en la vida de las mujeres. La pobreza extrema agudiza la situación familiar, llegando a desencadenar en la separación y desintegración del grupo por no tener programas que atiendan a las mujeres que viven la violencia junto a sus dependientes. Esto demuestra que la desigualdad social empeora la situación de la mujer montuvia empobrecida, que no encuentra en la institucionalidad del Estado atención efectiva al problema estructural de la violencia.

VIOLENCIA SEXUAL

Para plantear los casos de violencia sexual es importante hacer una precisión ya que, de las nueve participantes, dos de ellas la han vivido. Este tipo de actos ataca no solo a la integridad sexual y reproductiva, sino que deja consigo daños colaterales por los efectos emocionales y psíquicos que repercuten en la vida digna de las mujeres.

Para Rita Segato, para muchos, en lugar de un crimen, la violación constituye una punición, y el violador, en lugar de un criminal, muchas veces se percibe a sí mismo

como un moralizador o un vengador de la moral.⁸ La explicación de que el violador castiga el desacato al género masculino y su víctima se convierte en el cuerpo o territorio en la que perpetra su acto.

La otra participante entrevistada es Flor, una joven de 19 años, que tuvo su primer hijo a los 13 años, y creció con sus abuelos porque sus padres nunca se responsabilizaron de su cuidado. Al compartir con ella una sociabilización sobre los tipos de violencia que sufren las mujeres, menciona que su abuelo abusó de ella cuando era una niña y por ese motivo se comprometió a temprana edad; de sus propias palabras insiste que su vida ha sido una desgracia.

Vemos que un cuidado negligente por parte de los progenitores o cuidadores hace que las niñas sean vulnerables al cometimiento de delitos sexuales por parte de quienes tienen la obligación de prestar cuidado, siendo así que estas conductas se cometen dentro del entorno familiar.

Alba refiere que sufrió violencia sexual; había sido diagnosticada con cáncer de útero; por recomendación médica no podía tener relaciones sexuales, y su pareja no comprendía tal situación, obligándola a mantenerlas. Por su condición de salud decidió separarse de su conviviente, le hizo reclamos a su pareja para que entregara parte de los ahorros que habían acumulado durante su unión, sin embargo, no obtuvo resultados. En este mismo sentido hace énfasis que, por no tener estudios y además no poseer recursos económicos para contratar un abogado, no logró recuperar nada.

A partir de las palabras de Alba, la violencia sexual en el matrimonio o unión puede concebirse como una práctica de disciplinamiento, es decir un mecanismo para responder a la construcción social, que convierte al cuerpo de la mujer cosificado para la reproducción familiar. En este mismo contexto hace referencia a la violencia patrimonial que se produce en el momento de la separación, uniéndose a la violencia económica en cuanto no tuvo oportunidades de obtener bienes materiales a título propio.

El rol que asumen las mujeres de reproducción de la familia y el cuidado de los hijos es un asunto poco relevante para los gobiernos, sobre los cuales existe una escasa política pública, normas que restringen la capacidad de decidir sobre sus propios cuerpos, limitado acceso a información sobre los derechos sexuales y reproductivos que repercuten en la planificación familiar.

El derecho al placer se limita por la falta de atención a las mujeres sobre educación sexual, enfrentándose a embarazos no deseados y práctica del aborto a consecuencia

8. *Ibid.*, 139.

de la penalización en las leyes.⁹ En este mismo sentido se deja a decisión del marido lo que ocurre sobre los cuerpos de las mujeres, como el uso de anticonceptivos y la cantidad de hijos que se desean tener.

VIOLENCIA ECONÓMICA Y PATRIMONIAL

Partiremos por explicar la violencia económica como la afectación, restricción o limitación del manejo de los recursos o ingresos económicos que tiene la mujer por las actividades productivas que esta lleva, crianza de animales, trabajo agrícola y mano de obra por cuidados a otras familias de mejores condiciones sociales.

La violencia patrimonial se muestra con la destrucción o sustracción de títulos de propiedad, bienes y activos que ha adquirido la mujer por labores que realiza; este tipo de violencia está naturalizada por los roles asumidos por el hombre de administrar los bienes y recursos del hogar, incluidos los que son obtenidos por labores y mano de obra femenina.

La violencia económica en las mujeres montuvias es invisibilizada; en un primer escenario no se reconoce su trabajo en el campo cuando este se realiza en las tierras de la familia. Por otro lado, se da la violencia patrimonial a causa de las limitaciones en el acceso a la tierra, lo que influye en la herencia de la tierra. En este mismo sentido el traspaso del patrimonio familiar puede continuarse a través de la herencia, que favorece al hijo mayor o menor y perjudica a las hijas del hogar.¹⁰

Rosa, de 34 años, a quien su pareja le negaba la oportunidad de reclamar el dinero por la venta de animales y cultivos que realizaba, mencionó que es duro trabajar en el campo, sembrando arroz. Luego la cosecha requiere más esfuerzo, a esto se suma las tareas de atender la casa y la familia. Hace énfasis en que su esposo, el encargado del asunto económico, y señala que si habría tenido la oportunidad de recibir este dinero quizás tendría mayor libertad.

Las mujeres montuvias se ven mayormente afectadas por la pobreza, como es el caso de Rosa a quien se excluyó de administrar los ingresos que obtenía por el trabajo agrícola. A pesar de cultivar la tierra, esta tiene un fin que es la producción de alimentos para satisfacer las necesidades de la familia, las mujeres no la poseen, esto se ve marcado por las limitaciones en el acceso a la tierra.

9. Clemen Lorena Altamirano, “Derecho a decidir sobre nuestros cuerpos”, en *Alternativas feministas frente a las crisis* (Bilbao: Mundubat / Tercera Persona-Hirugarren Prensa, 2013), 38.

10. Carmen Deere y Magdalena León, “La brecha de género en la propiedad de la tierra en América Latina”, *Estudios Sociológicos* 23 (1 de mayo de 2005): 11.

VIOLENCIA INSTITUCIONAL CONTRA LAS MUJERES MONTUVIAS DEL ECUADOR

La violencia contra la mujer en términos generales debe ser entendida como aquel mecanismo de control social sobre la mujer que facilita la reproducción del mismo y así mantener el poder, el statu quo, respecto de la dominación masculina.¹¹ En este tópico discutiremos la violencia ejercida en el ámbito institucional, más específicamente la que se reproduce a las mujeres montuvas en el momento de la atención.

En el caso de las mujeres indígenas, acceder a la justicia del Estado y de sus comunidades ha sido un escenario complejo debido a la importancia del privilegio otorgado a las ideologías de género justificadas en el papel subordinado de las mujeres ante los designios masculinos.¹²

Es menester mencionar que las mujeres son propensas a sufrir discriminación en todos los ámbitos, tanto públicos como privados; esto se debe a la estructura formada dentro de la sociedad, donde el patriarcado entendido como un sistema con elementos tales como la dominación y subordinación actúa en opresión al género.¹³

De la misma manera el patriarcado encuentra una relación directa de poder, subordinación, sumisión y opresión donde el sujeto dominante es el hombre sobre la mujer.¹⁴ Todo esto porque históricamente a las mujeres por muchos años se les ha asignados roles que han desvalorizado su actuar dentro de la sociedad. Las mujeres montuvas no escapan de estas formas que legitiman la violencia de género en el espacio familiar y estructura institucional.

Sobre la violencia institucional, es necesario hacer hincapié en que las manifestaciones de violencia se encadenan tanto en el espacio privado como en el espacio público, a través de prácticas generadas desde y por las instituciones estatales que operan bajo una lógica masculina, a pesar de los avances en materia legal.¹⁵

La violencia estructural es dada por la falta de voluntad política e inversión en destinar recursos por parte de las entidades correspondientes para así incentivar y apoyar que se atienda a las mujeres, con perspectiva de género.¹⁶ El problemas que está pre-

11. Ana Cagigas Arriazu, “El patriarcado como origen de la violencia doméstica”, s. f., 310.

12. Rosalva Aída Hernández Castillo y María Teresa Sierra, “Reivindicaciones étnicas, género y justicia”, 2009, 8.

13. Cagigas Arriazu, “El patriarcado como origen de la violencia doméstica”, 307.

14. *Ibid.*, 307.

15. Margarita Bejarano Celaya y María del Carmen Arellano Gálvez, “Violencia institucional contra las mujeres en el noroeste de México”, *Acta Sociológica* 65 (2014): 101.

16. Angélica Aremy Evangelista-García, Rolando Tinoco-Ojanguren y Esperanza Tuñón-Pablos, “Violencia institucional hacia las mujeres en la región sur de México”, *LiminaR* 14, n.º 2 (2016): 57-69.

sente al momento de acceder a la justicia es la revictimización, pues las mujeres son atendidas con discursos que lo único que hacen es tratar de justificar dichas prácticas de maltrato cometidas contra ellas.¹⁷

Es sustancial mencionar que, en investigaciones realizada a mujeres rurales, el poder acudir a las instituciones públicas en aras de la protección de sus derechos no es algo que resulte fácil y tampoco es la primera opción en la que se piensa, debido a algunas dificultades que se les presenta, como su situación geográfica al estar alejadas de la urbe.¹⁸

Vivanco y Bellatin expresan que las mujeres rurales son sujetas a distintos tipos de discriminación, que se intercalan y se ocultan en el tejido social, en la sociedad civil, y calan en las estructuras y marcos normativos del Estado.¹⁹ La falta de seguridad institucional es un problema que acarrea no solamente violación de sus derechos respecto de lo que se establece dentro del marco normativo de cada país en cuanto a la omisión o dilatación de las diligencias respecto de las denuncias presentadas, sino que además crea una esfera de inseguridad en cuanto a poder confiar en un sistema que es cómplice de la desigualdad de género.

Cabe mencionar que Bejarano y Arellano expresan que el orden social masculino se objetiva en las instituciones sociales a través de discursos y de prácticas que indican un posicionamiento de los actores.²⁰ De ahí la importancia de analizar en conjunto, como resultado de una hegemonía del orden social androcéntrico, la violencia institucional ejercida contra las mujeres y los marcos legales que buscan atenderla y erradicarla.

Para conocer la perspectiva de los jueces mantuvimos un diálogo con todos los jueces de la Unidad Multicompetente del Cantón Vinces. Uno de ellos mencionó que por no ser jueces especializados se les dificulta en el momento de poner en práctica la norma, invocaron que es un tema nuevo y que no tienen mucho tiempo para leer los casos que les son remitidos por denuncias. En suma, resaltan que, a pesar de haber ratificado medidas, muchas veces les falta tiempo para analizar caso a caso; esto ha hecho que en ocasiones casos que se debían enviar a la Fiscalía para que sean investigados de oficio no se haya cumplido.

17. Karem Escudero Letona, “La situación de las mujeres rurales en el Perú” (Ayacucho: Asociación Servicios Educativos Rurales, s. f.), 6, accedido 1 de julio de 2021.

18. *Ibíd.*

19. María Vivanco y Paloma Bellatin, “El acceso a la justicia de la mujer rural: Desencuentros en la protección y propiedad de la tierra”, en *Género y Justicia* (Lima: Tribunal Constitucional del Perú, 2016), 626.

20. Bejarano Celaya y Arellano Gálvez, “Violencia institucional contra las mujeres en el noroeste de México”, 102.

La obligación del Estado en materia de violencia es prevenir y combatir la violencia contra las mujeres de todos los grupos generacionales. La legislación especializada en género garantiza que esta responsabilidad se cumpla.²¹ La eficiencia de la norma es la de proteger especialmente a quienes sufren violencia de género.²² En el momento que no se aplica, pierde su eficacia, violándose la seguridad jurídica de las mujeres rurales del pueblo montuvío que buscan justicia.

En América latina y en los países del sur la crisis pertenece a la historia y a la vida común de las campesinas latinoamericanas, como resultado del colonialismo del proceso de conquista e invasión territorial y del genocidio que suponen: la crisis económica y alimentaria.²³ Desde la mirada feminista el derecho tiene características androcéntricas, no objetivo, no neutral y parcializado a lo masculino.

Las mujeres latinoamericanas asumen y se desenvuelven en cargos públicos de manera creciente, como autoridades, oficiales, representantes no estatales y en otros sectores.²⁴ Las mujeres montuvías identifican que dentro de sus comunidades en su mayoría los líderes son hombres. El rol de las mujeres como dirigentes de sus comunidades es limitado por eso existe poca participación en las esferas política y social.

Ramiro Ávila Santamaría sostiene la existencia de las utopías colectivas como aquellos sueños que se encarnan en la gente, que están presentes en las luchas populares. A pesar que en estas utopías se pueden identificar líderes, dirigentes o voceros, estas voces no pierden su sentido y representan al colectivo.²⁵

Las demandas de reconocimiento y respeto a la diversidad étnica y cultural han ido dando paso a la interpelación que asiste a las propias mujeres indígenas.²⁶ Por lo tanto, para poder erradicar la dominación de poder del hombre sobre la mujer es importante establecer la participación activa de todas las mujeres en diversos ámbitos públicos.

-
21. Adriana Quiñones Giraldo, “Hacia una acción integral en materia de femicidio/feminicidio para América Latina y el Caribe”, en *Femicidio y suicidio de mujeres por razones de género. Desafíos y aprendizajes en la Cooperación Sur-Sur en América Latina y el Caribe* (Santiago: FLACSO Chile, 2017), 81.
 22. Alda Facio y Lorena Fries, “Feminismo, género y patriarcado”, 2005, 7, <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/revista-ensenianza-derecho/article/viewFile/33861/30820>.
 23. Isaura Isabel Conte, Cheron Zanini Moretti y Marlene Ribeiro, “Movimiento de mujeres campesinas: una estrategia sociopolítica ante los cautiverios y crisis de civilización”, *Acta Scientiarum. Human and Social Sciences* 41, n.º 1 (2019): párr.19, <https://www.redalyc.org/journal/3073/307360096007/html/>.
 24. Rachel Sieder y María Teresa Sierra, “Acceso a la justicia para las mujeres indígenas en América Latina”, 2011, 18, <https://www.cmi.no/publications/file/3941-acceso-a-la-justicia-para-las-mujeres-indigenas-en.pdf>.
 25. Ramiro Ávila Santamaría, *La utopía del oprimido. Los derechos de la naturaleza y el buen vivir en el pensamiento crítico, el derecho y la literatura* (Ciudad de México: Akal, 2019), 37.
 26. Andrea Pequeño Bueno, “Vivir violencia, cruzar los límites. Prácticas y discursos en torno a la violencia contra mujeres en comunidades indígenas de Ecuador”, en *Participación y políticas de mujeres indígenas en contextos latinoamericanos recientes* (Quito: FLACSO Ecuador, 2009), 152.

También resultaría significativo que se incluya la perspectiva de género en la atención que reciben las mujeres montuvias, además que se fortalezca un diálogo intercultural. Finalmente, las políticas del Estado deben estar dirigidas hacia un cambio de paradigma que genere igualdad entre todos.

ENFOQUE DE INTERSECCIONALIDAD EN LA ATENCIÓN DE LAS MUJERES MONTUVIAS

Kimberlé Crenshaw sostiene que las mujeres de grupos minoritarios sufren las consecuencias de la subordinación; a esto se suma el hecho de que las expectativas institucionales que se han implementado resultan no apropiadas y, al contrario, afectan al realizar una intervención adecuada.²⁷

La vida de las mujeres montuvias se desarrolla en opresiones históricas por razones étnicas; por pertenecer a un grupo minoritario se interconectan y el enfoque de interseccionalidad permite abordarlas de forma individual. Sirve además para entender la manera en que elementos como clase, edad y etnia interfieren en el acceso a derechos y oportunidades.

Así mismo Crenshaw destaca que se configura el enfoque de interseccionalidad en el resultado de procesos sociales coexistentes, derivados de la interacción de factores sociales, culturales, económicos, políticos, simbólicos recurrentes en la producción de la discriminación basada en género.²⁸

El enfoque de interseccionalidad permite demostrar las relaciones de poder, reflejada por sistemas patriarcales, en el que intervienen factores como la etnia, la clase, edad, discapacidad, pertenencia a otra nacionalidad, condición social, ayudándonos a atender estos elementos para comprender las múltiples formas de discriminación en función de la realidad de las mujeres.

La líder feminista Lorena Cabnal se refiere a la lucha cotidiana de la violencia machista y misógina que atenta contra las mujeres defensoras de sus cuerpos y de bienes naturales. Destaca factores como las manifestaciones del machismo neoliberal

27. Kimberlé Williams Crenshaw, “Cartografiando los márgenes”, 1991, 11, <http://www.uncuyo.edu.ar/transparencia/upload/crenshaw-kimberle-cartografiando-los-margenes-1.pdf>.

28. Kimberlé Crenshaw, “Desmarginalizando la intersección entre raza y sexo: Una crítica desde el feminismo negro a la doctrina de la No discriminación, a las teorías feministas y a las políticas antirracistas”, en *Feminismos jurídicos: Interperaciones y debates* (Bogotá: Siglo del Hombre, 2021), 40.

representado por empresarios, funcionarios de gobierno y miembros del crimen organizado, quienes actúan en protección de intereses económicos.²⁹

Hay persistencia para las mujeres en la limitación de ejercitar el derecho de participación, bloqueando los procesos de negociación de un contrato social que sea promovido por las propias mujeres en un proceso democrático.³⁰ La violencia y la pobreza tienen repercusiones, ya que margina a las mujeres de la participación política y de la toma de decisiones dentro de la comunidad y también de la sociedad ecuatoriana en general.

Para Manuela Picq, el denunciar la violencia se limita por la situación de pobreza y discriminación, por lo que se hace difícil para las víctimas visibilizarla. La presencia de barreras en el proceso de denuncia, impunidad dentro de la comunidad y el estigma de violencia de género potencia el silencio de las víctimas.³¹ La discriminación, vulnerabilidad y exclusión tienen raíces fuertes que necesitan un camino para erradicar la pobreza en grupos históricamente excluidos y que enfrentan la consecuencia de la desigualdad social.

FEMINIZACIÓN DE LA POBREZA EN LAS MUJERES MONTUVIAS

Las mujeres rurales generan entre el 60 y el 80 por ciento de los alimentos de los países que se encuentran en desarrollo y la mitad del mundo entero. Sin embargo, apenas se está reconociendo el papel de estas mujeres respecto de su labor,³² el cual no solo es de gran significación a nivel económico para un país, sino que pasan a ser parte de actores estratégicos y así insertarse dentro de la sociedad. Queda en evidencia su activa participación respecto de la producción alimentaria a nivel mundial.

Los estudios de la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación —FAO— mencionan y visibilizan a las mujeres rurales como piedra angular de la agricultura y la subsistencia dentro de sus hogares. No obstante, aquellas tienen menores oportunidades para acceder a créditos, insumos y servicios para poder

29. Lorena Cabnal, “El relato de la violencia desde mi territorio cuerpo-tierras”, en *En tiempos de muerte: Cuerpos, Rebeldías, Resistencias* (Buenos Aires y San Cristóbal de Las Casas: Cooperativa Editorial Retos, 2019), 122.

30. Manuela Picq Lavinas, “La violencia como factor de exclusión política: mujeres indígenas en Chimbo-razo”, en *Participación y políticas de mujeres indígenas en contextos latinoamericanos recientes* (Quito: FLACSO Ecuador, 2009), 130.

31. *Ibíd.*, 135.

32. Organización de las Naciones Unidas, “Organización de Comida y Agricultura”, <http://www.fao.org/FOCUS/S/Women/Sustin-s.htm>.

aumentar la productividad.³³ Lo que las sitúa como agentes vulnerables ante la desigualdad de género que existen en la sociedad que de esta manera afecta sus ingresos económicos.

El mantenimiento y aumento de los ingresos de las personas que más riquezas concentran en el mundo sigue vigente. Por otro lado, la pobreza se agudiza en la clase trabajadora y con esto crece el número de personas que sufren de hambre y desigualdad. La concentración de dinero en un grupo hace que quienes paguen el costo de la crisis sean los sectores de clase media y pobres en la sociedad.³⁴

A la vez que se define la pobreza como un problema social y no como un problema económico, las personas que están bajo esta situación son tratadas bajo esta patología. Se atribuye a las mujeres la concepción de ser preocupadas por el bienestar de la familia, dirigiéndose varias políticas a impregnar el deber de cuidadoras, minimizando la dimensión de ciudadanas con derechos, a la autodeterminación y a la autonomía personal.³⁵

Los motivos que llevan a las mujeres rurales a encontrarse en situación de pobreza y limitado acceso a estos recursos encuentran su punto de partida en la inferioridad por razones de género que se suma a factores como los sociales, económicos e inclusive culturales, en donde todos se encuentran interrelacionados entre sí, relegándole un papel de subordinación.³⁶

Xochitl Leyva Solano resalta una condición histórica, sistémica y estructural de los hombres frente a las mujeres, dejando una reflexión de carácter personal y colectiva sobre el orden patriarcal y la colonialidad del género.³⁷ La pobreza en las mujeres montuvias tiene su origen en la colonialidad y jerarquización de los grupos humanos, que coloca este importante sector de mujeres dentro de una esfera de desigualdad.

La exclusión social está representada por los obstáculos que enfrentan determinadas personas que no les permite desarrollar sus capacidades de manera temporal o permanente.³⁸ Aquellas limitaciones impiden el ejercicio de los derechos sociales,

33. *Ibíd.*

34. Marylen Serna, “Construir la paz: una apuesta de los pueblos por la justicia social para Colombia”, en *Alternativas feministas frente a las crisis* (Bilbao: Mundubat / Tercera Persona-Hirugarren Prensa, 2013), 13.

35. *Ibíd.*, 19.

36. *Ibíd.*

37. Xochitl Leyva Solano, “‘Poner el cuerpo’ para des(colonizar) patriarcalizar nuestro conocimiento, la academia, nuestra vida”, en *En tiempos de muerte: Cuerpos, Rebelías, Resistencias*, coord. Xochitl Leyva Solano y Rosalba Icaza (Buenos Aires y San Cristóbal de Las Casas: Retos, 2019), 349.

38. Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia”, en *Juicio n.º 202-19-JH/21*, 24 de febrero de 2021, 4.

económicos y culturales que no permiten gozar de salud, alimentación, educación, acceso a servicios, justicia y participación.

El relato de Violeta, perteneciente a una organización de mujeres campesinas emprendedoras, expresa que no hay suficiente apoyo por parte de las instituciones públicas en el otorgamiento de créditos, pues ella fue con su grupo de mujeres a incluirse dentro de los programas de fomento al emprendimiento del Ministerio de Inclusión Económica y social y la Prefectura de Los Ríos. A pesar de estar agrupadas, no son tomadas en cuenta, y la preferencia se la dan a otros gremios como el pesquero o ganadero donde existe mayor presencia de hombres.

Es visible que el acceso a créditos productivos e incentivos para emprendimientos es limitado para las mujeres montuvias, en virtud de tener estructuras dominantes en las instituciones del Estado y un deficiente enfoque de género en el momento de proponer las políticas públicas, las cuales precarizan muchos ámbitos donde se desenvuelven las mujeres, creando una esfera de desigualdad.

La brecha social de género tiene una estrecha relación con el nivel de educación de las mujeres: la incidencia de violencia es mayor en las mujeres rurales.³⁹ Las mujeres tienen menores posibilidades de acceder a espacios de participación en espacios públicos, por la carga de trabajo que llevan, además por las prescripciones culturales que disminuyen los espacios de participación reduciendo las libertades y derechos de las mujeres.⁴⁰

A medida que persista la falta de políticas sin un enfoque interseccional se reproduce la subordinación de las mujeres no blancas y empobrecidas.⁴¹ La situación de pobreza en la que viven las mujeres montuvias entrevistadas limita el derecho a una vida digna. Esto ocurre al no poder gozar de educación, empleo y hasta la escasez de líneas de créditos para emprendimientos, que permitan la independencia económica que mantienen con sus convivientes o parejas sentimentales.

Las mujeres indígenas se benefician de manera minoritaria de los logros institucionales y políticos de otros movimientos sociales. Sin lograr alianzas estratégicas en sus organizaciones, que produce la división de las capacidades de las mujeres en lugar

39. Escudero Letona, “La situación de las mujeres rurales en el Perú”, 2.

40. Diana Lahoz, Verónica Vázquez-García y Emma Zapata-Martelo, “¿Viven mujeres y hombres la pobreza de la misma manera? Una mirada al interior de hogares indígenas de la Sierra de Santa Marta, Veracruz”, *Papeles de Población*, n.º 70 (2011): 125.

41. Nidia Andrea Castillo Sinisterra, “Violencia económica y patrimonial en mujeres afroesmeraldeñas: un enfoque interseccional”, *Mundos Plurales: Revista Latinoamericana de Políticas y Acción Pública* 7, n.º 1 (marzo 2020): 15, doi:10.17141/mundosplurales.1.2021.4274.

de potenciarlas. El contexto de violencia que se agudiza en la actualidad significa la ausencia de un feminismo étnico.⁴²

En el plano histórico, estas condiciones de pobreza no han sido las mismas; estas han ido cambiando en relación al contexto social, de tal manera que es la mujer una de las primeras categorías sociales que sufren los efectos negativos de esta situación.⁴³ Así mismo se dejan hallazgos de la necesidad de construir un movimiento que sienta sus bases en las voces de mujeres montuvias, que cuenten con un espacio propio para discutir sobre temas de reivindicación, que den paso a la paridad de género y a un propósito de erradicación de todos los tipos de violencia hacia las mujeres.

CONCLUSIÓN

La construcción social se ve marcada por lo femenino y lo masculino.⁴⁴ El sistema patriarcal es una estructura que se encuentra en todos los rincones de la sociedad, lo que permite que se dé un sinnúmero de abusos cuando existen elementos de interseccionalidad como la etnia, clase y edad que unen al género, llevando a cabo una diferenciación en cuanto al trato que pueden llegar a tener las mujeres dentro de la sociedad, que affige en gran medida a las mujeres montuvias de Ecuador.

La violencia económica y patrimonial se evidencia en las mujeres montuvias como una forma de opresión de género. Existe una desventaja en relación a los hombres, pues a ellos le corresponde la administración de los bienes y la tierra, produciendo dependencia económica hacia el hombre y limitando el acceso a la justicia por no poseer los recursos.

La feminización de la pobreza guarda relación con la colonialidad y el patriarcado que se intersecan al género y tiene relación con la falta de acceso a recursos económicos, con la exclusión en el acceso a educación, embarazos a temprana edad, desigualdad en el ámbito económico y patrimonial, entre otros.

En síntesis, las mujeres montuvias están mayormente empobrecidas, se enfrentan al maltrato y subordinación con pocas posibilidades de acceder a educación, se enfrentan a la violencia por parte de sus parejas y en el momento de buscar protección sufren la violencia institucional. Existe impunidad y desatención por parte de los operadores

42. Picq Lavinas, “La violencia como factor de exclusión política: mujeres indígenas en Chimborazo”, 140.

43. José María Tartosa, “Feminización de la pobreza y perspectiva de género”, 2009, 11, <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3342231.pdf>.

44. Flérida Guzmán, “La violencia contra las mujeres indígenas en México: un primer acercamiento”, en *Participación y políticas de mujeres indígenas en contextos latinoamericanos recientes* (Quito: FLACSO Ecuador, 2009), 196.

de justicia, quienes se justifican en la falta de formación para atender problemas de género, lo que denota la falta de perspectiva de género por los funcionarios de justicia.

La organización de la familia montuvia privilegia la figura masculina en el contexto social donde viven. Las mujeres experimentan desventajas en el momento de administrar lo obtenido producto de su mano de obra en actividades agrícolas; esto les afecta directamente puesto que por la falta de recursos económicos se debilita la toma de decisión para acudir a las instituciones encargadas de brindar protección.

BIBLIOGRAFÍA

- Altamirano, Clemen Lorena. “Derecho a decidir sobre nuestros cuerpos”. En *Alternativas feministas frente a las crisis*, 31-42. Bilbao: Mundubat / Tercera Persona-Hirugarren Prensa, 2013.
- Ávila Santamaría, Ramiro. *La utopía del oprimido. Los derechos de la naturaleza y el buen vivir en el pensamiento crítico, el derecho y la literatura*. Ciudad de México: Akal, 2019.
- Bejarano Celaya, Margarita, y María del Carmen Arellano Gálvez. “Violencia institucional contra las mujeres en el noroeste de México”. *Acta Sociológica* 65 (2014): 24.
- Cabnal, Lorena. “El relato de la violencia desde mi territorio cuerpo-tierras”. En *En tiempos de muerte: cuerpos, rebeldías, resistencias*, 113-26. Buenos Aires y San Cristóbal de Las Casas: Retos, 2019.
- Cagigas Arriazu, Ana. “El patriarcado como origen de la violencia doméstica”. s. f., 10.
- Castillo Sinisterra, Nidia Andrea. “Violencia económica y patrimonial en mujeres afroesmeraldeñas: un enfoque interseccional”. *Mundos Plurales. Revista Latinoamericana de Políticas y Acción Pública* 7, n.º 1 (marzo 2020): 15. doi:10.17141/mundosplurales.1.2021.4274.
- Consejo Nacional para la Igualdad de Pueblos y Nacionalidades. *Agenda para la Igualdad de Derechos de las Nacionalidades y Pueblos Indígenas, Pueblo Afroecuatoriano y Pueblo Montuvio 2019-2021*. Quito, 2019.
- Conte, Isaura Isabel, Cheron Zanini Moretti y Marlene Ribeiro. “Movimiento de mujeres campesinas: una estrategia sociopolítica ante los cautiverios y crisis de civilización”. *Acta Scientiarum. Human and Social Sciences* 41, n.º 1 (2019). <https://www.redalyc.org/journal/3073/307360096007/html/>.
- Crenshaw, Kimberlé Williams. “Cartografiando los márgenes”, 1991, 36. <http://www.uncuyo.edu.ar/transparencia/upload/crenshaw-kimberle-cartografiando-los-margenes-1.pdf>.
- . “Desmarginalizando la intersección entre raza y sexo: Una crítica desde el feminismo negro a la doctrina de la No discriminación, a las teorías feministas y a las políticas antirracistas”. En *Feminismos jurídicos: Interperaciones y debates*, 40-68. Bogotá: Siglo del Hombre, 2021.
- Deere, Carmen, y Magdalena León. “La brecha de género en la propiedad de la tierra en América Latina”. *Estudios Sociológicos* 23 (1 de mayo de 2005).

- Ecuador Corte Constitucional. “Sentencia”. En *Juicio n.º 202-19-JH/21*. 24 de febrero de 2021.
- Escudero Letona, Karem. “La situación de las mujeres rurales en el Perú”. Ayacucho: Asociación Servicios Educativos Rurales, s. f. Accedido 1 de julio de 2021.
- Evangelista-García, Angélica Aremy, Rolando Tinoco-Ojanguren y Esperanza Tuñón-Pablos. “Violencia institucional hacia las mujeres en la región sur de México”. *LiminaR* 14, n.º 2 (2016): 57-69.
- Facio, Alda, y Lorena Fries. “Feminismo, género y patriarcado”, 2005, 36. <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/revista-ensenianza-derecho/article/viewFile/33861/30820>.
- Gavilanes, Patricia, Jacqueline Regato, Alexandra Astudillo y Silvia Pacheco. *Una mirada al contexto social, cultural, legal y económico del campesino montuvio*. Milagro: Holguín, 2017.
- Gavilanes Yanes, Patricia Violeta. “Reconociendo el importante rol que desempeña el pueblo Montuvio en el contexto sociocultural del Ecuador”, 2013, 10. <https://revistas.utm.edu.ec/index.php/latecnica/article/view/557>.
- Guzmán, Flérida. “La violencia contra las mujeres indígenas en México: un primer acercamiento”. En *Participación y políticas de mujeres indígenas en contextos latinoamericanos recientes*, 185-204. Quito: FLACSO Ecuador, 2009.
- Hernández Castillo, Rosalva Aída, y María Teresa Sierra. “Reivindicaciones étnicas, género y justicia”. 2009, 5.
- Lahoz, Diana, Verónica Vázquez-García y Emma Zapata-Martelo. “¿Viven mujeres y hombres la pobreza de la misma manera? Una mirada al interior de hogares indígenas de la Sierra de Santa Marta, Veracruz”. *Papeles de Población*, n.º 70 (2011): 125. <http://www.scielo.org.mx/pdf/pp/v17n70/v17n70a6.pdf>.
- Leyva Solano, Xochitl. “‘Poner el cuerpo’ para des(colonizar) patriarcalizar nuestro conocimiento, la academia, nuestra vida”. En *En tiempos de muerte: cuerpos, rebeldías, resistencias*, coordinado por Xochitl Leyva Solano y Rosalba Icaza, 339-62. Buenos Aires y San Cristóbal de Las Casas: Retos, 2019.
- Museo Municipal de Quevedo. “Origen del pueblo montuvio”. Ilustraciones y arqueología. Quevedo, 2018.
- Organización de las Naciones Unidas. “Organización de Comida y Agricultura”. Accedido 2 de julio de 2021. <http://www.fao.org/FOCUS/S/Women/Sustin-s.htm>.
- Pequeño Bueno, Andrea. “Vivir violencia, cruzar los límites. Prácticas y discursos en torno a la violencia contra mujeres en comunidades indígenas de Ecuador”. En *Participación y políticas de mujeres indígenas en contextos latinoamericanos recientes*, 147-68. Quito: FLACSO Ecuador, 2009.
- Picq Lavinas, Manuela. “La violencia como factor de exclusión política: mujeres indígenas en Chimborazo”. En *Participación y políticas de mujeres indígenas en contextos latinoamericanos recientes*, 125-46. Quito: FLACSO Ecuador, 2009.

- Portales, Ana María, Gloria Yáñez y Pierre Lebret. “La violencia extrema de género y la mirada desde la Cooperación Sur-Sur: aportes y desafíos”. En *Femicidio y suicidio de mujeres por razones de género. Desafíos y aprendizajes en la Cooperación Sur-Sur en América Latina y el Caribe*, 247-72. Santiago: FLACSO Chile, 2017.
- Quiñones Giraldo, Adriana. “Hacia una acción integral en materia de femicidio/feminicidio para América Latina y el Caribe”. En *Femicidio y suicidio de mujeres por razones de género. Desafíos y aprendizajes en la Cooperación Sur-Sur en América Latina y el Caribe*, 69-86. Santiago: FLACSO Chile, 2017.
- Restrepo Medina, Manuel Alberto. *Interculturalidad, protección de la naturaleza y construcción de paz*. Bogotá D. C.: Universidad del Rosario, 2020.
- Santos, Boaventura de Sousa. *Descolonizar el saber, reinventar el poder*. Montevideo: Trilce, 2010.
- Segato, Rita Laura. *Las estructuras elementales de la violencia: ensayos sobre género entre la antropología, el psicoanálisis y los derechos humanos*. Buenos Aires: Universidad Nacional de Quilmes / Prometeo 3010, 2003.
- Serna, Marylen. “Construir la paz: una apuesta de los pueblos por la justicia social para Colombia”. En *Alternativas feministas frente a las crisis*, 81-96. Bilbao: Mundubat / Tercera Persona-Hirugarren Prensa, 2013.
- Sieder, Rachel, y María Teresa Sierra. “Acceso a la justicia para las mujeres indígenas en América Latina”, 2011. <https://www.cmi.no/publications/file/3941-acceso-a-la-justicia-para-las-mujeres-indigenas-en.pdf>.
- Tartosa, José María. “Feminización de la pobreza y perspectiva de género”, 2009. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3342231.pdf>.
- Vivanco, María, y Paloma Bellatin. “El acceso a la justicia de la mujer rural: Desencuentros en la protección y propiedad de la tierra”. En *Género y Justicia*, 625-56. Lima: Tribunal Constitucional del Perú, 2016.
- Walsh, Catherine. “Interculturalidad, plurinacionalidad y decolonialidad: las insurgencias político-epistémicas de refundar el Estado”. *Tabula Rasa* (2008): 22.

Una introducción a los debates jurídicos de la República de Weimar

An Introduction to the Ideas of the Jurists of the Weimar Republic

Augusto Fernando Carrillo Salgado

Universidad Nacional Autónoma de México

Ciudad de México, México

fernando90@comunidad.unam.mx

ORCID: 0000-0001-6107-4917

Artículo de investigación

DOI: <https://doi.org/10.32719/26312484.2022.38.8>

Fecha de recepción: 30 de septiembre de 2021

Fecha de revisión: 16 de diciembre de 2021

Fecha de aceptación: 17 de marzo de 2022

Fecha de publicación: 4 de julio de 2022

Licencia Creative Commons



RESUMEN

Hasta ahora, los artículos que se han publicado en castellano sobre la República de Weimar adolecen de dos bemoles. Por una parte, abordan temas muy puntuales de este período histórico; por la otra, su redacción es demasiado densa o árida. Estas vicisitudes, en ocasiones, distancian al lector de un tópico que, sin duda alguna, enriquecería su formación, sobre todo en las áreas del derecho constitucional y filosofía jurídica. En ese sentido, es necesario un texto que, sin perder la profundidad, permita al lector aproximarse a una etapa de la historia de Alemania caracterizada por las importantes aportaciones jurídicas que en ella tuvieron lugar. Un documento con las características mencionadas sería un punto de partida para una lectura más profunda. Así, el objetivo general de este documento es ofrecer una captura panorámica sobre la República de Weimar. En tanto objetivo particular, son explicadas *grosso modo* las ideas principales de Rudolf Smend, Hermann Heller, Carl Schmitt y Hans Kelsen. Los métodos empleados en el desarrollo de este trabajo son el histórico, deductivo y analítico. El presente trabajo está compuesto por tres secciones principales. Primero, se presenta una introducción a la República de Weimar. Segundo, se explican las ideas principales de las propuestas de los cuatro juristas mencionados. Por último se exponen las conclusiones de este trabajo y se trata de destacar la vigencia epistemológica de los debates jurídicos de Weimar.

PALABRAS CLAVE: Alemania, Weimar, crisis, democracia, Rudolf Smend, Hermann Heller, Carl Schmitt, Hans Kelsen.

ABSTRACT

The articles that have been published in Spanish on the Weimar Republic suffer from two weaknesses. On the one hand, they deal with very specific topics of this historical period; on the other hand, their writing is too dense or arid. These vicisitudes sometimes distance the reader from a topic that would undoubtedly enrich his education, especially in the areas of constitutional law and legal philosophy. In this sense, there is a need for a text that allows the reader to approach a stage in the history of Germany characterized by the important legal contributions. A document with the aforementioned characteristics would be a starting point for a deeper reading. The general aim of this paper is to provide an overview of the Weimar Republic. As a particular objective, the main ideas of Rudolf Smend, Hermann Heller, Carl Schmitt, and Hans Kelsen are explained. The methods used are historical, deductive, and analytical. The present work is composed of three main sections. First, an introduction to the Weimar Republic is presented. Second, the main ideas of the proposals of the four jurists mentioned are explained. Finally, the conclusions are presented and the epistemological validity of the legal debates in Weimar is highlighted.

KEYWORDS: unification, Germany, Weimar, crisis, Rudolf Smend, Hermann Heller, Carl Schmitt, Hans Kelsen.

FORO

INTRODUCCIÓN

En lengua castellana se ha escrito mucho sobre la República de Weimar y, al mismo tiempo, poco o casi nada. Mucho, porque es posible encontrar toda clase de textos sobre el tema que han sido elaborados desde diferentes ópticas. Poco, o casi nada, en cuanto que la gran mayoría de estos textos comportan una prosa bastante árida, rocambolésca, árida o rococó. Lo que hace falta es un texto¹ que, sin perder la profundidad y seriedad, introduzca al lector a un período interesante, contradictorio y altamente propositivo de la historia alemana.

La expresión “República de Weimar” provoca diferentes reacciones. Algunas personas de inmediato prestan atención, quizá atraídas por su halo polémico. Aun sin tener amplios conocimientos al respecto, saben que fue una época de grandes retos e intensos debates. Otras se formulan una serie de interrogantes totalmente válidas: ¿por qué continuar estudiando este período de la historia alemana?, ¿para qué examinar las ideas de los juristas de aquella época si poco o, quizá, “nada” tienen que ver con las necesidades de mi realidad histórica y geográfica?

El estudio de los debates jurídicos de la República de Weimar no es, de ninguna manera, una actividad estéril (ni mucho menos *snob* o una delicadeza de una charla de café). Por el contrario, las discrepancias jurídico-intelectuales que despertó la República enriquecen nuestras herramientas metodológicas, epistemológicas y filosóficas. Los debates jurídicos de la República podrían ser un instrumento útil para encontrar soluciones (como diría José Ortega y Gasset) a los temas de nuestro tiempo. Los debates de los juristas de Weimar podrían ser una herramienta de clarividencia que nos permitirá eludir ciertos escollos del presente y porvenir.

La República de Weimar fue, por una parte, un período histórico caracterizado por la inestabilidad económica y política. Por la otra, el contexto de importantes contribu-

1. El presente documento fue elaborado pensando, sobre todo, en aquellas personas que poco o nada saben sobre los debates jurídicos de la República de Weimar. Tal y como más adelante se verá, este período de la historia alemana se caracteriza por una profunda crisis económica, política, moral y democrática; consecuencia de la Primera Guerra Mundial. Sin embargo, la República de Weimar también destaca por la fecundidad intelectual de sus juristas. Tal es el caso de las propuestas jurídico-filosóficas de Rudolf Smend, Hermann Heller, Carl Schmitt y Hans Kelsen.

En mi opinión, existen notables paralelismos entre nuestro tiempo (caracterizado por una crisis económica mundial (2008), la reaparición de líderes radicales (Donald Trump, Marín Le Pen, Andrés Manuel López Obrador, Jair Bolsonaro, entre otros), una crisis sanitaria global (SARS-CoV-2) y lamentablemente, en últimas fechas, un conflicto armado local que paulatinamente está adquiriendo tintes globales (conflicto en Ucrania). Sin duda alguna, el estudio de la República de Weimar ofrece la oportunidad de aprender de la experiencia del pasado (en diferentes campos, como el constitucional y jurídico-filosófico) para no cometer los mismos errores en el presente y futuro.

ciones intelectuales en todos los campos del saber humano. De entre estos terrenos, destaca el de la ciencia jurídica. A través de estas líneas lo que se busca es, precisamente, ofrecer una introducción al contexto de la República de Weimar y exponer los argumentos principales de los juristas más sobresalientes de aquella época: Rudolf Smend, Hermann Heller, Carl Schmitt y Hans Kelsen.

Este artículo se encuentra dividido en tres secciones. En primer lugar, se expone el origen y características de la República de Weimar. Previamente se explicará el contexto histórico que la precedió. En segundo término, se explican las ideas principales de los juristas más importantes de aquella época. Por último, se presentan las conclusiones de esta investigación. Los métodos empleados para la elaboración de este documento son el histórico y deductivo; la técnica utilizada fue la investigación documental.

ORIGEN Y CARACTERÍSTICAS DE LA REPÚBLICA DE WEIMAR

Definir lo que significó la República de Weimar no es una tarea fácil. Por una parte, es necesario hacer referencia al período histórico que la precedió.² Por la otra, hablar sobre la República de Weimar es tratar de asir y unificar los elementos políticos, económicos y sociales que la constituyeron. Sin duda alguna, la búsqueda por colmar tales objetivos conduciría a escribir textos de mayor aliento.³ Sin embargo, el objetivo de este documento es mucho más modesto pues se quiere ofrecer al lector una introducción puntual a este período histórico.

Hasta antes de 1871, el territorio que hoy llamamos Alemania era una zona compuesta por diversos pueblos que compartían ciertos elementos identitarios, como el idioma, costumbres, tradiciones y determinados eventos históricos. Gracias a una política exterior basada en la guerra, el nacionalismo,⁴ así como en negociaciones diplomáticas, Otto von Bismarck logró unificar los pueblos mencionados bajo la dirección de Prusia. Cabe destacar que este político alcanzó su objetivo gracias al apoyo del Partido Liberal,⁵ el cual se encontraba compuesto por representantes y miembros de la burguesía germana.

-
2. Michael Mertes, “Les questions allemandes au XXe siècle: identité, démocratie, équilibre européen”, *Politique étrangère*, n.º 3-4 (2000): 800.
 3. Ruth Henig, *The Weimar Republic. 1919-1933* (Londres y Nueva York: Routledge, 1998).
 4. Otto Planze, “Bismarck and German Nationalism”, *The American Historical Review*, n.º 3 (1955): 548-66.
 5. Gordon R. Mork, “Bismarck and the “Capitulation” of German Liberalism”, *The Journal of Modern History*, n.º 1 (1971): 59-75.

Francia e Inglaterra, por su parte, se habían posicionado entre las principales potencias europeas. Alemania, por su parte, entró en un tardío pero veloz proceso de industrialización que le permitió insertarse rápidamente en el mercado europeo. Esta acumulación de riqueza trajo como consecuencia la aparición de una carrera armamentista para defender lo ganado, de tal suerte que Francia, Inglaterra y Alemania pronto se encontraron en una competencia por colocarse como la principal potencia de Europa. Es decir, cada uno de estos países trataba de posicionarse como la potencia hegemónica europea. Esta pugna económica condujo al proteccionismo económico, así como a la aparición de movimientos nacionalistas que “reivindicaban” la identidad de sus países frente a los otros. De esta manera, en 1914 estalló la Primera Guerra Mundial. El resultado es conocido: la muerte de millones de personas y la escandalosa derrota alemana. En 1918 Alemania fue constreñida a suscribir el tratado de Versalles por medio del cual se le obligó a pagar todos los daños ocasionados durante la Gran Guerra.⁶

La izquierda alemana culpó a la burguesía y monarquía de la derrota. En su opinión, ambas habían conducido al pueblo alemán a un combate irracional para satisfacer su deseo por conquistar mayores espacios económicos en el mercado europeo y global. La derecha germana acusó a la izquierda de la derrota. Desde su óptica, el sabotaje y falta de apoyo del movimiento obrero-anarquista había debilitado a la milicia trayendo como resultado la inminente derrota de Alemania.

El costo humano, económico y político de la guerra fue muy alto. Si bien es cierto el conflicto bélico condujo a la muerte a miles de combatientes alemanes, también lo es que un gran número de soldados conservaron sus vidas pero fueron gravemente heridos y mutilados.⁷ Por si fuera poco, al volver tuvieron que hacer frente al desempleo y ausencia de seguridad social.⁸ Además, una profunda crisis económica erosionó el valor real de la moneda alemana. Estas circunstancias propiciaron la efervescencia social. En efecto, la derrota moral del pueblo alemán en la Primera Guerra Mundial, el hambre y desempleo fueron un potente combustible para el descontento del pueblo alemán.

Con el propósito de acabar con estas diferencias se propuso la instauración de una forma de gobierno parlamentaria y democrática.⁹ Tras celebrarse un Congreso Constituyente, el 11 de agosto de 1919, se promulgó la Constitución que daría nacimiento al

-
6. Juan David Restrepo Zapata, “El Estado alemán durante la República de Weimar”, *Revista en Historia General*, n.º 1 (2015): 81.
 7. Catherine Wermester, “Des mutilés et des machines. Images de corps mutilés et rationalisation industrielle sous la république de Weimar”, *Vingtième siècle, revue d'histoire*, n.º 61 (1999): 3-13.
 8. Cf. Richard J. Evans y Dick Geary, eds., *The German Unemployed. Experiences and Consequences of Mass Unemployment from the Weimar Republic to the Third Reich* (Nueva York: Routledge, 2015), 44-72.
 9. Reinhard Rürup, “Génesis y fundamentos de la Constitución de Weimar”, *Ayer*, n.º 5 (1992): 125-58.

nuevo gobierno, esto es, a la República de Weimar.¹⁰ Esta puede comprenderse como un período de tiempo en la historia de Alemania comprendido de 1918 a 1933 que se caracterizó por la inestabilidad política, económica y social del país¹¹ pero, también, por la fecundidad intelectual de los pensadores de aquella época.

La República de Weimar contaba con las características siguientes. La forma de Estado era una federación y la de gobierno una república democrática.¹² Se estableció un gobierno central que legislaba en materia de relaciones exteriores, colonias, nacionalidad, ejército, moneda, aduanas y telecomunicaciones. Además, se abandonó cualquier política exterior anexionista al establecerse a nivel constitucional el derecho a la autodeterminación de los pueblos germanos.¹³ También se precisó que toda forma de poder residía originariamente en el pueblo y se incluyó un capítulo de derechos fundamentales en su carta magna.

El poder político se dividió en legislativo, ejecutivo y judicial.¹⁴ El primero de ellos se integraba por un *Reichstag*.¹⁵ Este era el parlamento de la República y se componía por los diputados que debían contar con 20 años y duraban 4 años en su encargo.¹⁶ El poder ejecutivo residía en una sola persona: el presidente. Para ocupar este cargo debía contarse con más de 35 años, ser elegido mediante voto universal-directo y duraba en su encargo 7 años aunque podía reelegirse por otro período.¹⁷ La administración de justicia era impartida por un Tribunal del Imperio y tribunales locales cuyos jueces ocupaban el puesto de manera vitalicia.¹⁸

El andamiaje jurídico-constitucional de la República de Weimar estaba diseñado para dar cabida a todas las voces y solucionar cualquier discrepancia por medio del diálogo a través de su parlamento. No obstante las buenas intenciones de los constituyentes weimerianos, sucedió todo lo contrario, pues la sociedad alemana comenzó a desintegrarse paulatinamente en diversos grupos los cuales enarbolaban, las más de las veces, posturas radicalmente opuestas.

10. Krumeich Gerd, “La République de Weimar et le poids de la Grande Guerre”, *Histoire, économie et société*, n.º 2 (2004): 177.

11. Eric D. Weitz, *Weimar Germany. Promise and tragedy* (Nueva Jersey-Oxfordshire: Princeton University Press, 2007), 129.

12. “Constitución del imperio alemán de 11 de agosto de 1919”, en *Textos constitucionales españoles y extranjeros* (Madrid: Athenaeum, 1930).

13. *Ibíd.*, art. 2.

14. *Ibíd.*, arts. 22-61 y 101-108.

15. *Ibíd.*, arts. 20-40 y 60-67.

16. *Ibíd.*, art. 22.

17. *Ibíd.*, art. 43.

18. *Ibíd.*, art. 104.

Este fenómeno se debió, entre otros, a dos factores. El primero de ellos es el contexto histórico del viejo continente. El panorama político europeo de principios del siglo XX se caracterizaba por su efervescencia política. Por ejemplo, en el vasto territorio ruso la revolución bolchevique había logrado instaurar un férreo régimen “comunista” basado en los “postulados” de Karl Marx. En Inglaterra, Francia, y aún en la propia Alemania, la política estaba supeditada a los poderes del mercado; en estos países se observaba la doctrina del *laissez faire, laissez passer* en su máxima expresión. En Italia y España, por su parte, el germen de los regímenes totalitarios comenzó a desarrollarse.¹⁹

El segundo factor es el económico. Primero Alemania tuvo que hacer frente a una crisis económica producto de la derrota que arrojó al grueso de la población alemana al desempleo.²⁰ La hiperinflación producida y el pésimo manejo de la deuda, mermaron el poder adquisitivo de la moneda a tal grado que, en algún momento, el valor del papel en que se imprimían los billetes era superior al de la propia moneda germana. Por si lo anterior fuera poco, el pueblo alemán tuvo que soportar un segundo revés económico: el quiebre de la bolsa de valores estadounidense de 1929.

La crisis o división del pueblo germano fue, también, intelectual. Por una parte, se encontraban los pensadores liberales que rendían culto al individualismo y al “progreso” científico, aun a costa de la contaminación del medio ambiente y explotación de los seres humanos.²¹ Por la otra, los marxistas denunciaban las contradicciones del capitalismo. También se hallaba un grupo de pensadores que miraban hacia al pasado y compartían algunos puntos de contacto con los intelectuales liberales pues consideraban los valores alemanes en peligro frente a la integración del país al concierto de naciones.²² Finalmente, otra postura sostenía que ninguno de los polos mencionados estaba en lo correcto porque al final de cuentas el ser humano no tenía una verdadera razón de ser en este mundo. Esta postura puede considerarse como una clara muestra del pesimismo de la época. Finalmente, se encontraban aquellos “intelectuales” “críticos” que querían acabar con todo (¿con que propósito?).²³

En el terreno de la ciencia jurídica, las preocupaciones de los juristas giraron alrededor de la manera en que se podría preservar la unidad del Estado y la forma de gobierno más adecuada. No cabe la menor duda de que, en pocas ocasiones se ha podido

19. Hermann Heller, “L’Europe et le fascisme (1929)”, *Cités*, n.º 6 (2001): 179-95.

20. Cf. Richard J. Evans y Dick Geary, eds., *The German...*, 44-72.

21. Louis Dupeux, “La nouvelle droite ‘révolutionnaire-conservatrice’ et son influence sous la république de Weimar”, *Revue d’histoire moderne et contemporaine*, n.º 3 (1994): 472 y ss.

22. *Ibid.*, 473.

23. *Ibid.*, 474 y ss. La postura de estos “intelectuales” “críticos” es muy parecida a la de los “posmodernos” (¿En realidad hemos ido más allá de la modernidad?).

observar una producción jurídico-científica tan fecunda como la acontecida durante la República de Weimar. Lo anterior ha conducido a varios expertos a denominar este período de la historia alemana como “Laboratorio de Weimar”.²⁴ Dada su originalidad, las obras que mayor impacto tuvieron en los debates académicos de la época fueron las escritas por Rudolf Smend, Hermann Heller, Carl Schmitt y Hans Kelsen.²⁵

LOS CUATRO GRANDES JURISTAS DE LA REPÚBLICA DE WEIMAR

RUDOLF SMEND

Rudolf Smend nació el 15 de enero de 1882 en Basilea y murió en Gotinga el 5 de julio de 1975. Este autor fue un protestante evangélico practicante²⁶ cuya formación se vería reflejada a lo largo de su obra. Con 22 años obtuvo el grado de doctor en derecho por la Universidad de Gotinga. Su tesis fue publicada como *Die Preußische Verfassungsurkunde im Vergleich mit dem Belgischen*. Cuatro años más tarde defendería su trabajo de habilitación que versó en torno al Tribunal Supremo del Imperio. Tras el fin de la Segunda Guerra Mundial llegaría a ser el rector de la Universidad de Gotinga.²⁷ El núcleo de la obra de Smend sería desarrollado, precisamente, durante los turbulentos años de la República de Weimar.²⁸

Su texto más conocido es *Verfassung und Verfassungsrecht*²⁹ que ha sido traducido como *Constitución y derecho constitucional*.³⁰ La prosa de dicho documento no es nada sencilla pues emplea un lenguaje complejo u oscuro. Sin embargo, la importancia de este libro radica en que el autor plantea las bases de su famosa teoría del Estado como integración que podría concebirse como el punto medular de su pensamiento.

24. Tommaso Edoardo Frosini, “Costituzione e sovranità nella dottrina della Germania di Weimar”, *Il Politico*, n.º 1 (1996): 95-101.

25. Cf. David Dyzenhaus, *Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar* (Nueva York: Oxford University Press, 2003), 1-37.

26. Joaquín Brage Camazano, “Rudolf Smend: Un constitucionalista lúcido en las Repúblicas de Weimar y Bonn”, en Rudolf Smend, *Ensayos sobre la libertad de expresión, de ciencia y de cátedra como derecho fundamental y sobre el Tribunal Constitucional Federal alemán* (Ciudad de México: UNAM-III, 2005), XI.

27. *Ibid.*, XII.

28. *Ibid.*, XIII.

29. André Luiz Fernandes Fellet, “Rudolf Smend e os direitos fundamentais como ‘ordem objetiva de valores’”, *Revista do instituto do direito brasileiro*, n.º 11 (2012): 6608.

30. Rudolf Smend, *Constitución y derecho constitucional* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985).

Cabe destacar que muchos de los elementos de su teoría ya estarían presentes en algunos de sus ensayos anteriores.³¹ ¿Qué significa su teoría de la integración? Esta puede comprenderse desde una perspectiva jurídica y otra holística.

Desde la primera perspectiva, la aplicación del derecho debe ir más allá del simple silogismo judicial porque la realidad estatal es mucho más compleja. Aunque para dirimir una disputa es necesario atender a las circunstancias jurídicas del caso, el juzgador también debe observar las características fácticas que envuelven la controversia. Así, frente a la visión clásica del derecho, en tanto conjunto de normas que son aplicadas mediante la subsunción, Smend opone un modelo jurídico dinámico porque “las formas espirituales colectivas no son estáticas, son unidades de sentido de la realidad espiritual en constante actualización funcional, en constante reproducción”.³²

Una controversia debe resolverse con base en la aplicación de ciertos valores. Esto es, la existencia de cualquier Estado se encuentra precedida por un sistema de valores que subyacen como una serie de directrices axiológicas que conducen las actuaciones de las instituciones que lo conforman. Luego, entonces, los jueces deben considerar los valores en juego al momento de dirimir una controversia.

Al respecto, Javier García Roca explica que: “es precisamente este intento de conectar el derecho con sus raíces en la sociología, la ética y la política lo que Lucas Verdú destaca de la posición de Smend, y lo califica como un camino intermedio entre la trivialización de la norma constitucional por Lasalle y el positivismo de Kelsen, que tacha de formalista”.³³ En efecto, el punto de vista de Smend se encuentra, sin duda alguna, en franca oposición a la teoría de Kelsen quien llegó a identificar al Estado con la suma de todas las *Rechtssätze*.

Smend expresa su preocupación de la siguiente manera: “la línea seguida por Jellinek y Kelsen, al realizar una crítica en profundidad, ha llegado también a vaciar de contenido los resultados obtenidos hasta alcanzar conscientemente, con la Teoría general del Estado de Kelsen (1925), el punto cero”.³⁴ Para Smend, la existencia del Estado y la aplicación del derecho no puede, ni debe ser entendida únicamente desde su dimensión formal porque existen elementos fácticos que trastocan las fibras más profundas de los gobernados. Descartar la dimensión real del derecho conduce a dejar de lado todos aquellos aspectos de la realidad que se encuentran en juego.

31. Cf. Rudolf Smend, “La libertad de expresión, de ciencia y de cátedra”, en Rudolf Smend, *Ensayos...*, 3-46.

32. Fernandes Fellet, “Rudolf...”, 6609.

33. Francisco Javier García Roca, “Sobre la teoría constitucional de Rudolf Smend (A propósito del libro de Pablo Lucas Verdú *La lucha contra el positivismo jurídico en la República de Weimar*)”, *Revista de Estudios Políticos*, n.º 59 (1988): 270.

34. Rudolf Smend, *Constitución...*, 47.

La teoría del Estado como integración de Smend no solo comprendería una dimensión jurídica sino, también, una holística. Debido al peligro latente de la desintegración del Estado alemán durante la República de Weimar, las preocupaciones de Smend girarían en torno a la forma en que se podría preservar la unidad del Estado. A diferencia de Kelsen, que identificaba al derecho con el Estado y lo concebía como una unidad normativa, el sistema de integración de Smend es mucho más completo y comprende tres formas de integración; a saber: personal, funcional y material.³⁵

La integración personal hace referencia al liderazgo político. De acuerdo con Smend, los representantes estatales cumplen con una serie de funciones vitales cuyo objetivo es salvaguardar la unidad del Estado. El ejemplo más claro de ellos se encuentra en los reyes de los sistemas monárquicos.³⁶ En ese sentido, explica que: “el sentido de la Jefatura del Estado estriba en mayor o menor medida en la “representación”, en la “encarnación” de la unidad política del pueblo, los Jefes de Estado cumplen una función similar a la que realizan, como tipos objetivos o funcionales de integración, las banderas, los escudos y los himnos nacionales”.³⁷

La integración funcional hace referencia a una serie de mecanismos sociales e institucionales cuya finalidad es crear y preservar el sentido de unidad de la población. Es necesario que la población se sienta identificada con el país al que pertenece. Este sentido de pertenencia se puede alcanzar, por ejemplo, a través de los desfiles militares, las fiestas nacionales o la participación en las elecciones.³⁸ Sobre estos mecanismos, Smend explica que “tienden a producir una síntesis social, esto es, que tienden, bien a que el contenido espiritual se haga comunitario, o bien a reforzar la vivencia comunitaria de la vida social, dinamizando así tanto la vida de la comunidad como la del individuo”.³⁹ La integración material hace referencia a elementos fácticos que representan ciertos acontecimientos históricos, valores y aspectos culturales, como las banderas, los escudos, los himnos, etcétera.⁴⁰

Aunque en el mundo hispanohablante el pensamiento de Rudolf Smend ha dejado de ser estudiado paulatinamente, los postulados de este jurista se encuentran aún presentes en la doctrina alemana, en particular, en algunos criterios dictados por el tribunal constitucional de Alemania. La doctrina de Rudolf Smend ha generado opiniones a favor y en contra. “Así entre los autores que reciben algún influjo de Smend se

35. Daniel Jove Villares, “Smend y Kelsen, Estado como integración y problemas actuales”, *Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña*, n.º 24 (2020): 74.

36. *Ibid.*, 75.

37. Rudolf Smend, *Constitución...*, 73.

38. *Ibid.*, 78.

39. *Ibid.*, 78.

40. Jove Villares, “Smend...”, 76.

encuentran, entre otros, Konrad Hesse, Peter Häberle, Friedrich Müller, Klaus Stern, Georg Leibholz o el austríaco Félix Ermacora; a la par que entre sus críticos debe destacarse a Hans Kelsen [...]; y también Niklas Luhmann”.⁴¹

La crítica más contundente hacia su propuesta proviene, sin duda alguna, de la pluma de Hans Kelsen, quien en 1930 publicó un ensayo que ha sido traducido al castellano bajo el título de *El Estado como integración*.⁴² Respecto a este trabajo cabe destacar, cuando menos, dos aspectos: primero, el jurista de Viena aprovecha la ocasión para responder las críticas que Smend realizó a su *Teoría Pura del Derecho* y, segundo, se dedica a golpear las áreas más débiles de la teoría smendiana.

Kelsen explica que, contrario a lo que afirma Smend, su sistema sí es una ciencia del espíritu⁴³ pero no estudia de manera directa los fenómenos de la realidad, tan solo analiza su reflejo cuando estos se han cristalizado en el orden jurídico. Por lo que respecta a las áreas débiles de la teoría smendiana, el jurista encuentra tres flaquezas. Primero, aunque presenta su modelo como una propuesta que supera la doctrina de Jellinek,⁴⁴ en realidad es una reformulación de su doctrina de las dos caras del Estado porque, por una parte, hace referencia a los elementos normativos y, por la otra, a las circunstancias fácticas de la vida estatal. Segundo, los términos que emplea son oscuros, ambiguos o, inclusive, contradictorios.⁴⁵ Tal es el caso de la palabra integración. Finalmente, tratar de integrar el elemento social del Estado es, probablemente, una tarea imposible porque las fuerzas que unen a la población, paradójicamente, también la separan.⁴⁶

HERMANN HELLER

Este jurista nació en Teschen el 17 de julio de 1891.⁴⁷ El 10 de marzo de 1920 defendió su tesis de habilitación en la Universidad de Kiel.⁴⁸ Heller impartió la cátedra de derecho público en las universidades de Berlín y Fráncfort del Meno. Entre sus obras más importantes se encuentran *Hegel und der nationale Machstaatsgedanke in*

41. García Roca, “Sobre...”, 272.

42. Hans Kelsen, *El Estado como integración. Una controversia de principio* (Madrid: Altaya, 1999).

43. *Ibíd.*, 5 y ss.

44. *Ibíd.*, 16 y ss.

45. *Ibíd.*, 74 y ss.

46. Hans Kelsen, *Esencia y valor de la democracia* (Barcelona-Buenos Aires: Labor, 1934).

47. Jeffrey Andrew Barash, “Hermann Heller critique de Carl Schmitt”, *Cités, Qu’est-ce qu’un chef? La crise de l’autorité aujourd’hui*, n.º 6 (2001): 175.

48. Ignacio Gutiérrez Gutiérrez, “Hermann Heller: Compromiso, exilio y memoria”, *e-SLegal History Review*, n.º 25 (2017): 2.

Deutschland, Freie Volksbildungsarbeit, Die Souveränität, Europa und der Fascismus, así como su póstumamente publicada *Staatslehre*.⁴⁹

Hermann Heller fue un personaje que luchó por causas sociales, así como un destacado miembro del Partido Socialdemócrata de Alemania. Alentó a los obreros alemanes en su lucha contra los abusos de lo que consideró un sistema capitalista injusto y armó a los jóvenes socialistas contra Adolf Hitler cuando este realizó su primer intento de golpe de Estado.⁵⁰ Al momento en que el Führer se hizo finalmente con el poder, Heller se encontraba dictando un ciclo de conferencias en la London School of Economics. Sus raíces judías, así como posición política, lo constriñeron a autoexiliarse en España.⁵¹ Solo pasarían unos cuantos meses cuando la muerte lo sorprendería a la edad de 42 años.⁵²

Su propuesta jurídico-filosófica, al igual que su vida, también exhibe esa nota humanista y social que lo caracterizó. Por ello, su modelo estatal ideal es el del Estado de derecho social. Su pensamiento es mucho más complejo de lo que podría parecer a primera vista. Por una parte, parece estructurado conforme a la dialéctica hegeliana. Podría afirmarse que la tesis es la realidad, la antítesis el pensamiento y la síntesis, el derecho y la teoría del Estado. Por otro lado, tampoco puede negarse el influjo del marxismo en su obra, de ahí que el autor se muestre sumamente crítico con el sistema de producción capitalista.

Para Heller, el derecho y la teoría general del Estado no son parte exclusiva de la ciencia del espíritu y, tampoco, se sitúan estrictamente en el campo de las ciencias naturales. Por el contrario, ambas abrevan, al unísono, de uno y otro ámbito. La realidad aporta los fenómenos que tratan de explicar tanto la ciencia del derecho, como la teoría general del Estado. Ahora bien, ni una ni otra deben comprenderse en reposo, es decir, como la suma de conceptos aislados o vacíos porque es, precisamente, la propia naturaleza dinámica de la experiencia vital del ser humano lo que las constriñe a encontrarse en cambio perpetuo.

De ahí que Heller afirme que: “para las ciencias de la cultura, no existe un espíritu que tenga una objetividad trascendente de lo social, es decir, una significación independiente de la vida humana”.⁵³ Por si lo anterior fuera poco, explica que el: “Estado no es espíritu objetivo y quien intente objetivizarlo [sic] frente a su sustancia humana psicofísica, verá que no le queda nada en las manos. Pues el Estado no es otra cosa

49. Barash, “Hermann...”, 176.

50. Gutiérrez Gutiérrez, “Hermann...”, 6.

51. *Ibíd.*, 10.

52. Barash, “Hermann...”, 178.

53. Hermann Heller, *Teoría del Estado* (Ciudad de México: FCE, 1995), 58.

que una forma de vida humano-social, vida en forma y forma que nace de la vida”.⁵⁴ Concluye que “ambos caracteres científicos habrán de ocupar nuestra atención como Teoría del Estado y como Ciencia dogmática del Derecho. Así, la misión de la Teoría del Estado es investigar el Estado en cuanto realidad”.⁵⁵

En efecto, este autor rechaza las concepciones positivistas del derecho y, particularmente, la de Kelsen. Para Heller, resulta irracional, y hasta peligroso, reducir la existencia del ser humano, tradiciones, valores y conflictos políticos a simples enunciados de deber ser. Semejantes postulados del positivismo jurídico conducen a una perspectiva artificial e individualista porque fragmenta la sociedad en conexiones particulares cuando, en realidad, esta se integra por vínculos plurilaterales. El ser humano es individuo en sociedad, no se encuentra aislado como lo pretende la ciencia positivista. En ese sentido, sostiene, “hay que partir pues, de esta vida real del hombre para comprender la estructura y funciones peculiares del Estado y de las demás formas de acción humana”.⁵⁶

De acuerdo con Heller, el formalismo jurídico kelseniano había disuelto el ligamen entre la sociedad y el derecho. De hecho, en su opinión, la doctrina del maestro vienés vendría a ser el producto cultural más extremo del Estado de derecho liberal.⁵⁷ Heller acusó a Kelsen de haber propagado la ideología del dominio de unas normas completamente objetivas con un doble propósito. Primero, la *Reine Rechtslehre* removía el problema político de la soberanía popular y, segundo, ocultaba el conflicto de la relación entre las normas positivas y la estructura social.⁵⁸ Por si lo anterior fuera poco, agrega otro argumento contra el positivismo jurídico: tanto los fenómenos sociales como la existencia del Estado no pueden ser determinados con la precisión matemática que demanda el positivismo jurídico.⁵⁹

Para Heller la unidad del Estado se puede alcanzar, principalmente, a través del parlamento.⁶⁰ Este posicionamiento no podría parecer, *prima facie*, novedoso. Sin embargo, no debe perderse de vista el momento histórico en que el autor vivió. Como

54. *Ibid.*, 59.

55. *Ídem.* En este punto, la propuesta jurídico-filosófica de Hermann Heller parece abreviar de la doctrina de las dos caras de Georg Jellinek. Este punto compartido tanto por Hermann Heller como por Rudolf Smend explica en buena medida su animadversión hacia el formalismo kelseniano. Pero no solo esto, también permite subrayar lo radical de la teoría pura del derecho la cual pretendía romper (o superar) con el pasado; particularmente, con la doctrina de su maestro Georg Jellinek.

56. *Ibid.*, 117.

57. Sara Lagi, “Pensare la democrazia: Hans Kelsen e Hermann Heller”, en *Libertà, uguaglianza, democrazia nel pensiero politico europeo (XVI-XXI secolo)*, ed. Rossella Bufano (Lecce: Milella, 2018), 153.

58. *Ibid.*, 154.

59. Hermann Heller, *Teoría...*, 119.

60. Paul Bookbinder, “Heller versus Carl Schmitt”, *International Social Science Review*, n.º 3 (1987): 122-3.

se sabe, durante los turbulentos años de la República de Weimar, el parlamento era una institución que gozaba de poco o nulo prestigio entre la sociedad alemana porque era percibido como un ente político bajo el control de la burguesía. Por tal motivo, los movimientos radicales que vituperaban al parlamentarismo, como el fascismo y nazismo, contaban con mayores adeptos.⁶¹

La existencia del parlamento se encuentra relacionada con otro elemento: los partidos políticos. El jurista se coloca en franca oposición a todo régimen unipartidista porque no todas las personas pueden participar en la toma de decisiones de manera directa.⁶² Además, la existencia de partidos políticos es necesaria para disminuir la corrupción indefectible a los regímenes unipartidistas ya que cada uno podría hacer las veces de vigilante del otro. Finalmente, destaca que, sin importar la posición política de cada partido, todos ellos deben tener un claro perfil socialdemócrata. En otras palabras, dentro de su agenda debe hallarse, como prioridad, la disminución de la desigualdad entre los seres humanos.⁶³

CARL SCHMITT

Este jurista nació en Plettenberg, Alemania, el 11 de julio de 1888. Entre sus textos más destacados se encuentran: *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus*, *Der Begriff des Politischen*, *Verfassungslehre* y *Der Hüter der Verfassung*.⁶⁴ Schmitt es recordado como una figura polémica debido a sus vínculos con el movimiento nacionalsocialista de Adolf Hitler. Sin minimizar su talento, estos mismos lazos le permitirían ocupar importantes posiciones académicas en la Universidad de Berlín. Por ejemplo, estuvo al frente del *Deutsche Juristen Zeitung*; principal medio de divulgación jurídica nazi.⁶⁵

Schmitt escribiría un importante episodio de la historia alemana el 13 de julio de 1934, al dar lectura pública a su ensayo *Der Führer schützt das Recht*.⁶⁶ Este documento posee un importante valor histórico porque representa su declaración de lealtad

61. Sara Lagi, "Pensare...", 159 y ss.

62. *Ibid.*, 123 y ss.

63. *Ibid.*, 124. Hermann Heller coincide en este punto con Hans Kelsen, quien expuso la necesidad del sistema de partidos políticos en las dos ediciones de su famoso ensayo *Esencia y valor de la democracia*. En mi opinión, no existe una suerte de enemistad entre ambos juristas, más bien una sana discrepancia intelectual porque entre ellos existen tanto puntos en común como significativas diferencias. Cfr., nota número 55.

64. Sandrine Baume, "La réception critique de Carl Schmitt", *Revue Française d'Histoire des Idées Politiques*, n.º 27 (2008): 112-3.

65. Yves Charles Zarka, "Présentation: Carl Schmitt, le nazi", *Cités*, n.º 14 (2003): 161-3.

66. Carl Schmitt, "Le Führer protège le droit", *Cités*, n.º 14 (2003): 165-71.

hacia el régimen del Führer y es, además, una suerte de programa político dirigido a los jueces alemanes. En él, describe una transición histórica, desde un punto de decadencia de las instituciones jurídico-políticas alemanas, hacia una mejor época. Este cambio de paradigma exigiría un examen exhaustivo de la ciencia del derecho, jurisprudencia y práctica de la abogacía porque, a diferencia de lo que sostiene el positivismo jurídico, es imposible petrificar el derecho en códigos ya que las necesidades de la población alemana estaban en constante cambio.

En este documento, el *Reichspräsident* es descrito como el factor de unidad jurídico-política de Alemania. *Der Führer schützt das Recht* podría, también, comprenderse como la síntesis de varias de sus ideas expuestas con anterioridad en otros documentos, por ejemplo, *Der Hüter der Verfassung*.⁶⁷ En este texto, Schmitt adoptaría la teoría del poder neutro de Benjamin Constant y afirmaría que el guardián de la constitución debe ser el presidente del *Reich*.⁶⁸ Este último texto sería el punto de partida de su debate con Kelsen sobre el garante de la norma fundamental.⁶⁹

Al respecto, de acuerdo con Schmitt, el *Reichspräsident* es el actor político que mejor puede preservar la unidad constitucional al no tener que adoptar decisiones colegiadas. Por si lo anterior fuera poco, él es quien goza de la mayor legitimidad democrática pues ocupa el puesto gracias al voto directo de la población. Pero sus argumentos no solo deben entenderse en favor de su propuesta sino, también, contra el modelo de control concentrado de la constitución de Hans Kelsen.

Schmitt destaca que, en el sistema ideado por el jurista de Viena, las sentencias de los jueces constitucionales entrañan un peligroso efecto: la derogación de las normas porque los jueces, en realidad, estarían legislando en sentido negativo.⁷⁰ Schmitt observa una desproporción institucional en el modelo de Kelsen ya que, mientras la creación de las normas exige el acuerdo de voluntades de un gran número de representantes, su derogación es efectuada por un grupo reducido de juristas. En segundo lugar, Schmitt subraya que dichos jueces ni siquiera se encuentran legitimados por el voto directo de la población pues en la mayoría de los sistemas jurídicos son propuestos por el *Reichspräsident* y aprobados por el *Reichstag*.⁷¹

67. Carl Schmitt, “Der Hüter der Verfassung”, *Archiv des öffentlichen Rechts*, n.º 2 (1929): 161-237.

68. Cf. Hans Kelsen, *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?* (Tubinga: Mohr Siebeck, 2019), 1-106.

69. Paulo Junior Trindade dos Santos, “Jurisdição constitucional e o embate que o antecede em Kelsen e Schmitt”, *Revista da Esmesc*, n.º 26 (2013): 384.

70. Bruno Cláudio Penna Amorim Pereira y José Alfredo de Oliveira Baracho Junior, “O debate entre Hans Kelsen e Carl Schmitt sobre a custódia da constituição”, *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, n.º 1 (2019): 324.

71. *Ibid.*, 328.

En su momento, los argumentos de Schmitt pusieron contra las cuerdas a Kelsen. No obstante lo anterior, en *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?*, el maestro de Viena logró defender su postura de manera brillante. Primero, explica que la percepción de Schmitt respecto a la desproporción institucional entre el poder legislativo y el judicial es, en realidad, falsa. Por un lado, mientras la creación normativa es una función inherente al poder legislativo, la derogación de las leyes resulta, por otra parte, una actividad excepcional que recae en el poder judicial.⁷² En otras palabras, no se encuentran compitiendo dos fuerzas opuestas porque la actividad de un tribunal constitucional es excepcional mientras que la obligación de legislar es una regla general.

Segundo, no debe perderse de vista que, normalmente, la creación de las normas obedece a intereses partidistas o políticos que, en algunas ocasiones, pasan por alto la adecuación de las normas secundarias con el texto constitucional. Como un tribunal constitucional está integrado por peritos en derecho, el examen técnico-jurídico de las normas secundarias puede efectuarse en forma más refinada.⁷³ Finalmente, la función de un tribunal constitucional no consiste, de ninguna forma, en atentar contra la voluntad de la mayoría sino que, por el contrario, su esencia radica en dar voz a la minoría para que no quede a merced de una eventual tiranía de la mayoría.⁷⁴

Convendría, por último, referir otra de las teorías de Schmitt: la del amigo/enemigo. Contrario a lo que afirmaba Heller, el parlamento y la sociedad no son, en forma alguna, la arena del acuerdo. Por el contrario, Schmitt concibe la política como una lucha constante porque debe entenderse en términos dicotómicos, entre amigos y enemigos.⁷⁵ De acuerdo con Schmitt, los seres humanos se agrupan para defender ciertos valores, intereses o alcanzar algún fin. La expresión política de estas agrupaciones son los partidos políticos. Cada partido luchará contra el otro, esto es, cada agrupación tratará de hacerse con el poder para salvaguardar sus valores, defender sus intereses o alcanzar sus fines.

72. Hans Kelsen, *La giustizia costituzionale* (Milán: Giuffrè, 1981), 176 y ss.

73. Giorgio Lombardi, “Estudio preliminar”, en Carl Schmitt y Hans Kelsen, *La polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional: El defensor de la Constitución versus ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* (Madrid: Tecnos, 2009), XXVIII y ss.

74. Cf., Augusto Fernando Carrillo Salgado, “Una académica comprometida con el estudio de la historia del pensamiento iuspolítico alemán y el trabajo de Hans Kelsen: una aproximación a la apasionante obra de Sara Lagi”, *Precedente. Revista jurídica*, n.º 19 (2021): 217-8.

75. Carl Schmitt, *The Concept of the Political* (Chicago y Londres: The University of Chicago Press, 2007), 26 y ss.

HANS KELSEN

Este jurista fue el cultor del derecho más importante del siglo XX. Sobre su obra existen opiniones a favor y en contra.⁷⁶ Hans Kelsen nace en Praga el 11 de octubre de 1881 y muere en California el 19 de abril de 1973. Estudió derecho en la Universidad de Viena. Posteriormente, realizó tres semestres en las universidades de Heidelberg y Berlín⁷⁷ mientras escribía su tesis de habilitación la cual publicaría bajo el título *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*.

Durante la Primera Guerra Mundial, serviría como alto funcionario en el Ministerio de Guerra bajo las órdenes de Karl Renner.⁷⁸ Concluido el conflicto armado, participaría como redactor de la primera Constitución de la República de Austria. En este texto, crearía el primer tribunal constitucional moderno de Europa central.⁷⁹ Más tarde, devendría uno de sus jueces vitalicios. Sin embargo, una serie de discrepancias políticas en torno a la figura del divorcio lo obligarían a trasladarse hacia Colonia.⁸⁰ Su estancia en Alemania sería, en realidad, muy corta porque el avance del nazismo y su origen judío lo obligarían a trasladarse hacia Ginebra donde dictaría cátedra en el *Institut Universitaire de Hautes Études Internationales*. Una vez en Ginebra, recibiría una invitación para impartir cátedra en la Universidad Alemana de Praga, la cual aceptó bajo la condición de permitirle conservar su puesto en Ginebra.

Hacia 1940 el avance de las tropas alemanas era imparable. El temor a una posible invasión, lo condujo a abandonar Europa y dirigirse hacia los Estados Unidos de América. En la Unión Americana primero sería profesor de la Universidad de Harvard; de la cual había recibido un *doctorado honoris causa* un par de años atrás. Al tercer año fue rechazada su solicitud para renovar su contrato como profesor porque implicaría mantenerlo como catedrático definitivo.⁸¹ Finalmente, devendría profesor en la Universidad de California.⁸²

Algunos autores han tratado de periodizar la obra del jurista con base en sus características epistemológicas y metodológicas. En ese sentido, han identificado tres fases:

76. Augusto Fernando Carrillo Salgado, “Un acercamiento al positivismo inclusivo de Hans Kelsen”, en *Actualidad del pensamiento teórico jurídico de Hans Kelsen*, coordinado por Augusto Fernando Carrillo Salgado y Julio César Muñoz Mendiola (Ciudad de México: Tirant lo Blanch, 2021), 26-7.

77. Hans Kelsen, *Autobiografía* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008), 31.

78. *Ibíd.*, 64 y ss.

79. Sara Lagi, “Kelsen e la Corte costituzionale austriaca: un percorso storico-politico (1918-1920)”, *Giornale di Storia costituzionale*, n.º 11 (2006): 165-74.

80. Kelsen, *Autobiografía*, 64 y ss.

81. *Ibíd.*, 80.

82. Hans Kelsen, *Teoría general del derecho y del Estado*, 2.ª ed. (Ciudad de México: UNAM, 1995).

constructivista (1911-1922), clásica (1922-1960) y escéptica (1960 hasta su muerte).⁸³ El período de la producción científica kelseniana durante la República de Weimar se sitúa entre la fase constructivista y clásica (1918-1933). En consecuencia no debe sorprender que, durante este período, su trabajo se caracterice por su formalismo y perspectiva neokantiana.

El problema de la unidad del Estado en el pensamiento de Hans Kelsen puede analizarse desde dos ángulos. Por una parte se encuentra el ontológico, que comprende la creación y aplicación del derecho. Por la otra, se haya el punto de vista metodológico. Para Kelsen, la unidad material del Estado se encuentra determinada por la existencia del parlamento y tribunal constitucional. El primero es la arena del acuerdo político en tanto que el segundo el instrumento para resolver aquellos conflictos normativos y competenciales que pongan en peligro la unidad del Estado. Para Kelsen, además, el parlamento, debe dar voz a las minorías quienes, eventualmente, podrían devenir una mayoría. Esto es, existe una tensión constante entre el principio de minoría y mayoría. Por lo que respecta al tribunal constitucional, siguiendo la tradición de su maestro Jellinek, este debe entenderse como el actor jurisdiccional encargado de proteger a las minorías, así como la división de poderes y competencias al interior del Estado.

Sobre el punto de vista metodológico, afirmó que el derecho y Estado (unión de todas las *Rechtssätze*) son el mismo objeto de estudio.⁸⁴ En otras palabras, para el jurista de Viena, el Estado es el ordenamiento jurídico entendido como una unidad. De ahí que, los problemas y tópicos de la teoría general del Estado sean los mismos para la ciencia jurídica. Con el propósito de analizar científicamente el derecho, prescinde de la realidad y se centra en la estructura de las normas. El territorio, los atributos de la personalidad y las facultades de la autoridad se encuentran determinados, en última instancia, por una norma.⁸⁵

A MANERA DE CONCLUSIÓN

Las preocupaciones de Smend, Heller, Schmitt y Kelsen giraron en torno a los mecanismos para mantener la unidad del Estado y la forma de gobierno más adecuada. Smend es el representante de un modelo por medio del cual la unidad del Estado es preservada a través de un entramado complejo de factores. Al respecto, pueden identificarse elementos periféricos, así como un núcleo jurisdiccional. Dentro de los

83. Stanley Paulson, "Four Phases in Hans Kelsen's Legal Theory? Reflections on a Periodization, *Oxford Journal of Legal Studies*, n.º 1 (1998): 161.

84. Hans Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* (Tubinga: Verlag, 1923), 182 y ss.

85. Hans Kelsen, *Allgemeine Staatslehre* (Berlín: Verlag, 1925), 16 y ss.

primeros se encuentran, por ejemplo, los símbolos patrios y las fiestas nacionales. El núcleo jurisdiccional, por su parte, es el Tribunal Constitucional. Este órgano debe ser el encargado de dirimir los conflictos sociales más importantes y sus sentencias deben dictarse atendiendo al contexto de la problemática, así como al texto de la ley.

Para Heller las autoridades estatales deben adoptar políticas de naturaleza social. Esto es, instituir mecanismos que disminuyan paulatinamente la desigualdad entre los seres humanos. Heller fue un autor que, de manera implícita, delineó la imagen ideal de un ser humano altamente racional. Por tal motivo, también confió en que la unidad del Estado podría salvaguardarse gracias a la existencia de un parlamento el cual, debería entenderse como la arena donde, por medio del diálogo y el respeto, podría alcanzarse el consenso.

Por su parte, Kelsen encontró dos vías para salvaguardar la integridad del Estado. Por una parte, afirmó que la unidad solo podía alcanzarse en la norma porque, en el mundo fáctico, existen fuerzas que separan a los grupos sociales. Por tal motivo, centró su atención en el formalismo jurídico como instrumento de cohesión estatal. Por otro lado, fue un defensor del sistema parlamentario y la justicia constitucional como mecanismos para mantener la unidad del Estado.

Aunque los modelos de estos tres juristas eran diferentes, también existen puntos de contacto en sus propuestas. Por ejemplo, Smend y Kelsen coinciden en la importancia del Tribunal Constitucional para preservar la unidad estatal. Sin embargo, mientras el primero se inclinó hacia un modelo que escapase de las ataduras del estricto texto de la ley, el segundo defendió su posición a partir de razonamientos más formalistas. Por otra parte, Heller y Kelsen también coincidían respecto a la importancia del parlamento. No obstante, en tanto Heller pugnaba por un parlamento con una inclinación social, Kelsen se decantó por un modelo liberal.

Quien más se apartó de estos lugares comunes fue Schmitt. Este jurista abogó por el fortalecimiento del poder ejecutivo en tanto actor político para preservar la unidad nacional. De acuerdo con Schmitt, el ejecutivo federal, por decirlo de algún modo, tendría que ser el encargado de salvaguardar la unidad del Estado. Sin embargo, podría afirmarse que, gracias a la distinción amigo-enemigo, existe un cierto germen democrático en el pensamiento de Schmitt pero su modelo corresponde a una democracia de combate. En efecto, la categoría de enemigo exige, cuando menos, dos grupos en pugna. De lo contrario, todos devendrían amigos de un régimen y, con ello, la democracia se disolvería en un solo partido.

En suma, las propuestas de los cuatro juristas de Weimar constituyen posturas epistemológicas claramente diferenciadas cuyos aportes aún dan mucho de qué hablar porque remiten a temas centrales que se encuentran presentes en los debates actuales. Por ejemplo, el papel de un Tribunal Constitucional, la forma en que debe dictar sus sentencias, los mecanismos para preservar la democracia, etcétera. Sin duda alguna,

resulta fecundo volver, de vez en cuando, a reexaminar las ideas de estos grandes juristas. Decantarse por la propuesta de alguno de estos cuatro juristas es realmente difícil. En realidad, los cuatro tenían algo de razón. Es decir, sus ideas daban respuesta a determinados segmentos de la realidad. Dicho de otra manera, analizaban el mismo objeto pero de diferentes ángulos. Probablemente, una suerte de síntesis entre lo mejor de todas estas propuestas permitiría colmar los problemas actuales de la democracia de una forma más asertiva. Sin embargo, este examen profundo sería objeto de análisis en otro lugar pues requiere un espacio extenso así como la maduración de un gran número de ideas.

BIBLIOGRAFÍA

- Barash, Jeffrey Andrew. “Hermann Heller critique de Carl Schmitt”. *Cités, Qu'est-ce qu'un chef? La crise de l'autorité aujourd'hui*, n.º 6 (2001).
- Baume, Sandrine. “La réception critique de Carl Schmitt”. *Revue Française d'Histoire des Idées Politiques*, n.º 27 (2008).
- Bookbinder, Paul. “Heller versus Carl Schmitt”. *International Social Science Review*, n.º 3 (1987).
- Bufano, Rossella, ed. *Libertà, uguaglianza, democrazia, nel pensiero politico europeo (XVI-XXI secolo)*. Lecce: Milella, 2018.
- Carrillo Salgado, Augusto Fernando. “Una académica comprometida con el estudio de la historia del pensamiento iuspolítico alemán y el trabajo de Hans Kelsen: una aproximación a la apasionante obra de Sara Lagi”. *Precedente. Revista jurídica*, n.º 19 (2021).
- , y Julio César Muñoz Mendiola, coords. *Actualidad del pensamiento teórico jurídico de Hans Kelsen*. Ciudad de México: Tirant lo Blanch, 2021.
- Dupeux, Louis. “La nouvelle droite ‘révolutionnaire-conservatrice’ et son influence sous la république de Weimar”. *Revue d'histoire moderne et contemporaine*, n.º 3 (1994).
- Dyzenhaus, David. *Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar*. Nueva York: Oxford University Press, 2003.
- Evans, Richard J. y Dick Geary, eds. *The German Unemployed. Experiences and Consequences of Mass Unemployment from the Weimar Republic to the Third Reich*. Nueva York: Routledge, 2015.
- Fernandes Fellet, André Luiz. “Rudolf Smend e os direitos fundamentais como ‘ordem objetiva de valores’”. *Revista do instituto do direito brasileiro*, n.º 11 (2012).
- Frosini, Tommaso Edoardo. “Costituzione e sovranità nella dottrina della Germania di Weimar”. *Il Politico*, n.º 1 (1996).
- García Roca, F. Javier. “Sobre la teoría constitucional de Rudolf Smend (A propósito del libro de Pablo Lucas Verdú *La lucha contra el positivismo jurídico en la República de Weimar*)”. *Revista de Estudios Políticos*, n.º 59 (1988).

- Gerd, Krumeich. “La République de Weimar et le poids de la Grande Guerre”. *Histoire, économie et société*, n.º 2 (2004).
- Gutiérrez Gutiérrez, Ignacio. “Hermann Heller: Compromiso, exilio y memoria”. *e-SLegal History Review*, n.º 25 (2017).
- Heller, Hermann. “L’ Europe et le fascisme (1929)”. *Cités*, n.º 6 (2001).
- . *Teoría del Estado*. Ciudad de México: FCE, 1995.
- Henig, Ruth. *The Weimar Republic. 1919-1933*. Londres y Nueva York: Routledge, 1998.
- Jove Villares, Daniel, “Smend y Kelsen, Estado como integración y problemas actuales”, *Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña*, n.º 24 (2020).
- Kelsen, Hans. *Allgemeine Staatslehre*. Berlín: Verlag, 1925.
- . *Autobiografía*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008.
- . *El Estado como integración. Una controversia de principio*. Madrid: Altaya, 1999.
- . *Esencia y valor de la democracia*. Barcelona-Buenos Aires: Labor, 1934.
- . *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*. Tubinga: Verlag, 1923.
- . *La giustizia costituzionale*. Milán: Giuffrè, 1981.
- . *Teoría general del derecho y del Estado*, 2.ª ed. Ciudad de México: UNAM, 1995.
- . *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?* Tubinga: Mohr Siebeck, 2019.
- Lagi, Sara. “Kelsen e la Corte costituzionale austriaca: un percorso storico-politico (1918-1920)”. *Giornale di Storia costituzionale*, n.º 11 (2006).
- Mertes, Michael. “Les questions allemandes au XXe siècle: identité, démocratie, équilibre européen”. *Politique étrangère*, n.º 3-4 (2000).
- Mork, Gordon R. “Bismarck and the “Capitulation” of German Liberalism”. *The Journal of Modern History*, n.º 1 (1971).
- Paulson, Stanley. “Four Phases in Hans Kelsen’s Legal Theory? Reflections on a Periodization”. *Oxford Journal of Legal Studies*, n.º 1 (1998).
- Penna Amorim Pereira, Bruno Cláudio, y José Alfredo de Oliveira Baracho Junior. “O debate entre Hans Kelsen e Carl Schmitt sobre a custódia da constituição”. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, n.º 1 (2019).
- Planze, Otto. “Bismarck and German Nationalism”. *The American Historical Review*, n.º 3, (1955).
- Restrepo Zapata, Juan David. “El Estado alemán durante la República de Weimar”. *Revista en Historia General*, n.º 1 (2015).
- Rürup, Reinhard. “Génesis y fundamentos de la Constitución de Weimar”. *Ayer*, n.º 5 (1992).
- Schmitt, Carl. “Der Hüter der Verfassung”. *Archiv des öffentlichen Rechts*, n.º 2 (1929).
- . “Le Führer protège le droit”. *Cités*, n.º 14 (2003).
- . *The Concept of the Political*. Chicago y Londres: The University of Chicago Press, 2007.

- , y Hans Kelsen. *La polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional: El defensor de la Constitución versus ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* Madrid: Tecnos, 2009.
- Smend, Rudolf. *Constitución y derecho constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985.
- . *Ensayos sobre la libertad de expresión, de ciencia y de cátedra como derecho fundamental y sobre el Tribunal Constitucional Federal alemán*. Ciudad de México: UNAM-III, 2005.
- Textos constitucionales españoles y extranjeros*. Madrid: Athenaeum, 1930.
- Trindade dos Santos, Paulo Junior. “Jurisdição constitucional e o embate que o antecede em Kelsen e Schmitt”. *Revista da Esmesc*, n.º 26 (2013).
- Weitz, Eric D. *Weimar Germany. Promise and tragedy*. Nueva Jersey-Oxfordshire: Princeton University Press, 2007.
- Wermester, Catherine. “Des mutilés et des machines. Images de corps mutilés et rationalisation industrielle sous la république de Weimar”. *Vingtième siècle, revue d’histoire*, n.º 61 (1999).
- Zarka, Yves Charles. “Présentation: Carl Schmitt, le nazi”. *Cités*, n.º 14 (2003).

En torno a la corrupción privada regulada en el Código Orgánico Integral Penal

*As for Private Corruption Regulated
in the Código Orgánico Integral Penal*

Pedro Martín Páez Bimos

Universidad de los Hemisferios

Quito, Ecuador

pedropaez1092@gmail.com

ORCID: 0000-0003-4951-307X

Sergio Berenguer Pascual

Universidad Rey Juan Carlos

Madrid, España

sergio.berenguer@urjc.es

ORCID: 0000-0002-1909-4620

Artículo de investigación

DOI: <https://doi.org/10.32719/26312484.2022.38.9>

Fechas de recepción: 13 de diciembre de 2021

Fechas de revisión: 5 de marzo de 2022

Fecha de aceptación: 17 de marzo de 2022

Fecha de publicación: 4 de julio de 2022

Licencia Creative Commons



RESUMEN

La criminalización de los actos de corrupción en el sector privado en el Código Orgánico Integral Penal (COIP) forma parte de una corriente expansiva e intensiva del Derecho penal que no es aislada o autónoma para el Ecuador. En la nueva legislación anticorrupción es posible observar ciertos problemas, tal vez derivados de los conflictos que existen con los principios limitadores del Derecho penal, dentro del modelo constitucional de derechos y justicia, así como otras incógnitas a la hora de interpretar los elementos objetivos del tipo penal, sobre todo si se tiene en cuenta la política criminal que busca satisfacer esta necesidad. Aplicando una metodología analítica y comparativa frente a estas actuales cuestiones, la experiencia española en materia penal puede servir de guía, por cuanto incorporó a su legislación una figura similar hace ya más de una década. Desde esta perspectiva podrán establecerse una serie de conclusiones que acentuarán la necesidad de reformar el Código Orgánico Integral Penal para evitar previsible problemas en la aplicación del nuevo delito.

PALABRAS CLAVE: corrupción, transparencia, negocios, integridad, derecho penal, crimen, empresas, corporaciones.

ABSTRACT

The criminalization of the commercial bribery in the Código Orgánico Integral Penal (COIP) is part of an expansive and intensive current of criminal law that is not exclusive or autonomous for Ecuador. In the fresh anti-corruption legislation, several important issues can be observed, perhaps originated from the conflict that exists with the limiting principles of Criminal Law, within the constitutional system of rights and justice, as well as other unknowns when interpreting the objective elements of the offence, especially if we consider the criminal policy that seeks to satisfy this need. Applying an analytical and comparative methodology to these current issues, the Spanish experience in criminal matters can serve as a guide, since it incorporated a similar figure into its legislation more than a decade ago. From this perspective, some conclusions may be established that will emphasize the need to amend the Comprehensive Organic Criminal Code to prevent foreseeable problems in the application of the new offence.

KEYWORDS: corruption, transparency, business, integrity, criminal law, crime, companies, corporations.

FORO

ANTECEDENTES Y CUESTIONES GENERALES DE LA LEY ORGÁNICA REFORMATORIA DEL COIP EN MATERIA ANTICORRUPCIÓN

La Ley Orgánica Reformatoria del COIP en materia Anticorrupción publicada en el Registro Oficial el 17 de febrero de 2021 surge en un contexto muy controvertido en la realidad ecuatoriana, en el que se vinculan elementos jurídicos, sociales, pero sobre todo políticos,¹ que evidencian no solo una necesidad jurídica de reforma en el ámbito penal y administrativo, sino también una profunda inestabilidad política institucional por las decisiones de sus autoridades que se reveló con las tumultuosas protestas sociales de octubre de 2019.²

No existe motivación fáctica o por lo menos los hechos que fueron la razón de la presente reforma normativa, sino que solo se encuentran descritos los artículos de la Constitución que avalan las facultades y deberes del Estado respecto a la administración de justicia, responsabilidades de los servidores públicos y principios constitucionales,³ además de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.

LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS: CONTEXTO VINCULANTE

Entre los artículos que se han reformado por el legislador, podemos destacar los relacionados con la denominada corrupción, por ejemplo, la reforma del artículo 49 sobre la responsabilidad de las personas jurídicas en el ámbito penal, que ha tenido un desarrollo paulatino y con una mezcla de tradiciones jurídicas a lo largo del

-
1. Al respecto se puede evidenciar varios casos de corrupción que involucraron al sector privado y público, como, por ejemplo, el caso Odebrecht o Sobornos 2012-2016 que puede revisarse en el portal web de la Procuraduría General del Estado. Véase en Ecuador Procuraduría General del Estado, “Caso Sobornos teoría del caso”, *Procuraduría General del Estado*, acceso el 8 de octubre de 2021, <https://bit.ly/3AheTEX>. Asimismo, los diferentes medios de comunicación han destacado la reforma realizada. Véase en Primicias, “Reformas al COIP: nuevos delitos y sanciones en vigencia”, *Primicias*, acceso el 11 de diciembre de 2021, <https://bit.ly/3FJKNLr>.
 2. Se puede evidenciar las movilizaciones de los pueblos y nacionalidades indígenas que tuvieron, inclusive, cobertura internacional en diferentes medios, y que revelaron la falta de representación popular de las autoridades en el último semestre de 2019. Véase en Nicolás Oliva Pérez, “Crisis en Ecuador: de protestas a privilegios”, en *Ecuador: La insurrección de octubre*, ed. Camila Parodi y Nicolás Sticotti (Buenos Aires: CLACSO, 2020), 27-9.
 3. Se puede ver los artículos 3, 83, 227, 229 y 223 de la Constitución de la República del Ecuador.

tiempo.⁴ En nuestro caso, el desarrollo ha sido un poco confuso y con más de una problemática en el ámbito conceptual y aplicativo de la imputación penal a las personas jurídicas.⁵ No obstante, si ha existido un desarrollo significativo en materias extrapenales en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, como son los casos de riesgos laborales o el lavado de activos, en el que el desarrollo de la regulación empresarial ha seguido una corriente internacional importante para el cumplimiento de la legalidad, en cuanto al *corporate compliance*⁶ que, con la actual reforma establece como atenuante, según dispone el número 7 del artículo 45, si la persona jurídica tiene sistemas de integridad, normas, programas y/o políticas de cumplimiento, prevención, dirección y/o supervisión que incorporen, sin perjuicio de la normativa reglamentaria que se dicte en esta materia, los siguientes elementos:

- Identificación, detección y administración de actividades en las que se presente riesgo;
- Controles internos con responsables para procesos que representen riesgo;
- Supervisión y monitoreo continuo, tanto interna, como evaluaciones independientes de los sistemas, programas y políticas, protocolos o procedimientos para la adopción y ejecución de decisiones sociales;
- Modelos de gestión financiera;
- Canal de denuncias;
- Códigos de ética;
- Programas de capacitación del personal;
- Mecanismos de investigación interna;
- Obligación de informar al encargado de cumplimiento sobre posibles riesgos o incumplimientos;

-
4. Se puede evidenciar el desarrollo de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sobre todo, en la tradición continental europea de la que el Ecuador ha tomado como fuente, y que surge desde el fenómeno corporativo a finales del siglo XVIII, pasando por la ocupación del derecho de la posguerra de la segunda guerra mundial hasta la protección del mercado único comunitario europeo. Véase en Percy García, “La persona jurídica como sujeto penalmente responsable”, en *Derecho Penal Empresario*, dir. Guillermo Jorge Jacobucci (Buenos Aires: B de f, 2010), 61-5.
 5. Empezando por comprender los fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, la responsabilidad por hecho propio o ajeno y el defecto de organización, véase en Pedro Páez, “Los problemas en la imputación penal de las personas jurídicas en el Ecuador”, *Revista Electrónica Iberoamericana* 11, n.º 1 (2017): 12-3; véase también María Araujo, *La nueva teoría del delito económico y empresarial en Ecuador: La responsabilidad penal de las personas jurídicas y el Código Orgánico Integral Penal* (Quito: CEP, 2014), 73-4.
 6. Véase en José Pazmiño y Juan Pozo, “Responsabilidad penal de las personas jurídicas y compliance: caso Ecuador”, *Revista Derecho Penal y Criminología* XL, n.º 109 (2019): 109-12.

- Normas para sancionar disciplinariamente las vulneraciones del sistema; y,
- Programas conozca a su cliente o debida diligencia.

Es pertinente reconocer que ha existido un avance para clarificar el contenido y los elementos que deben tener las diferentes formas de sistemas de cumplimiento normativo, sin embargo, no se ha delimitado temas importantes como el defecto de organización empresarial, la exclusión de la responsabilidad penal de la persona jurídica y un cambio sustancial de la cultura de integridad empresarial,⁷ cuestiones que son propias para un análisis autónomo pero que tampoco pueden ser obviadas para el análisis del tipo penal de actos de corrupción en el sector privado. Es decir, que exista valoración sustancial del riesgo empresarial más allá del ámbito económico, sino también de su dimensión jurídica-penal.⁸ Además, se debe tomar en cuenta que la aspiración que tiene la ciencia del *compliance* es que el cumplimiento en el seno empresarial no sea una casualidad o comportamiento aislado, sino que la arquitectura empresarial busque cambios generalizados y culturales en el cumplimiento normativo.⁹

MODIFICATORIA Y ENDURECIMIENTO EN LAS PENAS IMPUESTAS

En cuanto a otros puntos importantes, se debe establecer que en el artículo 68 del COIP existe un endurecimiento a la pena de pérdida de los derechos de participación, en los delitos de peculado, enriquecimiento ilícito, cohecho, concusión, tráfico de influencias, testaferro, lavado de activos, asociación ilícita, delincuencia organizada, obstrucción de la justicia, sobrepagos en contratación pública y actos de corrupción en el sector privado. En estos casos, los jueces de forma obligatoria deberán establecer esta sanción por un lapso de entre diez y veinticinco años.¹⁰ Cuestión que no encuentra una motivación específica para el establecimiento de esta nueva sanción incorporada,

7. Puede encontrarse que esta reforma respecto al artículo 49 tiene algunos puntos importantes que no fueron absueltos y que, si toma en cuenta las bases del derecho penal español como fue desde su propia inclusión, esta debió haber sido observada, véase en Pedro Páez, *Corrupción en el ámbito privado y malas prácticas corporativas* (Quito: Cevallos, 2021), 109-16.

8. Véase en Raquel Montaner, “La estandarización alemana de los sistemas de gestión de cumplimiento: implicaciones jurídico-penales”, en *Criminalidad de empresa y compliance*, dir. Jesús Silva y coord. Raquel Montaner (Barcelona: Atelier, 2013), 143-4.

9. Véase en Ivó Coca, “¿Programas de cumplimiento normativo como forma de autoregulación regulada?”, en *Criminalidad de empresa y compliance*, dir. Jesús Silva y coord. Raquel Montaner (Barcelona: Atelier, 2013), 54-5.

10. Véase en Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, Registro Oficial 180, Suplemento, 10 de febrero de 2014, art. 68.

que incluye la corrupción privada al mismo tenor que los delitos relacionados con la corrupción en el ámbito público.

En el número dos del artículo 69 se establece que el comiso penal procede en el caso de la sentencia condenatoria ejecutoriada, dentro de los procesos penales por lavado de activos, cohecho, concusión, peculado, enriquecimiento ilícito, delincuencia organizada, obstrucción de la justicia, sobreprecios en contratación pública, actos de corrupción en el sector privado, testaferrismo, trata de personas y tráfico ilícito de migrantes, terrorismo y su financiamiento, y los delitos relacionados con sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, si tales bienes, fondos, activos, productos o instrumentos no pueden ser comisados, se dispondrá el comiso de otros bienes de propiedad del condenado por un valor equivalente, aun cuando dicho bien no se encuentre vinculado con el delito.¹¹ Por lo tanto, de manera reiterada encontramos que el delito de actos de corrupción en el sector privado está inmiscuido, sin una motivación determinada, con los delitos relacionados con los actos de corrupción pública, así como el caso de las infracciones pertenecientes al tráfico ilícito de drogas.

En el artículo 77 respecto a la reparación integral se dispone que las personas condenadas con sentencia ejecutoriada por la comisión de delitos de peculado, enriquecimiento ilícito, concusión, cohecho, tráfico de influencias, oferta de realizar tráfico de influencias, testaferrismo, obstrucción de la justicia, sobreprecios en la contratación pública, actos de corrupción en el sector privado, lavado de activos, asociación ilícita y delincuencia organizada relacionados con actos de corrupción, deberán responder con sus bienes hasta por el monto de la reparación integral del Estado y la sociedad.¹²

El concepto de reparación integral, proveniente de los derechos humanos y establecido en la Constitución, que reconoce el carácter material e inmaterial de la vulneración de los derechos y su objetivo de subsanarlos en la medida de lo posible.¹³ En este caso, encontramos nuevamente una observación cuando el legislador penal establece la existencia de una reparación integral en el delito de actos de corrupción en el sector privado, en el cual le corresponde una afectación al orden económico como su bien jurídico protegido, que tiene características flexibles que pueden comprender las regulaciones jurídicas respecto a la producción, distribución y consumo de bienes y servicios, pero, además, la colocación privilegiada de la protección de los intereses

11. Véase en Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, art. 69.

12. Véase en Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, art. 77.

13. Esta institución que proviene del derecho de las víctimas de las grandes violaciones de los derechos humanos ha sido adoptada en el ámbito constitucional y penal ecuatoriano, véase en Pamela Aguirre y Pablo Alarcón, “El estándar de la reparación integral en la jurisprudencia de la Corte Constitucional”, *Foro Revista de Derecho*, n.º 30 (2018): 125-7.

patrimoniales,¹⁴ aunque pueda encajar mejor en el normal funcionamiento del mercado al buscar una competencia justa y honesta entre los competidores.¹⁵ Claro está que la construcción típica de este tipo penal debe observar los parámetros específicos que propone la teoría del bien jurídico protegido, sobre todo, su relacionalidad y para tener una tipificación cuidadosa y limitada.¹⁶

ANÁLISIS DEL TIPO PENAL DE ACTOS DE CORRUPCIÓN EN EL SECTOR PRIVADO ESTABLECIDO EN EL ARTÍCULO 320.1 Y LA POLÍTICA CRIMINAL ACTUAL

El tipo penal de actos de corrupción en el sector privado forma parte de las iniciativas internacionales que tienen como objetivo enfrentar las conductas de corrupción en el ámbito privado, en particular, las que recoge la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción.¹⁷ De esta manera, en el artículo 320.1 del COIP se establece una serie de elementos constitutivos de la infracción que son precisos de ser analizados.¹⁸

14. Véase en Carlos Majías, “El ámbito de protección el derecho penal económico”, *Ius Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, n.º 35 (2015): 69-71.

15. Véase en Abraham Castro, “Corrupción en los negocios”, en *Memento práctico Penal Económico y de la Empresa 2016-2017*, coord. Ignacio Ayala e Iñigo Ortiz de Urbina (Madrid: Francis Lefebvre, 2017), 655.

16. Véase en Bernd Schünemann, “Protección de bienes jurídicos, ultima ratio y victimodogmática. Sobre los límites inviolables del Derecho Penal en un Estado de Derecho Liberal”, en *Limites al Derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*, ed. Ricardo Robles (Barcelona: Atelier, 2012), 65-6.

17. La obligación que estableció las Naciones Unidas respecto a la adopción de las medidas que busquen prevenir la corrupción, la normativa y su cumplimiento en el sector privado se encuentran, específicamente, en el artículo 12. Véase en ONU Asamblea General, *Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*, 31 de octubre de 2003, Resolución 58/4, art. 12.

18. El artículo establece lo siguiente: Art. 320.1. Actos de corrupción en el sector privado. El director, gerente general, administrador, ejecutivo principal, accionistas, socios, representantes legales, apoderados, asesores, auditores, abogados patrocinadores o cualquier empleado que ejerza cargos de dirección en una persona jurídica de derecho privado, organización no gubernamental, asociación, fundación, comité, incluidas las entidades irregulares, que intencionalmente acepte, reciba o solicite donativos, dádivas, presentes, promesas, derechos, cuotas, contribuciones, rentas, intereses, ventajas, sueldos, gratificaciones, beneficios inmateriales o beneficios económicos indebidos u otro bien de orden material, omita o cometa un acto que permita favorecerse a sí mismo o a un tercero, en el curso de actividades económicas, financieras o comerciales, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años, y multa de quinientos a mil salarios básicos unificados del trabajador en general.

Será sancionada con la misma pena del párrafo anterior la persona que en forma directa o indirecta, prometa, ofrezca o conceda a directores, gerentes, administradores, ejecutivos principales, accionistas, socios, representantes legales, apoderados, asesores o cualquier empleado que ejerza cargo de dirección en una persona jurídica de derecho privado, organización no gubernamental, asociación, fundación, comité,

Es pertinente mencionar que las conductas abiertas antes señaladas son similares al delito de cohecho activo y pasivo establecido para los delitos que afectan la eficiencia de la administración pública.¹⁹ En un primer momento, se procederá con un análisis de los elementos estructurales del tipo penal.²⁰ Posteriormente, se revisará en qué contexto doctrinario se encuentra construido este tipo penal tomando en cuenta la expansión intensiva del derecho penal y el modelo económico influyente en el ámbito global. Por lo tanto, se tomarán en cuenta los principales elementos objetivos que constituyen el tipo penal del artículo 320.1 del COIP, con la finalidad de identificar e individualizar parte de los elementos que serán analizados a continuación:

Sujetos activos: se incluye un número significativo de sujetos activos calificados del tipo penal, por sus características, condición o cualidad del autor,²¹ en los que constan el director, gerente general, administrador, ejecutivo principal, accionistas, socios, representantes legales, apoderados, asesores, auditores, abogados patrocinadores o cualquier empleado que ejerza cargos de dirección en una persona jurídica de derecho privado; así mismo se incluyen personas jurídicas como organización no gubernamental, asociación, fundación, comité, incluidas las entidades irregulares.

incluidas las entidades irregulares, donativos, dádivas, presentes, promesas, derechos, cuotas, contribuciones, rentas, intereses, ventajas, sueldos, gratificaciones, beneficios inmateriales o beneficios económicos indebidos u otro bien de orden material, con el fin de que como contraprestación, faltando al deber inherente a sus funciones, omita o cometa un acto que permita favorecerse a sí mismo o a un tercero, en el curso de actividades económicas, financieras o comerciales.

Si los sujetos señalados en el primer y segundo párrafo ejecutan los actos o no realizan el acto debido, serán sancionados con pena privativa de libertad de siete a diez años.

Serán sancionados con la misma pena del párrafo anterior, los sujetos descritos en el primer y segundo párrafo, que en el curso de actividades económicas, financieras o comerciales, intencionalmente abusen, se apropien, distraigan o dispongan arbitrariamente de bienes muebles o inmuebles, dineros públicos o privados, efectos que los representen, piezas, títulos o documentos que estén en su poder en virtud o razón de su cargo.

Se aplicará el máximo de la pena para la conducta señalada si se comprueba beneficio económico o imaterial a un tercero; cuando se realice aprovechándose de una declaratoria de emergencia o estado de excepción; o, cuando las contrataciones se efectúen directa o indirectamente con el sector público y por ende existan recursos del Estado de por medio.

En caso de determinarse responsabilidad de la persona jurídica será sancionada con la disolución y liquidación y el pago de una multa de quinientos a mil salarios básicos unificados del trabajador en general, sin embargo, si solo se benefició la persona natural responsable o terceros ajenos a la persona jurídica involucrada, la responsabilidad no recaerá sobre la persona jurídica.

19. Se pueden observar estas particularidades en el delito establecido en el artículo 280 del COIP.
20. En este sentido, se procede a realizar un análisis de los elementos y subelementos objetivos y subjetivos de la infracción, véase en Harold Vega, “El análisis gramatical del tipo penal”, *Revista Justicia*, n.º 29 (2016): 57.
21. Véase en Ricardo Robles, *La responsabilidad en los “delitos especiales”* (Buenos Aires: B de f, 2014), 17-8.

Sin embargo, también se establece un sujeto activo no calificado genérico como es la persona natural, situación que genera un poco de incertidumbre respecto a su construcción típica.

Sujetos pasivos: se reconoce al Estado como sujeto pasivo, cuestión que es disímil bajo la lógica sistémica del código por encontrarse en la sección de delitos económicos y por existir discusión respecto a un presunto daño patrimonial a la persona jurídica, relación que la incluiría como sujeto pasivo en este supuesto.

Verbos rectores: se establecen como verbos rectores del tipo penal el que intencionalmente acepte, reciba o solicite donativos, dádivas, presentes, promesas, derechos, cuotas, contribuciones, rentas, intereses, ventajas, sueldos, gratificaciones, beneficios inmateriales o beneficios económicos indebidos u otro bien de orden materia, omita o cometa un acto que permita favorecerse a sí mismo o a un tercero, en el curso de actividades económicas, financieras o comerciales; así como la finalidad de que como contraprestación, faltando al deber inherente a sus funciones, omita o cometa un acto que permita favorecerse a sí mismo o a un tercero, en el curso de actividades económicas, financieras o comerciales.

Pena base: con cinco a siete años de pena privativa de la libertad y multa de quinientos a mil salarios básicos del trabajador en general.

Elementos agravantes de la infracción: se disponen como circunstancias modificativas agravantes objetivas o subjetivas,²² dependiendo del caso, si los sujetos ejecutan los actos o no realizan el acto debido serán sancionados con pena privativa de la libertad de siete a diez años; si los sujetos que en el curso de actividades económicas, financieras o comerciales, intencionalmente abusen, se apropien, distraigan o dispongan arbitrariamente de bienes muebles o inmuebles, dineros públicos o privados, efectos que los representen, piezas, títulos o documentos que estén en su poder en virtud o razón de su cargo con pena privativa de libertad de siete a diez años. Se establecerá el máximo de la pena si se comprueba el beneficio económico o inmaterial a un tercero, cuando se aprovecha de una declaratoria de emergencia o estado de excepción, o cuando las contrataciones se efectúen directa o indirectamente con el sector público, en consecuencia, con recursos del Estado.

Pena para la persona jurídica: si se determina la responsabilidad de la persona jurídica será sancionada con la disolución y liquidación, así como el pago de una multa de quinientos a mil salarios básicos unificados del trabajador en general; si solo se demuestra el beneficio de la persona natural responsable o terceros ajenos a la persona jurídica no será responsable. Es importante mencionar que la pena que dispone

22. Véase en Francisco Muñoz, *Derecho Penal. Parte General* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2015), 521-2.

la disolución y liquidación es la más grave que termina con la capacidad de la persona jurídica en conjunto con el señalamiento de una multa con valores altos, además, es preciso señalar que estas son concordantes con el artículo 71 del código y guardan relación con las sanciones reconocidas en el ámbito administrativo sancionador,²³ las que han tenido cierta discusión en la doctrina.

Bien jurídico protegido: el orden o estabilidad económica, aunque de su revisión también se puede verificar como bien jurídico protegido al patrimonio de la entidad, es decir, se encuentra un bien jurídico pluriofensivo y uno individual. Por ejemplo, en el ámbito comparado, se establece mayoritariamente que es la leal competencia en la contratación de bienes y servicios como medio para asegurar el correcto funcionamiento del mercado, justificando su ubicación sistemática en el código²⁴ bajo este argumento, cuestión distinta en el ámbito ecuatoriano al establecerse como un delito que afecta a la economía de manera difusa.

De esta forma, se encuentra enmarcada en ese ya discutido tópico del derecho penal que busca, en esta modernidad, expandir de manera intensiva el derecho penal. En el ámbito del derecho penal económico, ya ha sido identificada y admitida por parte de algunas legislaciones alrededor del mundo una flexibilización en detrimento de la concepción mínima del principio de legalidad.²⁵ Sin embargo, este tipo de inclusiones normativas afectan de manera sustancial a las garantías básicas que se encuentran delimitadas en el núcleo duro del derecho penal, al privar de la libertad a las personas.²⁶ Cuestión que no es observada por parte del legislador por las conductas abiertas, flexibles y complejas de comprender no solo para las personas, sino también para los operadores de justicia.

Así mismo, existen situaciones en el marco del presente tipo penal que deben ser revisadas y mencionadas. En un primer punto, se debe destacar que, si bien se han

23. Además es pertinente señalar que el artículo 71 del COIP, con las disposiciones normativas que establecen la sanción de extinción y los efectos de la clausura temporal, y que han sido duramente cuestionadas por vulnerar el principio de taxatividad y prohibición de analogía, es importante señalar que las penas establecidas en este tipo penal coinciden con las que se pueden adoptar en el ámbito del derecho administrativo sancionador. Véase en Frank Mila, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho ecuatoriano”, *Revista Ius et Praxis*, n.º 1 (2020): 160-2.

24. Véase en Carolina Bolea, “El delito de corrupción privada. Bien jurídico, estructura típica e interviniéntes”, *InDret Revista para el análisis del derecho*, n.º 2 (2013): 10.

25. Véase en Jesús Silva, *La expansión del Derecho Penal* (Buenos Aires: B de f, 2011), 178-80. Inclusive se han dado ya muchas referencias que estos cambios corresponden al modelo posindustrial, pero, sobre todo, al régimen económico y social que tiene una incidencia en el ámbito penal. Véase en María Araujo, *Derecho penal económico. Los delitos socioeconómicos en la legislación ecuatoriana* (Quito: CEP, 2010), 27-9.

26. *Ibid.*, 180-1.

construido estos tipos penales bajo la denominada tercera velocidad. Esta se da por el contexto actual de vivir en una sociedad en riesgo, justificando su flexibilidad en la necesidad de proteger el sistema socioeconómico dominante,²⁷ siendo importante para intentar comprender su justificación. Como un segundo punto, es relevante entender que las modificaciones punitivas se encuentran estrechamente vinculadas con los grupos de poder del ámbito político local e internacional,²⁸ motivo por el cual, lastimosamente, se podrán encontrar sesgos y errores normativos que pueden corresponder a un interés de no aplicabilidad de la norma.

Sin embargo, la realidad es que con un tipo penal que forma parte de esta corriente intensiva del ámbito penal que pretende identificar, para efectos del derecho punitivo, conductas lesivas a bienes jurídicos que buscan la protección de todas las circunstancias que permitan el libre ejercicio de la personalidad de los individuos de sus derechos fundamentales y el funcionamiento correcto de la institucionalidad estatal.²⁹ En este caso, en el orden económico del sistema de producción capitalista, deben estar construidas de manera apropiada y acorde a los principios constitucionales fundamentales del derecho punitivo, por ejemplificar con el principio de legalidad,³⁰ no solo para evitar la aplicación arbitraria o poco motivada de la norma, sino para que esta se pueda emplear de manera efectiva y para cumplir su finalidad.

PRINCIPALES PROBLEMAS EN LA CONSTRUCCIÓN DEL TIPO PENAL: ANÁLISIS A LA LUZ DE LA EXPERIENCIA ESPAÑOLA

Loable resulta el esfuerzo del legislador a la hora de tipificar la corrupción en el sector privado, y en este sentido consideramos que se trata de un verdadero avance que Ecuador se haya sumado al resto de países que prohíben esta nueva forma de criminalidad económica. Pero no es oro todo lo que reluce. Ciertamente es que el artículo 320.1 del COIP presenta aspectos ciertamente positivos. No obstante, a lo largo de

27. Véase en Jorge Díez, *La política criminal en la encrucijada* (Buenos Aires: B de f, 2015), 120-3.

28. En este sentido, pueden existir sesgos políticos y adecuaciones normativas que reflejan un interés político, según afirma Díez, y que para el análisis de los elementos objetivos de este trabajo, inclusive pudiere inferirse que en la construcción de los tipos penales con errores abismales por parte del legislador, estos pueden tener una intencionalidad de clara de no aplicación. *Ibíd.*, 128-30.

29. Véase en Claus Roxin, *El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen. Acerca de la ratio del privilegio del desistimiento en derecho penal* (Quito: Cueva Carrión, 2016), 48-9.

30. Tan importante es el principio de legalidad para evitar la sanción discrecional por parte del Estado que radica en el principio: “*nullum crimen, nulla poena, sine lege*”, véase en Muñoz, *Derecho Penal Parte General*, 109-12.

las siguientes líneas nos centraremos en algunos de los puntos que, a nuestro juicio, resultan más criticables de la nueva legislación, por los problemas teóricos y prácticos que pueden suscitar. Para ello nos apoyaremos, a modo de ejemplo, en la experiencia española en materia de lucha contra la corrupción en los negocios, en la medida en que pudiera arrojar algo de luz a la discusión.

La estructura general del injusto penal, tal como se encuentra construido en el COIP, genera cierta confusión: por un lado, porque se prohíbe la corrupción en el sector privado atendiendo aparentemente a un modelo de protección exclusiva de la competencia; mientras que, por otro lado, se tipifica una suerte de gestión desleal del patrimonio social, esto es, de peculado en el ámbito privado (párrafos cuarto y quinto del citado artículo), que escasa o ninguna relación tienen con el delito de corrupción en los negocios rectamente entendidos. Dicho de otra manera, que al abrigo del amplio paraguas del nuevo artículo 320.1 se califican como “actos de corrupción en el sector privado” conductas de muy distinta índole: la primera de las apuntadas, que debiera proteger el buen funcionamiento de la competencia (bien jurídico colectivo); y la segunda, el patrimonio de la entidad (bien jurídico individual). Y, tomando en consideración que se tratan de dos delitos que protegen intereses jurídicos diferentes, hubiera sido preferible su independiente tipificación en el COIP.³¹

La crítica va más allá de que terminológicamente no resulte apropiado considerar la gestión desleal del patrimonio como una forma de corrupción privada: esta deficiencia puede tener consecuencias prácticas importantes. Nos referimos sobre todo a los casos de *kick-backs*, esto es, cuando la cuantía dineraria o valor del incentivo ilícito se incorpora subrepticamente al precio de la transacción económica, inflándose el costo de esta a modo de sobrefacturación que finalmente perjudique a la empresa contratante (por ejemplo, cuando se acuerde que el valor de la contratación ascienda al 110% del valor de mercado con el fin de destinar ese sobrante 10% al pago de una comisión económica injustificada).

No queda claro, con arreglo a la redacción actual, si la gestión desleal abarcaría todo el desvalor de la conducta; o si se tratan de verdaderas figuras autónomas, pese a que se encuentran recogidas en el mismo precepto. Si optamos por la primera solución, el *kick-back* se castigaría como un único delito, si se quiere llamarlo así, agravado por razón de la causación de un perjuicio económico, como una suerte de

31. En la misma dirección, pero en relación con la legislación española, véase, entre otros: Bernardo Feijoo, “Imputación objetiva en el Derecho Penal Económico: El alcance del riesgo permitido. Reflexiones sobre la conducta típica en el Derecho Penal del mercado de valores e instrumentos financieros y de la corrupción entre particulares”, *Perspectiva Penal Actual*, n.º 1 (2012), 87. Enrique Bacigalupo, *Compliance y Derecho Penal* (Cizur Menor: Aranzadi-Thomson Reuters, 2011), 140. Carlos Gómez-Jara, *Cuestiones fundamentales de Derecho Penal Económico. Parte General y Especial* (Madrid: B de f, 2014), 252.

administración desleal por razón de un acto de corrupción privada. Mientras que si se opta por la segunda solución, al tratarse de figuras delictivas distintas, se produciría un concurso ideal de delitos entre la corrupción en los negocios y la gestión desleal del patrimonio.³²

En nuestra opinión, nos inclinamos por el concurso ideal de delitos, porque ni la corrupción en el sector privado agotaría todo el desvalor del comportamiento, ni lo haría el nuevo delito de peculado privado: esto es, la misma acción atentaría contra dos bienes jurídicos distintos, por un lado, se alteraría las relaciones de competencia entre las empresas y, por otro lado, se perjudicaría económicamente a la empresa que sufre la sobrefacturación.

No se entiende la referencia del tipo penal a la “falta al deber inherente a las funciones”, en el párrafo segundo del artículo 320.1 (modalidad incentivadora), al mismo tiempo que se prescinde de dicho requisito en el párrafo primero (modalidad favorecedora). Este defecto en la ley parece no tener explicación.

Pero, al margen de esta deficiencia legislativa que es fácil advertir, queremos ir un poco más allá. Este elemento del tipo penal, por su redacción, que bebe directamente del artículo 21 de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, pareciera exigir una infracción de un deber interno para con la empresa, acercándonos así a un modelo mixto de protección de la competencia y del deber de fidelidad que vincula al subordinado con su empleador. Sin embargo, la alusión a este elemento típico es aislada, esto es, porque se concentra de manera exclusiva en la modalidad incentivadora, lo cual tampoco nos ayuda a descifrar el significado completo de esta omisión. Si se hubiera querido optar por un modelo de delito pluriofensivo, entonces tal falta al deber inherente a las funciones debiera haberse previsto también en la modalidad favorecedora; pero ello no ha sucedido así. Todo esto genera confusión, por la falta de claridad de la norma, y lo único que produce es inseguridad jurídica.

Desde el punto de vista del Derecho comparado, en la legislación penal española ya se ha transitado por ese camino. Así, a través de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, se introdujo la “corrupción entre particulares” en el Código Penal español, en el artículo 286 bis, apartados 1 a 3. Concretamente, en su redacción original el tipo penal aludía a la necesidad de un incumplimiento de las funciones del administrador, directivo, empleado o colaborador de la entidad privada; requisito que, sin embargo, fue suprimido con la posterior reforma, mediante la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, debido a los problemas doctrinales que se detectaron. No en vano, esta reforma

32. De una forma más extensa en cuanto a los problemas concursales entre la corrupción en los negocios y la administración desleal, véase Sergio Berenguer, *El delito de corrupción en los negocios* (Madrid: Editorial del Boletín Oficial del Estado, 2020), 321-34.

se justificó por la necesidad de introducir “mejoras técnicas” en el tipo penal, abrazando de forma más clara el modelo de protección exclusiva de la competencia.³³

Si en el derecho penal ecuatoriano se quiere seguir la misma estela en materia de lucha contra la corrupción en los negocios, sería recomendable una reformulación del artículo 320.1 del COIP que sea clara e integral con la necesidad de solventar los problemas en el pragma conflictivo.

La enumeración de posibles sujetos activos de la modalidad favorecedora es excesivamente amplia y, en ciertas ocasiones, hasta carente de interrelación, porque se describen categorías de sujeto que, por su distinto cargo o función, ostentan o desempeñan muy distintas obligaciones o responsabilidades, además de una muy distinta capacidad de decisión, en la entidad u organización privada.

En el marco de esta crítica general, destaca la innecesariedad de la mención a los accionistas y socios como sujetos activos del delito, por su carácter superfluo en la persecución de la corrupción en los negocios, porque estas categorías de sujetos no siempre tendrán poder de decisión dentro de la estructura organizativa; y si lo tienen, siempre será porque en realidad son apoderados o, incluso, administradores de derecho o de hecho, o empleados o colaboradores, en atención a las funciones que materialmente realizan. En la misma interpretación habría ido la experiencia penal española.³⁴

Este es un simple ejemplo, pero es suficientemente ilustrativo: los accionistas capitalistas, que solo ostentan una determinada participación social en la empresa, no necesariamente tienen ningún otro cargo o función en ella, dado que solo aportan capital, no trabajo, con vistas a obtener de la inversión efectuada un futuro beneficio económico. Esta eventualidad no parece estar contemplada en el COIP, en tanto que considera típica la acción del mero ofrecimiento de una dádiva a un accionista capitalista, aunque este carezca de poder de decisión en materia de contratación.

33. Así, la doctrina mayoritaria en este momento, y sin perjuicio de los matices que cada autor señala, sin ánimo de exhaustividad: Miguel Encinar del Pozo, *El delito de corrupción privada en el ámbito de los negocios* (Pamplona: Aranzadi, 2016), 274. Pilar Otero, “Los nuevos delitos de corrupción en los negocios tras la Reforma Penal por LO 1/2015 (Análisis de cuestiones concretas de los arts. 286 y 286 ter CP)”, en *La corrupción en España. Ámbitos, causas y remedios jurídicos*, dir. Manuel Villoria, José Gimeno y Julio Tejedor (Barcelona: Atelier, 2016), 472-3. Javier Sánchez, “Estudio de la sanción penal de la corrupción entre privados a partir de los ejemplos de España y Chile”, *Revista de Ciencias Penales, Sexta Época* XLVII, n.º 2 (2021): 92-3. Asimismo, Berenguer, *El delito de corrupción en los negocios*, 104-20.

34. Entre otros, véase Irene Navarro y Lourdes Melero, “Corrupción entre particulares y tutela del mercado”, *InDret*, n.º 4 (2011): 11. Más recientemente también en Encinar del Pozo, *El delito de corrupción privada en el ámbito de los negocios*, 299; y en Berenguer, *El delito de corrupción en los negocios*, 245-7.

Así, el legislador ecuatoriano parece pretender evitar posibles lagunas de punibilidad, y lo que en realidad consigue es desdibujar o difuminar los límites de lo prohibido mediante la aparente persecución de conductas que no suponen un riesgo suficientemente relevante para el buen funcionamiento del mercado.

A diferencia de lo que sucedía en el epígrafe anterior, el casi interminable el listado de posibles incentivos injustificados en el tipo penal que puede dar lugar a la exclusión de otros supuestos de riesgo para la competencia, que no hayan sido expresamente previstos.

En efecto, el artículo 320.1 del COIP parece referirse solo a incentivos de contenido económico, sean materiales o inmateriales (a saber: donativos, dádivas, presentes, promesas, derechos, cuotas, contribuciones, rentas, intereses, ventajas, sueldos, gratificaciones, beneficios inmateriales o beneficios económicos indebidos u otro bien de orden material), pero se dejaría fuera de la redacción los incentivos de contenido no económico, como los favores sexuales o las menciones honoríficas, los cuales, por este motivo, no podrían ser perseguidos penalmente. No en vano la lesividad de la conducta no reside por sí misma en la naturaleza o valor de la dádiva, sino en su capacidad para influir en la decisión de favorecer indebidamente a otros en una relación comercial.³⁵

Desde esta óptica, la técnica legislativa utilizada podría calificarse como defectuosa y difusa, pues, pese a la voluntad del legislador de agotar todas las posibilidades en el tipo penal, por omisión (voluntaria o involuntaria) asomaría el riesgo de dejar impune otros casos, como los que a modo de ejemplo se acaban de apuntar.

Al margen de lo elevadas que resultan las penas privativas de libertad y de multa, llama la atención que no se haya previsto la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, empleo u oficio relacionado directamente con el acto de corrupción privada que se haya cometido. De cara a la protección de la competencia, se trata de una pena que, aunque menos represiva, resulta más acorde con el principio de prevención especial, porque con ella se apartaría al condenado del entorno comercial en el que cometió esta serie de conductas.³⁶ En coherencia con esta perspectiva, por ejemplo: en el Código Penal español, en el delito de corrupción en los negocios (artículo 286 bis 1 y 2), se prevé la inhabilitación especial para el ejercicio de industria o comercio por tiempo de uno a seis años.

35. En lo que se refiere a la doctrina española, citamos a modo de ejemplo: Antoni Gili, *El delito de corrupción en el sector privado* (Madrid: Marcial Pons, 2017), 241.

36. Luz Puente, “La pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público en el ámbito de los delitos de corrupción relacionados con la contratación pública”, *Estudios Penales y Criminológicos* XL (2020): 286-7.

Con arreglo al principio del hecho propio (modelo de autorresponsabilidad penal), resulta superfluo especificar que la persona jurídica no tendrá responsabilidad cuando solo se beneficie una persona natural o un tercero ajeno a la persona jurídica involucrada, porque para que concurra el presupuesto previo de imputación, es decir, la comisión de un hecho delictivo de referencia, es necesario que la conducta de la persona física se haya realizado directa o indirectamente en beneficio de la persona jurídica.

En este sentido, la técnica legislativa también presenta deficiencias, por la confusión que puede generar en el lector, al no poder determinarse *prima facie* si nos encontramos ante un mero recordatorio de las reglas generales de imputación penal de las personas jurídicas; o si estamos ante una regla específica, únicamente aplicable a los casos de corrupción en los negocios. A modo de ejemplo: como en el artículo no se distingue entre responsabilidad penal y civil, cabría interpretar que en el COIP se ha introducido regla especial de exclusión de la responsabilidad civil.

CONCLUSIONES

Una vez que se ha podido hacer un listado analítico de la estructura que plantea el delito de corrupción en el ámbito privado en el COIP, es preciso recapitular algunos puntos a modo de conclusión que deben ser observados:

La inclusión del artículo 320.1 se da en virtud de una política criminal expansiva del derecho penal que proviene de la realidad económica y del poder político del Ecuador, en la que se toma como referencia la Convención de Naciones Unidas Contra la Corrupción, para sancionar la corrupción que ocurre en el ámbito privado. Sin embargo, aunque sea necesaria la incursión intensiva del ámbito penal para solucionar este pragmatismo conflictivo, es preciso que esta construcción sea coherente y en el marco de los principios del Derecho penal en nuestro modelo constitucional de derechos y justicia.

En la construcción de los elementos objetivos del tipo penal, se encuentra una línea confusa y difusa que no es de fácil entendimiento por parte de las personas no versadas en derecho. En este sentido, se pueden encontrar serios inconvenientes con los principios de seguridad jurídica, legalidad, entre otros, que, sin duda, dificultarán su aplicación para solventar las necesidades que busca satisfacer.

Existe un contenido defectuoso y difuso en el artículo 320.1 en el que se revela una loable pero infructuosa construcción típica por parte del legislador en el caso de la corrupción en el ámbito privado. Esto se puede identificar en la finalidad de protección del bien jurídico protegido, pues se encuentran por un lado elementos relacionados con la buena competencia (pluriofensivo) y el patrimonio propio de la entidad (individual), así como algunos efectos preventivos para evitar la gestión desleal. Sin

embargo, no se puede evidenciar de manera clara cuál es la finalidad de esta incursión de la política criminal.

No se establece un mecanismo eficiente para cumplir con la finalidad del estándar propuesto en la Convención de Naciones Unidas Contra la Corrupción, esto es, en cuanto a la delimitación clara de la sanción por el incumplimiento inherente de las funciones en el marco de la organización; así como tampoco se encuentra definida la difusa mención de los sujetos activos en la modalidad favorecedora. Cuestión que solo permite recalcar la inseguridad aplicativa del tipo penal.

Con todas estas problemáticas, es nuestro criterio el expresar la urgente revisión del artículo 320.1 por parte del legislador, pues solo será cuestión de tiempo para que la aplicación errada o inocua del tipo penal traiga más conflictos que soluciones, tomando en cuenta, sobre todo, la experiencia española que se encuentra presente en el COIP desde el año 2014 con la inclusión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, y que será de mucha referencia en este caso en concreto.

BIBLIOGRAFÍA

- Aguirre, Pamela, y Pablo Alarcón. “El estándar de la reparación integral en la jurisprudencia de la Corte Constitucional”. *Foro Revista de Derecho*, n.º 30 (2018): 121-43.
- Araujo, María. *Derecho penal económico. Los delitos socioeconómicos en la legislación ecuatoriana*. Quito: CEP, 2010.
- . *La nueva teoría del delito económico y empresarial en Ecuador: La responsabilidad penal de las personas jurídicas y el Código Orgánico Integral Penal*. Quito: CEP, 2014.
- Bacigalupo, Enrique. *Compliance y Derecho Penal*. Cizur Menor: Aranzadi-Thomson Reuters, 2011.
- Berenguer, Sergio. *El delito de corrupción en los negocios*. Madrid: Editorial del Boletín Oficial del Estado, 2020.
- Bolea, Carolina. “El delito de corrupción privada. Bien jurídico, estructura típica e intervinientes”. *Indret Revista para el análisis del derecho*, n.º 2 (2013): 1-29.
- Castro, Abraham. “Corrupción en los negocios”. En *Memento práctico Penal Económico y de la Empresa 2016-2017*, coordinado por Ignacio Ayala e Iñigo Ortiz de Urbina, 655-62. Madrid: Francis Lefebvre, 2017.
- Coca, Ivó, “¿Programas de cumplimiento normativo como forma de autorregulación regulada?”. En *Criminalidad de empresa y compliance*, dirigido por Jesús Silva y coordinado por Raquel Montaner, 43-76. Barcelona: Atelier, 2013.
- Díez, Jorge. *La política criminal en la encrucijada*. Buenos Aires: B de f, 2015.
- Encinar del Pozo, Miguel. *El delito de corrupción privada en el ámbito de los negocios*. Pamplona: Aranzadi, 2016.

- Feijoo, Bernardo. “Imputación objetiva en el Derecho Penal Económico: El alcance del riesgo permitido. Reflexiones sobre la conducta típica en el Derecho Penal del mercado de valores e instrumentos financieros y de la corrupción entre particulares”. *Perspectiva Penal Actual*, n.º 1 (2012): 63-101.
- García, Percy. “La persona jurídica como sujeto penalmente responsable”. En *Derecho Penal Empresario*, dirigido por Guillermo Yacobucci, 61-88. Buenos Aires: B de f, 2010.
- Gili, Antoni. *El delito de corrupción en el sector privado*. Madrid: Marcial Pons, 2017.
- Gómez-Jara, Carlos. *Cuestiones fundamentales de Derecho Penal Económico. Parte General y Especial*. Madrid: B de f, 2014.
- Majías, Carlos. “El ámbito de protección el derecho penal económico”. *Ius Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, n.º 35 (2015): 58-75.
- Mila, Frank. “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho ecuatoriano”. *Revista Ius et Praxis*, n.º 1 (2020): 149-70.
- Montaner, Raquel. “La estandarización alemana de los sistemas de gestión de cumplimiento: implicaciones jurídico-penales”. En *Criminalidad de empresa y compliance*, dirigido por Jesús Silva y coordinado por Raquel Montaner, 143-60. Barcelona: Atelier, 2013.
- Muñoz, Francisco. *Derecho Penal. Parte General*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.
- Navarro, Irene, y Lourdes Merelo. “Corrupción entre particulares y tutela del mercado”. *In-Dret*, n.º 4 (2011): 1-40.
- Oliva, Nicolás. “Crisis en Ecuador: de protestas y privilegios”. En *Ecuador. La insurrección de octubre*, editado por Camila Parodi y Nicolás Sticotti, 26-9. Buenos Aires: CLACSO, 2020.
- Otero, Pilar. “Los nuevos delitos de corrupción en los negocios tras la Reforma Penal por LO 1/2015 (Análisis de cuestiones concretas de los arts. 286 y 286 ter CP)”. En *La corrupción en España. Ámbitos, causas y remedios jurídicos*, dirigido por Manuel Villoria, José Gimeno y Julio Tejedor, 451-78. Barcelona: Atelier, 2016.
- Páez, Pedro. *Corrupción en el ámbito privado y malas prácticas corporativas*. Quito: Cevallos, 2021.
- . “Los problemas en la imputación penal de las personas jurídicas en el Ecuador”. *Revista Electrónica Iberoamericana* 11, n.º 1 (2017): 1-13.
- Pazmiño, José, y Juan Pozo. “Responsabilidad penal de las personas jurídicas y compliance: caso Ecuador”. *Revista Derecho Penal y Criminología XL*, n.º 109 (2019): 89-122.
- Primicias. “Reformas al COIP: nuevos delitos y sanciones en vigencia”. *Primicias*. Acceso el 11 de diciembre de 2021. <https://bit.ly/3FJKNLr>.
- Procuraduría General del Estado. “Caso Sobornos teoría del caso. *Procuraduría General del Estado*. Acceso el 8 de octubre de 2021. <https://bit.ly/3AheTEX>.
- Puente, Luz. “La pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público en el ámbito de los delitos de corrupción relacionados con la contratación pública”. *Estudios Penales y Criminológicos XL* (2020): 237-307.
- Robles, Ricardo. *La responsabilidad en los “delitos especiales”*. Buenos Aires: B de f, 2014.

- Roxin, Claus. *El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen. Acerca de la ratio del privilegio del desistimiento en derecho penal*. Quito: Cueva Carrión, 2016.
- Sánchez, Javier. “Estudio de la sanción penal de la corrupción entre privados a partir de los ejemplos de España y Chile”. *Revista de Ciencias Penales, Sexta Época XLVII*, n.º 2 (2021): 71-96.
- Schünemann, Bernd. “Protección de bienes jurídico, ultima ratio y víctimodogmática. Sobre los límites inviolables del Derecho Penal en un Estado de Derecho Libera”. En *Límites al Derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*, editado por Ricardo Robles, 63-85. Barcelona: Atelier, 2012.
- Silva, Jesús. *La expansión del Derecho Penal*. Buenos Aires: B de f, 2011.
- Vega, Harold. “El análisis gramatical del tipo penal”. *Revista Justicia*, n.º 29 (2016): 53-71.

FUENTES JURÍDICAS

- ONU, Asamblea General, *Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*. 31 de octubre de 2003. Resolución 58/4.
- Ecuador. *Código Orgánico Integral Penal*. Registro Oficial 180, Suplemento, 10 de febrero de 2014.

El teletrabajo como mecanismo paradigmático del poder en las sociedades de control modernas

*Teleworking as a Paradigmatic Element
of the Power in Modern Control Societies*

Edison Ricardo Andrade Ortiz

Universidad Católica de Cuenca

Cuenca, Ecuador

66ea66@gmail.com

ORCID: 0000-0002-4909-5173

Artículo de investigación

DOI: <https://doi.org/10.32719/26312484.2022.38.10>

Fechas de recepción: 27 de diciembre de 2021

Fechas de revisión: 5 de marzo de 2022

Fecha de aceptación: 17 de marzo de 2022

Fecha de publicación: 4 de julio de 2022

RESUMEN

Durante la paulatina masificación e incorporación de las múltiples tecnologías de la información y la comunicación a la vida cotidiana de las personas, el sector laboral no ha sido la excepción. Puesto que, con la disruptiva adopción del teletrabajo de manera generalizada en los niveles públicos y privados, esto visto como una medida de choque para combatir los estragos económicos derivados del COVID-19. Imprime circunstancias particulares respecto a los elementos que fortalecen las conductas de disciplinamiento, sometimiento y dominación; a partir de las herramientas digitales sobre los hoy denominados teletrabajadores. Siendo el tema central de este artículo de investigación.

El objetivo de este artículo es evaluar el rol del teletrabajo en las hoy por hoy sociedades de control, partiendo desde las sociedades disciplinarias de Foucault, para luego involucrar las sociedades de control de Deleuze y finalmente contrastarlo con el Big Data de Byung-Chul Han.

El análisis está desarrollado a partir de textos y artículos que profundizan el estudio del teletrabajo, las sociedades disciplinarias y las sociedades de control de la era posmoderna, temáticas trabajadas desde las ciencias del derecho, sociología y filosofía, que han logrado catalizar sus conocimientos y esfuerzos para dar forma a este nuevo fenómeno.

PALABRAS CLAVE: sociedades, disciplinarias, control, información, TIC, Big Data, poder, teletrabajo.

ABSTRACT

During the gradual massification and incorporation of multiple information and communication technologies into people's daily lives, the labor sector has been no exception. Since, with the disruptive adoption of teleworking across the board at public and private levels, this is seen as a shocking measure to combat the economic ravages of COVID-19. It imprints particular circumstances concerning the elements that strengthen the behaviors of disciplining, subjugation and domination; from the digital tools on the so-called teleworkers today. Being the central theme of this research article.

This article aims to evaluate the role of teleworking in today's societies of control, starting from Foucault's disciplinary societies, then involving Deleuze's societies of control, and finally contrasting it with Byung-Chul Han's Big Data.

The analysis is developed from texts and articles that study telework, disciplinary societies, and societies of control in the postmodern era in depth. These themes are worked on by authors from the sciences of law, sociology, and philosophy, who have managed to catalyze their knowledge and efforts to give shape to this new phenomenon.

KEYWORDS: societies, disciplinary, control, information, ICT, big data, power, telework.

FORO

*El sujeto del rendimiento, que se pretende libre,
es en realidad un esclavo. Es un esclavo absoluto,
en la medida en que sin amo alguno se explota
así mismo de forma voluntaria.¹*

(Byung-Chul Han)

INTRODUCCIÓN

¿A caso la tecnología es la culpable del sufrimiento y la dominación constante del hombre? En realidad, no, puesto que, desde el origen de la innovación tecnológica de la sociedad, esta ha sido empleada como un medio para alcanzar un fin. Es por ello que satanizar los avances tecnológicos no es el objetivo de este artículo, sino más bien reflexionar sobre los peligros que conlleva cuando esto se emplea para moldear el ambiente que rodea al ser humano,² dado que el apartado tecnológico tiene una serie de atribuciones positivas que se encuentran ligadas al orden y al progreso.

Así pues, ¿alguna vez ha entrado en tela de duda el alcance del poder que supone el aparataje tecnológico de las máquinas digitales en la era del teletrabajo? Esta interrogante ha motivado el desarrollo del presente artículo que a continuación se desarrolla. Pues bien, la innovación tecnológica en las diferentes etapas sociales del ser humano ha sido un proceso intrínseco de la evolución como sociedad, que inició por la caza, pasando por la agricultura y alcanzando su clímax en la industrialización.³

El cuestionamiento central responde al dilema expresado en líneas anteriores, que se encuentra estructurado de la siguiente manera: ¿Qué rol desempeña el teletrabajo como mecanismo del poder dentro de las sociedades modernas? En un principio se puede referir que la disruptiva adopción del teletrabajo, la masificación de las tecnologías de la información y la comunicación en adelante (TIC) han permitido que los procesos automatizados llevados por las máquinas no solo conozcan la conducta del teletrabajador, sino que moldeen los comportamientos y en efecto la voluntad de los mismos.⁴ Dado que ya no es un secreto a voces que los recursos tecnológicos surgen como elementos condicionadores de posibilidades y características que moldean la

-
1. Byung-Chul Han, *Psicopolítica*, trad. Alfredo Bergués (Barcelona: Herder, 2014), 12.
 2. Martín Heidegger, “La pregunta por la técnica”, en *Conferencias y artículos* (Barcelona: Serbal, 1994), 17.
 3. Yoneji Masuda, *The Information Society as Post-Industrial Society*, 2.^a ed. (Washington D. C.: World Future Society, 1983), 31.
 4. Shoshana Zuboff, *La era del capitalismo de la vigilancia: La lucha por un futuro humano frente a las nuevas fronteras del poder*, trad. Albino Santos (Barcelona: Planeta, 2020), 18.

sociedad,⁵ encaminados a transfigurar la naturaleza humana, desencadenando así, una nueva revolución en todos los niveles de la vida social del ser humano y abarcando aspectos como: el trabajo, las sensaciones, la recreación, las relaciones, el pensamiento y el aprendizaje.

Así pues, el teletrabajo se ha convertido en un gran cúmulo de ideas revolucionarias para el sector laboral, debido a su complejo aparataje tecnológico y a la arquitectura inteligente que tiene de trasfondo, consolidándose como un mecanismo del poder moderno, dado que, por medio de las nuevas herramientas digitales y su inteligencia artificial, han adquirido la capacidad de realizar predicción y manipulación de la conducta. En ese sentido, la tecnología tiene una serie de atribuciones positivas que se encuentran ligadas al orden y al progreso. Sin embargo, la otra cara de la moneda no es tan alentadora, dado que esta se ha convertido en razón instrumental del capitalismo moderno, trayendo consigo implicaciones de carácter social, económico y cultural, llegando al punto de deshumanizar al sujeto en pro del sistema capitalista, con un trasfondo de repercusiones directas sobre la autonomía de la persona.⁶ Todo ello a partir de la estrecha relación entre la tecnología y el teletrabajo, que han logrado incorporar en su máxima expresión los sistemas de vigilancia, disciplinamiento y control, ya que de manera omnipresente han venido invadiendo progresivamente cada espacio en la vida del teletrabajador.

Sin más, bienvenidos a un recorrido teórico-conceptual y reflexivo, a la luz de los nuevos agentes de vigilancia inmiscuidos en el nuevo fenómeno denominado teletrabajo, paradigma en el cual el poder en la sociedad digital magnifica la lógica y las dinámicas de la disciplina, y la vigilancia en las hoy por hoy sociedades de control.⁷

APROXIMACIÓN CONCEPTUAL AL TELETRABAJO

La construcción conceptual del teletrabajo desde su aparición ha venido enfrentando problemas doctrinales y legales. Esto debido a que se trata de un fenómeno que viene desarrollándose de manera paulatina con la sociedad de la información, siendo condicionado por los diferentes espectros que los avances tecnológicos suponen. De manera que su naturaleza viene siendo construida por varias ideas que convergen en-

5. Inter-Parliamentary Union y United Nations High Commissioner for Human Rights, *Derechos humanos: Manual para Parlamentarios* (Ginebra: Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos / Unión Interparlamentaria, 2005), 1-3.

6. Leone Enrique Buelvas García, “Deus ex machina: Representaciones de la ciudad futura en el anime de ciencia ficción” (Tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2015), 28-9, <http://hdl.handle.net/10644/4446>.

7. Han, *Psicopolítica*, 85.

tre sí,⁸ conforme a los desafíos que las TIC suponen en los modelos organizacionales y por su puesto en las relaciones laborales.

No obstante, antes de avanzar con este análisis, es preciso formular y contestar la siguiente interrogante: ¿De manera sustancial qué es el teletrabajo? Para responder esta duda, es preciso aclarar que su definición depende del enfoque en el que es tratado, ya que el mismo varía por determinados aspectos de carácter: económico, político o social.⁹ Esto debido a la gran cantidad de trabajos académicos y a los diversos enfoques que intentan acercarse a una definición unívoca,¹⁰ pero por su amplitud por el momento aún no es una realidad. Sin embargo, dada la naturaleza de este artículo, se considera acercarse a una definición desde los apartados socio-económicos, dado que, en palabras de Jordi Buira, “el teletrabajo responde cabalmente a motivaciones de carácter estrictamente económicos”.¹¹

Pues bien, Jack Nilles, considerado por la doctrina como el padre del teletrabajo, introdujo la terminología *telecommuting*, refiriéndose a ello como una medida de deslocalización de las tradicionales estaciones de trabajo.¹² Es decir, bajo esta moción, se posiciona al teletrabajo como una actividad laboral que puede sustituir los desplazamientos relacionados con el trabajo,¹³ usando de nexo la adaptabilidad de las TIC y cumpliéndose con la premisa de *llevar el trabajo al trabajador*.

Por su parte, Jordi Buira enfatiza que, más que un modelo de trabajar, es una nueva manera de hacer las cosas con un trasfondo organizacional y con diferente grado de evolución a los tradicionales,¹⁴ enteramente condicionado por el nivel de desarrollo de las economías y las tecnologías de los Estados, y los enfoques con los que se han venido avanzando. Ya que no es lo mismo contraponer los hallazgos del teletrabajo en países desarrollados frente a los subdesarrollados, dado que esta figura en cada región viene evolucionando de manera diferente y con un determinado grado de intensidad.¹⁵

8. Albert Agustino y Guilayn et al., *Derecho y nuevas tecnologías* (Barcelona: UOC, 2005), 209, <https://bit.ly/3oVbiIt>.

9. Carlos Antonio Iturralde Durán y Lenin Efraín Duque Romero, “Precarización del teletrabajo en Ecuador en contexto de Covid-19: Variables de análisis desde el enfoque marxista”, *SciELO Preprints*, 18 de enero de 2021, 3, doi: <https://doi.org/10.1590/SciELOPreprints.1724>.

10. Raúl Saco Barrio, “El teletrabajo”, *Derecho PUCP*, Teoría del Derecho, 60 (2007): 325-6, doi: <https://doi.org/10.18800/derechopucp.200701.011>.

11. Jordi Buira, *El teletrabajo: entre el mito y la realidad* (Barcelona: UOC, 2012), 39.

12. Jack M. Nilles y F. Roy Carlson, *The Telecommunications-Transportation Tradeoff: Options for Tomorrow* (California: BookSurge Publishing, 2007), 9.

13. *Ibíd.*, 3.

14. Buira, *El teletrabajo*, 27.

15. Martha Sánchez Galvis, “Un acercamiento a la medición del teletrabajo: Evidencia de algunos países de América Latina” (CEPAL, 2012), 5, <https://bit.ly/3F8meYQ>.

Pese a la notoria diferencia respecto a la dispareja adaptación regional, este fenómeno tiene un ADN común que es propio de esta modalidad de trabajo. Esta característica posiciona al teletrabajador en un patrón social específico demarcado por un sistema de servicios que dependen de manera esencial de la transmisión y gestión de información, y del conocimiento que de ello deriva. Todo esto girando cuidadosamente en torno a la optimización de la producción.¹⁶

Francisco Ortiz Chaparro enfatiza que se trata de una actividad laboral que se desarrolla sin la presencia del colaborador en las tradicionales estaciones de trabajo u oficinas, ejecutándose de manera deslocalizada, limitando al empleador la observación directa del desarrollo de la prestación de labores por parte del teletrabajador.¹⁷ A la luz de esta concepción, la deslocalización y el papel de las TIC juegan un rol definitorio para el teletrabajo visto que, para que se considere puramente teletrabajo, es preciso que estas herramientas digitales sean las catalizadoras de la tarea encomendada, teniendo como punto de partida la ejecución de las actividades del trabajador y los requerimientos del empleador, en suma, definiendo la razón de ser del teletrabajo.

Así pues, el teletrabajo actual viene a consolidarse como un nuevo modelo de organización laboral, afianzándose como una innovadora manera de desarrollar las actividades referentes al trabajo. Se caracteriza por dos elementos que son propios de esta modalidad; el primero, demarcado por el lugar, es decir, por la deslocalización de las tradicionales estaciones de trabajo que facultan al teletrabajador laborar desde cualquier lugar y fuera de las instalaciones sugeridas por el empleador. El segundo, condicionado por la comunicación y la masificación de las herramientas tecnológicas digitales, esto debido a la adecuación y ejecución intensiva de las TIC, ya que, para el moldeamiento del teletrabajo, es imperante que en su desarrollo y ejecución exista la intervención del aparataje tecnológico digital.¹⁸ A continuación se observará el rol del teletrabajo y los cambios que suponen para el sector laboral.

LA NUEVA REVOLUCIÓN LABORAL A LA LUZ DEL TELETRABAJO

Si se observa brevemente al pasado, se puede notar que el desarrollo de la sociedad humana ha estado estrictamente condicionado por un aspecto en común, es decir, por

16. Mercedes García-Camino Burgos, *Teletrabajo y discapacidad* (Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2013), 11, <https://lectura.unebook.es/viewer/9788436258165>.

17. Francisco Ortiz Chaparro, *El teletrabajo: Una nueva sociedad laboral en la era de la tecnología* (Madrid: McGraw-Hill, 1997), 103.

18. Yehuda Baruch, "Teleworking: Benefits and Pitfalls as Perceived by Professionals and Managers", *New Technology, Work and Employment* 15, n.º 1 (marzo 2000): 34-49, doi: <https://doi.org/10.1111/1468-005X.00063>.

la innovación tecnológica que ha venido siendo la arquitecta en el moldeamiento de la sociedad. Inicialmente por la caza, luego la agricultura, alcanzando su clímax en la industrialización y actualmente la digitalización.¹⁹ Cada una de ellas caracterizada por las disruptivas innovaciones tecnológicas en el esquema social, convirtiéndose a lo largo de la historia en los motores axiales de esta constante transformación.²⁰ Así pues, en el clímax de la *sociedad de la información* del siglo XXI esto no iba ser la excepción dado que, producto de la revolución tecnológica digital, la naturaleza del trabajo tradicional viene siendo transformada una vez más, a través de una serie de reformas que presumen un importante cambio del esquema laboral y sobre todo en la manera de hacer las cosas. Esto producto de la intervención de las TIC y la adecuación del internet de las cosas a la esfera laboral.

Michel Foucault en su obra *Las tecnologías del yo y otros afines*, respecto a las tecnologías, sugiere: “[que] en nuestra cultura, los hombres han desarrollado un saber acerca de sí mismos: economía, biología, psiquiatría, medicina y penología”.²¹ Entendiéndolas como “juegos de verdad”,²² que son empleadas entre los seres humanos, como técnicas específicas para el entendimiento entre sí mismos. Así pues, a la luz de esta moción, se desglosan cuatro variantes de estas tecnologías, cada una perteneciendo a una matriz en específico:

1. tecnologías de producción, que nos permiten producir, transformar o manipular cosas;
2. tecnologías de sistemas de signos, que nos permiten utilizar signos, sentidos, símbolos o significaciones;
3. tecnologías de poder, que determinan la conducta de los individuos, los someten a cierto tipo de fines o de dominación, y consisten en una objetivación del sujeto;
4. tecnologías del yo, que permiten a los individuos efectuar, por cuenta propia o con la ayuda de otros, cierto número de operaciones sobre su cuerpo y su alma, pensamientos, conducta, o cualquier forma de ser, obteniendo así una transformación de sí mismos con el fin de alcanzar cierto estado de felicidad, pureza, sabiduría o inmortalidad.²³

Pues bien, de lo citado se puede notar que estas tecnologías se hallan interconectadas entre sí, ya que estas no funcionan de manera individual pese a que cada una de estas se encuentran dirigidas a la dominación de un sector o fenómeno en específico. Debido a las variantes en las formas del aprendizaje, la modificación de los indivi-

19. Masuda, *The Information Society as Post-Industrial Society*, 31.

20. *Ibíd.*, 31-3.

21. Michel Foucault, *Tecnologías del yo y otros afines*, trad. Mercedes Allendesalazar, Pensamiento Contemporáneo 7 (Buenos Aires: Paidós, 2008), 47-8.

22. *Ibíd.*, 48.

23. *Ibíd.*

duos, la adquisición de nuevas habilidades y aptitudes.²⁴ Empero, por su naturaleza canalizadora, siempre se relacionan entre sí, tal como es el caso particular del teletrabajo, en el cual las *tecnologías de la producción* se interconectan de manera natural con las *tecnologías del poder*.

Así pues, la tecnología social sitúa al hombre en un umbral en el que la innovación tecnológica digital de las TIC define: los valores humanos, el pensamiento, las estructuras políticas y económicas de la sociedad.²⁵ En gran medida producto de la “[constante] presión competitiva y la inestabilidad de los mercados, [han impulsado] a las empresas a reconsiderar sus procesos productivos”,²⁶ llevando la industria a un nuevo estadio de producción. Así mismo, circunstancias derivadas de la constante crisis económica y una de las más marcadas para el mercado, como la crisis sanitaria derivada del COVID-19, han obligado al sector empresarial a adoptar una serie de cambios importantes en sus dinámicas, surgiendo así nuevos modelos de producción más sofisticados y con ello la adecuación de los cuerpos normativos de los Estado acorde a las necesidades actuales y reales que la aplicación de las TIC han figurado en el sector laboral.

Sin embargo, ¿cómo las TIC están revolucionando el mercado laboral? Velásquez sostiene que la incorporación de estas tecnologías han sido más que positivas para muchos sectores laborales, ya que han facilitado en gran medida el desarrollo de múltiples actividades que antes eran consideradas como no mecanizables,²⁷ para que de manera progresiva ir incrementando las oportunidades para más miembros de la sociedad. Es así que la sistematización digital de las labores ha posibilitado descentralizar las tradicionales estaciones de trabajo y con ello admitir que el trabajo pueda ser desarrollado de manera no presencial y con total normalidad. Un ejemplo de lo que se quiere precisar, se puede notar al observar el panorama de los sectores laborales dentro de la educación que se han apoyado en las plataformas digitales para continuar sus actividades, destacándose en la actualidad: *Zoom* o *Google Teams*, que han soportado de manera simplificada pero eficaz la transición laboral del entorno educativo presencial al virtual, demostrando que la característica cambiante y adaptativa del teletrabajo puede desarrollarse de manera simple en cualquier circunstancia que sea posible la adopción de las TIC para teletrabajar.

24. *Ibid.*, 48-9.

25. Masuda, *The Information Society as Post-Industrial Society*, 31-3.

26. Carmen Pérez Sánchez, “El teletrabajo: ¿Más libertad o una nueva forma de esclavitud para los trabajadores?”, *VI Congreso Internet, Derecho y Política. Cloud Computing: El Derecho y la Política suben a la Nube*, n.º 11 (diciembre 2010): 25-6.

27. Jhon Orlando Velásquez, “Procesos Digitales y la era del Taylorismo Informático”, *Transformación Empresarial*, 17 de marzo de 2016, párr. 4, <https://bit.ly/3dTukZr>.

¿Cómo es esto posible? Esto es una realidad gracias a la singular propiedad masificadora que poseen las TIC y la característica catalizadora que posee el internet. Dado que hoy en día, de acuerdo al informe *Digital 2021*, aproximadamente el 59,5% de la población (7830 millones de personas) están conectados de manera activa a la web-red, con un uso promedio de 6 horas y 54 minutos al día,²⁸ datos que no son una sorpresa, ya que la masificación de la tecnología como tal, ha venido acrecentándose a niveles nunca antes vistos, concretamente:

La comparación del tiempo requerido para que las diferentes tecnologías lleguen a los 50 millones de usuarios muestra que, si la radio tardó 38 años en alcanzar este umbral y 13 años para la televisión, en la actualidad estos tiempos de transmisión se reducen a 3 años para internet en casa, 1 año para Facebook y 9 meses para Twitter. Si bien estas diferencias deben atenuarse debido a la existencia de un cierto sesgo en estas comparaciones (crecimiento demográfico, aumento del poder adquisitivo, servicios gratuitos de Internet), lo cierto es que estas tecnologías se adoptan a una velocidad mucho mayor, y sus usos se transmiten más rápidamente.²⁹

Así pues, la masificación y la hiperconexión tecnológica de las personas han posibilitado unificar el internet, las políticas de los Estados, el desarrollo de las TIC, la industria audiovisual y en gran medida el aparato laboral, para en conjunto catalizar la adecuación del teletrabajo como modalidad pragmática del empleo moderno. De manera que esta característica ha venido modificando la manera de hacer las cosas, la forma de divertirnos, la de aprender y sobre todo el modo de trabajar.³⁰ A la luz de estas salvedades se originan nuevas modalidades de trabajo, y con ello la modificación en ciertos aspectos de las relaciones organizacionales laborales en el marco económico, dando como resultado el nacimiento del teletrabajo.

No obstante, el teletrabajo, a pesar de todo el aparato tecnológico que tiene de trasfondo, difícilmente puede ser considerado como algo moderno, puesto que como figura de trabajo tiene una longeva aparición que data desde hace aproximadamente 48 años, cuando el físico Jack Nilles lo propuso como una alternativa para reducir la movilidad y el desplazamiento del trabajador,³¹ mitigando así la crisis petrolera que azotaba a los Estados Unidos de Norte América en aquel entonces. Así pues, su

28. Susana Galeano, “El número de usuarios de internet en el mundo crece un 7,3% y alcanza los 4660 millones (2021)”, *Marketing 4 Ecommerce*, 28 de enero de 2021, párr. 1-9, <https://bit.ly/3GMS8ee>.

29. Bruno Mettling, “Transformation numérique et vie au travail”, Informe (París: Ministre du Travail, de l’Emploi, de la Formation Professionnelle et du Dialogue Social, 2015), 5, <https://bit.ly/3DWqd9u>; la traducción me pertenece.

30. Buira, *El teletrabajo*, 9.

31. Andrade Ortiz, “Derecho a la desconexión digital como paradigma laboral del Estado ecuatoriano”, 49.

moción consistía en que “si uno de cada siete trabajadores urbanos no tuviera que desplazarse a su sitio de trabajo, Estados Unidos no tendría la necesidad de importar petróleo”.³² A partir de ello múltiples Estados a nivel mundial han venido trabajando en mayor o menor grado en la elaboración de políticas que coadyuven a incorporar el teletrabajo como una modalidad pragmática de trabajo.

Esta idea de *llevar el trabajo al trabajador* tomó más notoriedad y aplicabilidad a partir del inesperado accionar de los Estados y sus gobiernos al introducirlo de manera abrupta y como medida de choque para mitigar el marcado declive de la producción global, y el alto costo sanitario que se derivaron de la pandemia COVID-19. De manera que la rápida transformación digital ha insertado en la mayoría de los ámbitos de la producción su manera de hacer las cosas; dicho de otro modo, ha autoestablecido las reglas para la adecuación del sector laboral dentro de la revolución industrial digital. Al parecer los tiempos de la innovación han cambiado demasiado; si antes se avanzaba a pasos moderados, en la actualidad los avances tecnológicos y las transformaciones productivas están dando saltos muy apresurados. Este progreso, sin hacer caer en cuenta, no solo ha obligado a los hoy denominados teletrabajadores a adoptarla de manera genérica y adaptarse a sus mecánicas, sino que viene acompañado del autoadoctrinamiento para ser funcionales, condicionado desde un inicio la forma de hacer las cosas, programándolos para cambiar su conducta, su percepción de las cosas, sensaciones, pensamientos y la manera de convivir,³³ adquiriendo “la vieja divisa olímpica “*Citius, Altius, Fortius*”: cada vez más rápido, a mayor distancia, con más potencia”.³⁴

Por otra parte, es preciso recalcar que la crisis sanitaria derivada del COVID-19 ha jugado un rol fundamental en el proceso de la transformación económica y en efecto del sector laboral, dado que, de manera directa, ha sido la causante de la promulgación creciente de la aplicación, adopción y ejecución del teletrabajo, estableciéndola como una importante herramienta y alternativa del sector laboral modernizado, ya que se ha ajustado y ha aprovechado al máximo la adaptabilidad que tienen las tecnologías digitales, con ello facilitando y haciendo más eficaces los procesos comerciales.³⁵

En suma, bajo estas consideraciones no cabe duda que el mundo laboral vine siendo azotado por una innegable revolución tecnológica-digital que el teletrabajo supone para el sector laboral. Esto debido a los cambios vertiginosos que han supuesto una veloz transición a los sistemas virtuales del entorno interconectado por la red de in-

32. Jack Nilles, *The Telecommunications-Transportation Tradeoff. Options for Tomorrow* (Nueva York: John Wiley & Sons, 1976), 4; la traducción me pertenece.

33. Byung-Chul Han, *En el enjambre*, trad. Raúl Gabás (Barcelona: Herder, 2014), 11.

34. Buirra, *El teletrabajo*, 23.

35. OECD, *OECD Economic Surveys: Spain 2021*, vol. 6, OECD Economic Surveys 2021 (París: OECD Publishing, 2021), 75-8.

ternet, diluyendo así las fronteras entre lo físico, lo biológico y lo digital.³⁶ Junto a ello, el desarrollo y aplicación de técnicas novedosas como el teletrabajo han incentivado la transformación en la forma de trabajar, permitiendo aprovechar las nuevas y crecientes economías digitales, eliminando las tradicionales barreras de entrada a los mercados,³⁷ y dando cabida a una creciente revolución laboral con alcances casi ilimitados, cambiando las reglas del juego y desafiando a los modestos modelos regulatorios laborales de los Estados.

BREVE CONSIDERACIÓN SOBRE EL PODER

Antes de continuar con el desarrollo de este artículo y para una mejor comprensión del mismo, es preciso acercarse brevemente a una concepción sobre el poder. Pues bien, para algunos el poder se puede traducir en opresión y para otros en un elemento definitorio de la comunicación, esto debido a la contraposición de nociones jurídicas, sociológicas o políticas, que se tornan irreconciliables.³⁸ Así pues, algo que no está en tela de duda es que el poder nace a partir de la característica social del ser humano, dado que, por su naturaleza, está acostumbrado a relacionarse con sus congéneres de manera jerarquizada.

Bajo esta moción, Michel Foucault sostiene que el poder surge a partir de la asociación de los sujetos, que viene siendo ejercido a través de múltiples “técnicas de amaestramiento, procedimientos de dominación y sistemas que favorezcan la obediencia”.³⁹ Para Max Weber, el poder es: “la probabilidad de imponer la propia voluntad, dentro de una relación social, aun contra toda resistencia y cualquiera que sea el fundamento de esa probabilidad”.⁴⁰ Por su parte, Byung-Chul Han lo define a partir de la siguiente relación causal: “el poder del yo es la causa que ocasiona en el otro una determinada conducta contra su voluntad. El poder capacita al yo para imponer sus decisiones sin necesidad de tener en consideración al otro. El otro sufre la voluntad del yo como algo que le resulta ajeno”.⁴¹

A la luz de estas ideas, se puede decir que el poder ya no se torna coercitivo, de modo que el súbdito se va automoldeando a la voluntad del soberano; dicho de otro

36. Haroldo Montagu, “El futuro del trabajo en el mundo de la industria 4.0”, en *El futuro del trabajo en el mundo de la industria 4.0* (Buenos Aires: OIT/UIA, 2020), 11-2.

37. *Ibíd.*, 13-4.

38. Byung-Chul Han, *Sobre el poder*, trad. Alberto Ciria (Barcelona: Herder, 2016), 9.

39. Jorge Martija, “El poder según Foucault”, *Información*, 12 de agosto de 2015, párr. 1-5, <https://bit.ly/31RgG71>.

40. Max Weber, *Economía y sociedad* (Madrid: FCE, 2002), 43, citado por Han, *Sobre el poder*, 21.

41. *Ibíd.*, 11.

modo, el sujeto por sí mismo toma el deseo del soberano como si fuese propio,⁴² puesto que, si el poder fuese en gran medida represivo, no sería efectivo. Es por ello que la dinámica que hace posible su persistencia y aceptación: “es que no pesa solo como una fuerza que dice no, sino que, de hecho, atraviesa, produce cosas, induce placer, produce discurso”,⁴³ tal cual una red productiva que aglomera todo el cuerpo social. De modo que el poder viene a ser la capacidad de condicionar la voluntad del otro, de manera que, en vez de reprimir, tiende a producir un sentimiento de libertad y necesidad “en el cual el otro obedece libremente al yo”,⁴⁴ influyendo sobre el entorno y el accionar del sujeto.⁴⁵ Así se configura la dinámica del poder, en la cual el soberano toma el alma del otro sin esfuerzo alguno, y el otro cede de manera voluntaria.⁴⁶

El poder se presenta como el artífice de la voluntad de quien es sometido, es decir, que, por medio de las técnicas de dominación y el disciplinamiento, condiciona la voluntad de la persona que se encuentra a su merced. Este se reproduce en todo el entorno del cuerpo social, estableciendo las reglas y direccionando al súbdito para cumplir con el objetivo del soberano. En este paradigma la persona sometida, sin darse cuenta y de manera voluntaria, fomenta y fortalece las condiciones para que el soberano obtenga un amplio espacio de dominación y manejo de la conducta.⁴⁷

DE LAS SOCIEDADES DISCIPLINARIAS A LAS SOCIEDADES DE CONTROL EN LA ERA DEL TELETRABAJO

Michel Foucault en su momento señaló que el poder ya no se alcanzaba a través del miedo por la amenaza de muerte,⁴⁸ tal como venía sucediendo en los siglos XVII y XVIII, sino que, a partir del siglo XX, este poder ha sido reemplazado por el poder disciplinario, que se impone e influye directamente en el desarrollo de la vida de los individuos a través de la “administración de los cuerpos y la gestión calculadora de la vida”.⁴⁹ En este lugar, el sujeto se encontraba en un ambiente completamente tabicado,

42. *Ibíd.*, 10-2.

43. Michel Foucault, *Microfísica del poder*, trad. Horacio Pons, Fragmentos foucaultianos (Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2019), 29-31.

44. Han, *Sobre el poder*, 17.

45. *Ibíd.*, 13-4.

46. *Ibíd.*, 14.

47. *Ibíd.*, 19.

48. Adán Salinas Araya, “Diagramas y biopoder. Discusiones sobre las sociedades de control”, *Hermenéutica Intercultural, Revista de Filosofía* 20, n.º 21 (2011): 20-1, doi:10.29344/07196504.20-21.565.

49. Michel Foucault, *La voluntad de saber*, Historia de la sexualidad I (Madrid: Siglo XXI, 2006), 162, citado por Han, *Psicopolítica*, 35.

pasando “sucesivamente de un círculo cerrado a otro, en el cual cada escenario contaba con sus propias leyes: primero la familia, después la escuela (‘ya no estás en tu casa’), después el cuartel (‘ya no estás en la escuela’), a continuación, la fábrica, cada cierto tiempo el hospital y a veces la cárcel, el centro de encierro por excelencia”.⁵⁰

Así pues, este poder iba moldeando al individuo en las diferentes etapas de la vida a través de los diversos centros de encierro. La progresiva industrialización en todos sus niveles ha sido la más interesada en ajustar su dominio sobre las personas para que se desarrollen en sinergia y de manera optimizada a la luz de la producción.⁵¹ Pues bien, esta idea tiene implícito la adaptación de prácticas que desencadenen procedimientos de orden pragmático, normalizando y encauzando los pensamientos, y las acciones de los individuos hacia un fin preestablecido por quienes ejercen el poder. Es decir, que cada técnica de producción requiere de la modificación de la conducta individual, llevando implícito la manipulación de las cosas y la dominación.⁵²

Por su parte, Gilles Deleuze a través de la figura *sociedad de control*, inspirado por la lectura de *El almuerzo desnudo* escrito por William Burroughs, encontró la forma de interpretar y valorar el pensamiento de Foucault, adaptándolo a los tiempos contemporáneos, o dicho de otro modo al siglo XXI.⁵³ Con esta síntesis Deleuze sostiene que la sociedad de control subsume a la sociedad disciplinaria, reivindicando así la investigación foucaultiana, es decir que ambas sociedades comparten una matriz a través de la constante vigilancia aplicada en diferentes formas y niveles, visto que la sociedad de control ya no depende estrictamente de los tradicionales centros de encierro foucaultianos, como los hospitales, psiquiátricos, cárceles, cuarteles y fábricas,⁵⁴ que eran empleados para mantener un esquema sistematizado de control del tiempo, el espacio y el movimiento de los cuerpos,⁵⁵ tal cual venía sucediendo con la sociedad disciplinaria. Mas bien en la sociedad de control, el dominio del poder surge a partir de una nueva estructura más compleja y más eficaz, caracterizado por la intensificación y masificación de los aparatos normalizadores del disciplinamiento llevados a su máxima expresión.⁵⁶

50. Gilles Deleuze, “Post-scriptum sobre las sociedades de control”, *POLIS, Revista Latinoamericana* 5, n.º 13 (2006): 2.

51. Han, *Psicopolítica*, 36.

52. Foucault, *Tecnologías del yo y otros afines*, 49.

53. Pablo Esteban Rodríguez, “¿Qué son las sociedades de control?”, *Revista Sociedad* 27 (2008): 177.

54. Byung-Chul Han, *La sociedad del cansancio*, trad. Arregi Arantzazu Saratzaga (Barcelona: Herder, 2012), 25.

55. Rodríguez, “¿Qué son las sociedades de control?”, 178.

56. Salinas Araya, “Diagramas y biopoder”, 22.

Bajo este esquema de ideas los nuevos centros de encierro gozan de una característica cíclica que nunca termina, replicando en gran medida la dinámica del régimen disciplinario,⁵⁷ de modo que en este escenario el individuo ya no se encuentra físicamente en un lugar de encierro por excelencia, ni tampoco va atravesando de manera repetitiva los distintos espacios cerrados como el hogar, la escuela o la fábrica,⁵⁸ librándose así del *panóptico disciplinario*, sino que se va adentrando en uno nuevo y más eficiente denominado hoy por hoy *panóptico digital*.⁵⁹ En este nuevo paradigma de poder, el control se desborda más allá de las estructuras institucionales de la sociedad por medio de una red flexible y fluctuante que ocupa por completo el terreno social;⁶⁰ sustituidas hoy en día por sociedades de gimnasios, bancos, aviones, grandes centros comerciales, laboratorios genéticos,⁶¹ las torres de oficinas y el teletrabajo con la inminente adecuación de los dispositivos electrónicos y las TIC.

Así pues, a la luz de estas consideraciones en el auge de la sociedad de la información del siglo XXI, las ideas de Foucault y Deleuze se catalizan y convergen hacia un nuevo orden de control ultra refinado y repotenciado. ¿De qué manera esto se vuelve tangible? Este escenario se vuelve una realidad gracias a que el poder en la sociedad digital magnifica la lógica y las dinámicas de la disciplina, y la vigilancia, para transformar en lo que el filósofo Byung-Chul Han ha denominado como el *Big Data*,⁶² posibilitando una vigilancia con una amplia visión de 360 grados, siguiendo de manera pura la dinámica del panóptico de Bentham, en el cual se aislaba a los sujetos con fines estrictamente disciplinarios, para inducirlos a un estado consciente y de permanente visibilidad, garantizando el ejercicio del poder de manera automática,⁶³ interviniendo en la psique del sujeto para condicionarla a un nivel prerreflexivo.⁶⁴

En ese sentido, si trasladamos la dinámica del *Big Data* al escenario del teletrabajo, es preciso identificar que el poder de control emerge a través de las diversas tecnologías digitales y recae sobre el teletrabajador mediante una aplicación pragmática del poder, tornándose más permisiva, más flexible e inteligente, con la capacidad de colarse en la vida de las personas y así escapar de cualquier visibilidad.⁶⁵ En este pa-

57. Deleuze, "Post-scriptum sobre sociedades de control", 32.

58. Ana Santiago Muñoz, "La sociedad de control: una mirada a la educación del siglo XXI desde Foucault", *Revista de Filosofía* 73 (octubre 2017): 325, doi: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-43602017000100317>.

59. Han, *Psicopolítica*, 21.

60. Santiago Muñoz, "La sociedad de control", 22.

61. Han, *La sociedad del cansancio*, 25.

62. Han, *Psicopolítica*, 85.

63. Michel Foucault, *Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión*, trad. Aurelio Garzón del Camino (Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2004), 185-6.

64. Han, *Psicopolítica*, 25.

65. *Ibid.*, 28.

norama, los sujetos gozan de una comunicación intensiva y se da paso a la apertura de la voluntaria desnudez de su ser a través de un uso intensivo de libertad, la entrega de facultades ya no es por coacción, sino en función de una necesidad interna,⁶⁶ contrario a lo que sucedía en el régimen disciplinario, que se empeñaba en crear sujetos sumisos y obedientes a través del adoctrinamiento.

En este escenario se procura que los individuos sean independientes a través de un poder amable que no necesita reprimir la voluntad, sino que encauza esa voluntad según las necesidades que requiera el poder o, dicho de otro modo, el sistema,⁶⁷ creando así las condiciones necesarias para generar emociones positivas y a partir de ellas explotarlas al máximo, ajustando la psique del teletrabajador para hacer un pronóstico del comportamiento humano, haciéndolo predecible y sobre todo maleable,⁶⁸ a manera de un mecanismo inmaterial, elevar a otro nivel el modo de producción, que se traduce como: a mayor información y comunicación, mayor productividad, aceleración y crecimiento.⁶⁹

EL BIG DATA EN LA ERA DEL TELETRABAJO

Los anteriores enunciados encuentran su desenlace en este último apartado del artículo. Así pues, el poder se manifiesta de múltiples maneras, ya que no es tematizado, sino que mientras más silencioso es mayor fuerza adquiere.⁷⁰ En esta dinámica, el sujeto se presume libre, dado que la esencia del teletrabajo aparenta libertad por medio de un sistema de producción basado en la flexibilidad, modalidad que supone la posibilidad de autogestionar el tiempo y el espacio a conveniencia. El poder se manifiesta de manera amigable y con un sin fin de posibilidades aplicativas para la empresa, y una extensa gama de facultades y promesas para el teletrabajador.⁷¹ “En esta falsa ilusión no cabe la idea para exagerar la notoria escasez que día a día nos azota, sino que se presenta como una representación de abundancia, incluso de un desmedido exceso de positividad”.⁷² Esto mantiene al sujeto en un estado de falso bienestar a la sombra de una constante evaluación de los pensamientos a través de la generación de la dependencia al trabajo digitalizado, que hoy en día se escuda en la moción del

66. *Ibid.*, 21.

67. *Ibid.*, 28.

68. *Ibid.*, 25-9.

69. *Ibid.*, 22.

70. *Ibid.*, 27-8.

71. Andrade Ortiz, “Derecho a la desconexión digital”, 84.

72. *Ibid.*

máximo desempeño, por medio del discurso capitalista del mérito,⁷³ que propone: “si cada persona lucha por sus sueños, los conseguirá”.⁷⁴

Por otro lado, el teletrabajo en los tiempos de pandemia incorporó cambios importantes en todos los niveles de las estrategias empresariales y con efectos directos sobre los trabajadores. Fruto de ello se introdujo una de la característica más arraigada del teletrabajo, que responde a la inminente descentralización de las actividades referentes al trabajo, avivando con ello la competencia de los sectores laborales para migrar de manera abrupta a los mercados digitalizados.⁷⁵ Esto con el sueño de convertirse o replicar en menor o mayor grado el modelo organizacional de gigantes empresariales como *Meta*, *Google* o *Amazon* a nivel privado, y a nivel público con el objetivo de sostener la correcta funcionalidad de la estructura orgánica de cada Estado.

Así pues, bajo esta consideración el poder del denominado *Big Data* sobre el teletrabajador ha tomado más notoriedad gracias a la progresiva adopción del internet de las cosas y a la masificación de las TIC. Convirtiéndose en el lugar propicio y el principal asidero de la creación de múltiples herramientas digitales destinadas al control. Fruto de ello se ha dado apertura a la aparición y desarrollo de software especializado en la vigilancia minuciosa del comportamiento del teletrabajador. Un ejemplo de lo que se quiere precisar, responden a las particulares funciones que ofrece: *DeskTime* o *Kickidler*, que se venden al empleador modernizado como herramientas de gestión del personal en tiempo real, dando un seguimiento metódico y automatizado de las actividades del teletrabajador, con acceso total a los datos e historial de navegación, acceso remoto en cualquier momento, grabación y capturas de pantalla, registro de teclas presionadas durante la jornada laboral,⁷⁶ así como el análisis de la eficiencia del colaborador,⁷⁷ y reproduciendo la vida del teletrabajador en una red puramente digital, funciones aparentemente inofensivas, que hoy por hoy en el diario vivir de los teletrabajadores se ha vuelto una normalidad.

Sin embargo, la incorporación de estas nuevas funcionalidades de las TIC al entorno laboral del teletrabajo posibilita la pronosticación del comportamiento de los teletrabajadores, adecuando las herramientas digitales para convertirlas en mecanis-

73. *Ibid.*, 102.

74. Sara Solís, “Burnout, el síndrome de la precariedad”, *La Izquierda Diario-Red internacional*, 5 de septiembre de 2017, 5, <https://bit.ly/3dP2z4i>.

75. Ximena Roncal Vattuone, “Teletrabajo y capitalismo de vigilancia”, *Telos Revista de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Sociales* 23, n.º 1 (enero 2021): 182, doi: <https://doi.org/10.36390/telos231.14>.

76. DeskTime, “Monitorización y control de teletrabajo”, *DeskTime*, 1, accedido 22 de noviembre de 2021, <https://bit.ly/322aSHA>.

77. Kickidler, “Software de monitoreo de empleados”, *Kickidler*, párr. 1-8, accedido 22 de noviembre de 2021, <https://bit.ly/30qf57g>.

mos eficaces de vigilancia, orientadas a mejorar el desempeño de la fuerza de trabajo y mantener un ritmo en constante aumento de la productividad. Todo ello a través del control de las emociones y el autodesempeño de los empleados,⁷⁸ posicionando al teletrabajador en un estado de inconciencia frente al sometimiento del poder, quedando el entramado de dominación totalmente imperceptible ante la conciencia del mismo.

En este contexto, los procesos digitales juegan un rol determinante en la vida de los teletrabajadores, en vista de que las “tareas laborales que antes eran consideradas no mecanizables ya sea por su carácter creativo, reflexivo e intelectual, son codificadas y digitalizadas en los sistemas de información que soportan los negocios a través de protocolos de decisión programados”.⁷⁹ Al parecer estas tecnologías se han encargado de establecer el ritmo del teletrabajador, condicionando la manera de hacer las cosas para posteriormente clasificarlos, encargándose de ajustar los niveles de eficiencia o de productividad, todo ello a partir de la inteligencia artificial que se encuentra en la arquitectura de estas herramientas digitales.

En este escenario, la vigilancia digital del trabajador es aperspectivista, ya que posibilita un control total del entorno laboral, en casos puntuales, llegando a trastocar la psique del colaborador,⁸⁰ ya que estas herramientas no solo cumplen el rol de monitorizar y controlar, sino que se encargan de recopilar datos específicos y mostrar una representación exacta de la persona, convirtiéndose en proveedores activos de información en estado vivo,⁸¹ para que posteriormente sean analizados minuciosamente y luego introducir nuevas dinámicas de poder, o, dicho de otro modo, evolucionar y ajustar el poder de control. Bajo esta concepción, hoy por hoy retorna con mucha fuerza lo que decía Foucault “cuando pienso en la mecánica del poder, pienso en su forma capilar de existir, el proceso de por medio del cual el poder se mete en la misma piel de los individuos, invadiendo sus gestos, sus actitudes, sus discursos, sus experiencias, su vida cotidiana”.⁸²

Si bien es cierto hoy en día el trabajador se ha liberado de la esclavitud y la explotación de las modestas máquinas de la era industrial. En la actualidad el teletrabajador se encuentra en una encrucijada entre una nueva forma de coacción y esclavitud.⁸³ Dado que, la lógica y el aparataje tecnológico que se encuentran detrás del teletrabajo tienen la capacidad de transformar prácticamente cualquier lugar y momento en una estación laborable. Agudizando la productividad y magnificando el exceso de trabajo,

78. Roncal Vattuone, “Teletrabajo y capitalismo de vigilancia”, 182.

79. Velásquez, “Procesos Digitales y la era del Taylorismo Informático”, 1-5.

80. Han, *Psicopolítica*, 86.

81. *Ibid.*, 93-5.

82. Foucault, *La voluntad del saber*, 60.

83. Han, *En el enjambre*, 59.

y el rendimiento para convertirse en autoexplotación,⁸⁴ contribuyendo así a la construcción paulatina de un ser maleable que va tomando la forma del *animal laborans* de Hanna Arendt, caracterizado por su condición de explotación a sí mismo, a saber: de manera voluntaria y sin coacción externa,⁸⁵ y generando una libertad paradójica en el cual “el explotador es al mismo tiempo el explotado. Víctima y verdugo ya no pueden diferenciarse”,⁸⁶ convirtiendo al sujeto moderno en una de las mayores víctimas del poder que conlleva el aparataje tecnológico digital del teletrabajo.

¿Acaso la descentralización de los tradicionales lugares de trabajo han ocasionado la movilidad de las máquinas? Efectivamente, ya que las TIC por su característica inmaterial han logrado romper la demarcación que existían entre los lugares de trabajo y los de no trabajo. Es decir que estos sitios vienen siendo diluidos a favor de un escenario más complejo,⁸⁷ en virtud de que las máquinas modernas —el internet de las cosas, las *TIC y en efecto los dispositivos electrónicos*— con los que hoy en día cuentan los teletrabajadores, hacen que el teletrabajo como tal se transforme en una actividad prácticamente móvil. En este escenario cada teletrabajador lleva consigo de aquí para allá el puesto de trabajado, tal cual campamento de seguridad en el cual busca refugio, con la diferencia de que no sirve para desconectarse del trabajo, sino para trabajar en todo momento y cualquier lugar, introduciendo al teletrabajador en un círculo cerrado de control fluctuante y flexible, en el cual escapar del trabajado resulta una tarea cada vez más difícil,⁸⁸ ya que el poder de control se encuentra en un estado vivo que se desarrolla de manera paralela con el individuo sometido, como si de un simbionte se tratara.

Así pues, el poder de control en el teletrabajo adquiere la vieja dinámica *benthamiana*,⁸⁹ volviéndose invisible a la percepción humana debido a su forma omnipresente por su característica móvil y transmutadora. En esta modalidad de trabajar se fetichiza la humanidad de los teletrabajadores, convirtiéndolos en meros recursos que sirven de medios para alcanzar las metas de los empleadores en general.⁹⁰ En este escenario la gobernanza de las herramientas digitales sobre la vida de los telecolaboradores ya no solo busca el máximo desempeño, sino que, pretende establecer un nue-

84. Han, *La sociedad del cansancio*, 32.

85. *Ibid.*, 30.

86. *Ibid.*, 32.

87. España, *Convenio colectivo del Grupo Axa 2017-2020*, 10 de octubre de 2017, Boletín Oficial del Estado 244, art. 14.

88. Han, *En el enjambre*, 59.

89. Han, *Psicopolítica*, 61.

90. Karol Morales Muñoz et al., *Precarización laboral en plataformas digitales: una lectura desde América Latina*, ed. Kruskaya Hidalgo Cordero y Carolina Salazar Daza - Observatorio de plataformas (Quito: Friedrich Ebert Stiftung Ecuador / ILDIS, 2020), 129.

vo régimen social de una repotenciada *sociedad de control* que supere con creces su efectividad,⁹¹ convirtiendo al teletrabajo en un importante mecanismo paradigmático de la nueva sociedad de control.

CONCLUSIONES

Desde la perspectiva planteada se puede decir que el teletrabajo se consolida como una novedosa forma de hacer las cosas a través del desarrollo de ciertas actividades que antes eran consideradas como no mecanizables y condicionada por el grado de desarrollo tecnológico digital respecto a los lugares en los que se proyecta su ejecución. Así mismo su aplicación supone una revolución en todos los niveles organizacionales, permitiendo aprovechar al máximo las crecientes economías digitales, dado que esta modalidad por su naturaleza disuelve las tradicionales fronteras que limitaban la entrada a los mercados, haciendo posible la creación de oportunidades para más personas y sectores de la población en general.

Por otra parte, el poder es la capacidad de restringir la voluntad de los demás a través de las técnicas del disciplinamiento y el control en sus diferentes espectros. Esto con la finalidad de que el soberano pueda dirigir sus objetivos a través del sometimiento inconsciente de la voluntad del sujeto sometido. Dicho de otro modo, en esta dinámica la voluntad del sujeto sometido ya no es suya, sino que está condicionada o moldeada por la voluntad de su soberano, entrando en acción la tecnología como un elemento definitorio del poder que sirve de nexo para los fines económicos para los que fueron planeados.

Hoy por hoy las modestas sociedades disciplinarias han sido subsumidas por las sociedades de control. Sin embargo, su dinámica y sus mecanismos de disciplinamiento se han intensificado hasta el punto de convertirse en un nuevo paradigma ultra refinado y repotenciado del poder tradicional. Esto gracias a la característica cambiante y adaptativa de las tecnologías digitales de hoy en día que magnifican la lógica y las dinámicas de la disciplina y la vigilancia, posibilitando elevar a otro nivel la gestión de la producción y el control de los cuerpos de los denominados teletrabajadores.

Para concluir, en la sociedad de control el poder que se manifiesta a través del teletrabajo se viene fortaleciendo con mayor intensidad por medio de las TIC, puesto que, al ser herramientas que los sujetos han adoptado como una parte esencial en su diario vivir y volviéndose en su mayoría una necesidad, han facilitado que la incorporación de aplicaciones digitales destinadas de manera directa al control laboral, sin

91. Han, *Psicopolítica*, 63.

coacción alguna, se hayan integrado a la vida del teletrabajador, moldeando desde los dispositivos electrónicos la voluntad del colaborador para encaminarse a los objetivos de un capitalismo adaptativo, consolidando al teletrabajo como un nuevo mecanismo que ha logrado trasmutar y servir de herramienta para el mejoramiento y refinamiento del poder de control moderno.

BIBLIOGRAFÍA

- Agustinoy Guilayn, Albert, Miquel Peguera Foch, Ramón Casas Vallés, Agustí Cerrillo i Martines, Ana Delgado García, Jordi Herrera Joancomartí, Mark Jeffery, et al. *Derecho y nuevas tecnologías*. Barcelona: UOC, 2005. <https://bit.ly/3oVbiIt>.
- Andrade Ortiz, Edison Ricardo. “Derecho a la desconexión digital como paradigma laboral del Estado ecuatoriano”. Tesis de maestría de pronta aparición, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, s. f.
- Baruch, Yehuda. “Teleworking: Benefits and Pitfalls as Perceived by Professionals and Managers”. *New Technology, Work and Employment* 15, n.º 1 (marzo 2000): 34-49. doi:<https://doi.org/10.1111/1468-005X.00063>.
- Buelvas García, Leone Enrique. “Deus ex machina: Representaciones de la ciudad futura en el anime de ciencia ficción”. Tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2015. <http://hdl.handle.net/10644/4446>.
- Buira, Jordi. *El teletrabajo: entre el mito y la realidad*. Barcelona: UOC, 2012.
- Deleuze, Gilles. “Post-scriptum sobre las sociedades de control”. *POLIS, Revista Latinoamericana* 5, n.º 13 (2006): 5.
- DeskTime. “Monitorización y control de teletrabajo”. *DeskTime*. Accedido 22 de noviembre de 2021. <https://bit.ly/322aSHA>.
- España. *Convenio colectivo del Grupo Axa 2017-2020*, 10 de octubre de 2017. Boletín Oficial del Estado 244.
- Foucault, Michel. *La voluntad del saber*. Historia de la sexualidad, 1. Madrid: Biblioteca Nueva, 2012.
- . *Microfísica del poder*. Traducido por Horacio Pons. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2019.
- . *Tecnologías del yo y otros afines*. Traducido por Mercedes Allendesalazar. Pensamiento Contemporáneo 7. Buenos Aires: Paidós, 2008.
- . *Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión*. Traducido por Aurelio Garzón del Camino. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2004.
- Galeano, Susana. “El número de usuarios de internet en el mundo crece un 7,3% y alcanza los 4660 millones (2021)”. *Marketing 4 Ecommerce*, 28 de enero de 2021. <https://bit.ly/3GMS8ee>.
- García-Camino Burgos, Mercedes. *Teletrabajo y discapacidad*. Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2013. <https://bit.ly/3oRbbxI>.

- Han, Byung-Chul. *En el enjambre*. Traducido por Raúl Gabás. Barcelona: Herder, 2014.
- . *La sociedad del cansancio*. Traducido por Arregi Arantzazu Saratzaga. Barcelona: Herder, 2012.
- . *Psicopolítica*. Traducido por Alfredo Bergués. Barcelona: Herder, 2014.
- . *Sobre el poder*. Traducido por Alberto Ciria. Barcelona: Herder, 2016.
- Heidegger, Martín. “La pregunta por la técnica”. En *Conferencias y artículos*, 9-37. Barcelona: Serbal, 1994.
- Inter-Parliamentary Union y United Nations High Commissioner for Human Rights. *Derechos humanos: Manual para Parlamentarios*. Ginebra: Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos / Unión Interparlamentaria, 2005.
- Iturralde Durán, Carlos Antonio, y Lenin Efraín Duque Romero. “Precarización del teletrabajo en Ecuador en contexto de Covid-19: Variables de análisis desde el enfoque marxista”. *Scielo Preprints*, 18 de enero de 2021, 16. doi:<https://doi.org/10.1590/SciELOPreprints.1724>.
- Kickidler. “Software de monitoreo de empleados”. *Kickidler*. Accedido 22 de noviembre de 2021. <https://bit.ly/30qf57g>.
- Martija, Jorge. “El poder según Foucault”. *Información*, 12 de agosto de 2015. <https://bit.ly/31RgG71>.
- Masuda, Yoneji. *The Information Society as Post-Industrial Society*, 2.^a ed. Washington D. C.: World Future Society, 1983.
- Mettling, Bruno. “Transformation numérique et vie au travail”. Informe. París: Ministre du Travail, de l’Emploi, de la Formation Professionnelle et du Dialogue Social, 2015. <https://bit.ly/3DWqd9u>.
- Montagu, Haroldo. “El futuro del trabajo en el mundo de la industria 4.0”. En *El futuro del trabajo en el mundo de la industria 4.0*, 140. Buenos Aires: OIT/UIA, 2020.
- Morales Muñoz, Karol, Sofia Daniela Negri, Rafael Grohmann, Alejandra Dinegro Martínez, Carolina Salazar Daza, Kruskaya Hidalgo Cordero, Derly Sánchez Vargas, et al. *Precarización laboral en plataformas digitales: una lectura desde América Latina*, editado por Kruskaya Hidalgo Cordero y Carolina Salazar Daza - Observatorio de plataformas. Quito: Friedrich Ebert Stiftung Ecuador / ILDIS, 2020.
- Nilles, Jack. *The Telecommunications-Transportation Tradeoff. Options for Tomorrow*. Nueva York: John Wiley & Sons, 1976.
- OECD. *OECD Economic Surveys: Spain 2021*. Vol. 6. OECD Economic Surveys 2021. París: OECD Publishing, 2021.
- Ortiz Chaparro, Francisco. *El teletrabajo: Una nueva sociedad laboral en la era de la tecnología*. Madrid: McGraw-Hill, 1997.
- Pérez Sánchez, Carmen. “El teletrabajo: ¿Más libertad o una nueva forma de esclavitud para los trabajadores?”. *VI Congreso Internet, Derecho y Política. Cloud Computing: El Derecho y la Política suben a la Nube*, n.º 11 (diciembre 2010): 24-33.
- Rodríguez, Pablo Esteban. “¿Qué son las sociedades de control?”. *Revista Sociedad* 27 (2008): 177-92.

- Roncal Vattuone, Ximena. “Teletrabajo y capitalismo de vigilancia”. *Telos Revista de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Sociales* 23, n.º 1 (enero 2021): 177-92. doi:<https://doi.org/10.36390/telos231.14>.
- Saco Barrio, Raúl. “El teletrabajo”. *Derecho PUCP*, Teoría del Derecho, 60 (2007): 325-50. doi:<https://doi.org/10.18800/derechopucp.200701.011>.
- Salinas Araya, Adán. “Diagramas y biopoder. Discusiones sobre las sociedades de control”. *Hermenéutica Intercultural, Revista de Filosofía* 20, n.º 21 (2011): 19-54. doi:<http://dx.doi.org/10.29344/07196504.20-21.565>.
- Sánchez Galvis, Martha. “Un acercamiento a la medición del teletrabajo: Evidencia de algunos países de América Latina”. CEPAL, 2012. <https://bit.ly/3F8meYQ>.
- Santiago Muñoz, Ana. “La sociedad de control: Una mirada a la educación del siglo XXI desde Foucault”. *Revista de Filosofía* 73 (octubre 2017): 317-36. doi:<http://dx.doi.org/10.4067/S0718-43602017000100317>.
- Solís, Sara. “Burnout, el síndrome de la precariedad”. *La Izquierda Diario-Red internacional*, 5 de septiembre de 2017. <https://bit.ly/3dP2z4i>.
- Velásquez, Jhon Orlando. “Procesos Digitales y la era del Taylorismo Informático”. *Transformación Empresarial*, 17 de marzo de 2016. <https://bit.ly/3dTukZr>.
- Zuboff, Shoshana. *La era del capitalismo de la vigilancia: La lucha por un futuro humano frente a las nuevas fronteras del poder*. Traducido por Albino Santos. Barcelona: Planeta, 2020.

Colaboradores

Edison Ricardo Andrade Ortiz: Abogado de los Tribunales de Justicia de la República por la Universidad Católica de Cuenca. Magíster en Derecho por la Universidad Andina Simón Bolívar.

Alan Añazco Aguilar: ecuatoriano. Magíster en Derecho Constitucional. Docente e investigador en la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas en la Universidad Internacional SEK (UISEK-Ecuador). Especialista en Derecho Constitucional y Derecho Procesal Penal. Columnista en diario opinión de la ciudad de Machala. Investigador en temas de pueblos indígenas, derechos y garantías constitucionales, derecho procesal constitucional, procedimiento penal, teoría del delito y de la pena, derechos humanos y derechos de la naturaleza.

Nadia Sofia Añazco Aguilar: ecuatoriana. Magíster en Derecho Constitucional. Especialista en Derecho Constitucional. Magíster en Derechos Humanos. Actualmente, Secretaria Relatora de la Comisión Especializada Permanente de Gobiernos Autónomos Descentralizados en la Asamblea Nacional.

Sergio Berenguer Pascual: español. Licenciado en Derecho por la Universidad Rey Juan Carlos. Máster en Derecho Penal Económico por la Universidad Rey Juan Carlos. Experto Universitario en Criminología. Doctor en Derecho por la Universidad Rey Juan Carlos.

Augusto Fernando Carrillo Salgado: mexicano. Licenciado y maestro en Derecho con mención honorífica por la UNAM. Especialista como secretario de juzgado por el entonces Instituto de la Judicatura Federal (hoy Escuela Federal de Formación Judicial).

Roberto Gómez Villavicencio: ecuatoriano. Abogado por la Universidad Laica Vicente Rocafuerte. Especialista en Derecho Empresarial por la Universidad Técnica Particular de Loja. Magíster en Derecho Constitucional por la Universidad de Especialidades Espíritu Santo. Director Nacional de Normativa y Reclamos de la Intendencia Nacional de Seguros de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros del Ecuador. Docente de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad de Guayaquil.

Marcelo Alejandro Guerra Coronel: ecuatoriano. Abogado por la Universidad de Cuenca, magíster en Derecho con mención en Derecho Constitucional. Docente en Derecho Constitucional en la Universidad Católica de Cuenca.

- Raisa Jomaira León Muñoz:** ecuatoriana. Abogada de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador. Consultora para Acnur en Ecuador. Actualmente, Secretaria Ejecutiva del Consejo Cantonal de Protección de Derechos de Vices.
- Sebastián López Hidalgo:** ecuatoriano. Doctor en Derecho, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Doctor en Derecho por la Universidad de Sevilla-España. Magíster en Derecho, mención Derecho Constitucional, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Profesor titular de Derecho Constitucional, Universidad del Azuay.
- Christian Rolando Masapanta Gallegos:** ecuatoriano. Licenciado en Ciencias Públicas y Sociales. Abogado y doctor en Jurisprudencia por la Universidad Central del Ecuador. Magister en Derecho Constitucional y en Política Exterior por la Universidad Andina Simón Bolívar. Docente de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.
- Pedro Martín Paez Bimos:** ecuatoriano. Abogado subespecialista en Derecho Penal por la USFQ. Especialista en Derecho Penal UASB. Máster en Derecho, Empresa y Justicia por la Universidad de Valencia. Máster en Derecho Penal Económico y doctor en Ciencias Sociales y Jurídicas por la Universidad Rey Juan Carlos. Subdirector Nacional de Control Disciplinario del Consejo de la Judicatura. Docente universitario.
- Esteban Javier Polo Pazmiño:** ecuatoriano. Especialista superior en Derecho Constitucional por la UASB-E. Diplomado en Derecho Procesal por la Universidad Austral, Argentina. Máster en Derecho Constitucional por la Universidad de Castilla-La Mancha. Coordinador jurídico en la Corte Nacional de Justicia. Asesor de Presidencia de la Corte Constitucional (2019-2022). Docente de posgrado en los programas de Derecho Constitucional y Derecho Procesal en el IAEN y en la Universidad Católica de Cuenca. Integrante del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, sección Ecuador.
- Ana Michelle Salvador Monteros:** Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Magíster en Derecho por la Universidad Andina Simón Bolívar.
- Claudia Storini:** italiana. Licenciada en Ciencias Políticas, Università degli Studi di Roma, La Sapienza. Licenciada en Derecho, Universidad de Castilla-La Mancha. Doctora en Derecho, Universidad de Valencia (UV). Directora del Área de Derecho y coordinadora del Programa de Doctorado en Derecho de Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

Normas para colaboradores

1. La revista *FORO* del Área de Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, publica únicamente trabajos inéditos que ayuden desde una óptica interdisciplinaria a investigar y profundizar las transformaciones del orden jurídico en sus diversas dimensiones y contribuir al proceso de enseñanza de posgrado de derecho en la subregión andina.
2. Los autores, al presentar su artículo a la revista *FORO*, declaran que son titulares de su autoría y derecho de publicación, último que ceden a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.
3. *FORO* edita resultados de artículos académicos y jurisprudencia.
4. El artículo debe ser remitido a través de la plataforma OJS de la revista: <https://bit.ly/2t4CDxT>.
5. Los criterios para la presentación de los artículos son los siguientes:
 - Deberán ser escritos en programa de procesador de texto Microsoft Office, Word 7.0 (o inferiores), con tipo de letra Times New Roman, tamaño núm. 12, en una sola cara, interlineado simple. Las páginas estarán numeradas, el texto justificado.
 - Extensión máxima: entre 5000 a 6000 palabras, considerando el cuerpo del artículo como las citas al pie y la lista de referencias.
 - El título del trabajo deberá ser conciso pero informativo, en castellano en primera línea y en inglés. Se aceptan como máximo dos líneas (máximo 80 caracteres con espacios).
 - Todo artículo debe ir acompañado del nombre del autor en la parte superior derecha, debajo del título.
 - Nombre y apellidos completos de cada uno de los autores por orden de prelación. En caso de más de tres autores es prescriptivo justificar sustantivamente la aportación original del equipo, dado que se tendrá muy presente en la estimación del manuscrito. Junto a los nombres, se debe registrar la filiación institucional, correo electrónico de cada autor y número ORCID. Es obligatorio indicar si se posee el grado académico de doctor (incluir Dr./Dra. delante del nombre).
 - Resumen en español de 210/220 palabras, describe de forma concisa el motivo y el objetivo de la investigación, la metodología empleada, los resultados más destacados y principales conclusiones, con la siguiente estructura: justificación

del tema, objetivos, metodología del estudio, resultados y conclusiones. Debe estar escrito de manera impersonal: “El presente trabajo se analiza...”.

- Abstract en inglés de 180/200 palabras. Para su elaboración, al igual que para el título y los keywords, no se admite el empleo de traductores automáticos. Los revisores analizan también este factor al valorar el trabajo y nuestros revisores analizan el nivel lingüístico y estilo si es necesario.
 - Palabras clave en español / keywords en inglés: 6 máximo. Se recomienda el uso del Thesaurus de la UNESCO. Solo en casos excepcionales se aceptan términos nuevos. Los términos deben estar en español/inglés científico estandarizado.
 - Tablas, gráficos, cuadros, ilustraciones, etc., deben formar parte del texto del artículo e indicarán claramente el título, número, fuente de procedencia y deberán contener los respaldos en versión original con la descripción de los programas utilizados. Además, los autores certificarán expresamente que cuentan con las habilitaciones correspondientes para el uso de las imágenes, gráficos, tablas, cuadros, ilustraciones, etc., obtenidas de otras publicaciones.
7. Estilo, citas y referencias: *FORO* se acoge al *Manual de estilo Chicago Deusto* 16, y dentro de este, al Subsistema de Notas y Bibliografía (SNB).

Proceso editorial

- *FORO* acusa recepción de los trabajos enviados por los autores e informa sobre el proceso de estimación/desestimación y de aceptación/rechazo, así como, en caso de aceptación, del proceso de edición.
- En el período máximo de 30 días, después del cierre de la convocatoria, cada autor recibirá notificación de recepción, indicando si se desestima o si se estima preliminarmente el trabajo para su evaluación por los pares científicos. En caso de que el manuscrito presente deficiencias formales o no se incluya en el enfoque temático de la publicación, el Consejo Editor desestimaré el trabajo sin opción de vuelta. No se mantendrá correspondencia posterior con autores de artículos desestimados. Por el contrario, si presenta carencias formales superficiales, se devolverá al autor para su corrección antes del inicio del proceso de evaluación.
- Los manuscritos serán evaluados de forma anónima por dos expertos en la temática bajo la metodología de pares ciegos (*double blind peer review*). El protocolo utilizado por los revisores de la revista es público. El proceso de revisión de doble ciego toma un máximo de 100 días.
- Todos los autores recibirán los informes de evaluación de forma anónima, para que puedan realizar (en su caso) las mejoras o réplicas oportunas. Los trabajos que sean

evaluados positivamente y que requieran modificaciones (tanto menores como mayores), se devolverán en un plazo de 7 días como máximo. En caso de discrepancias en los resultados, el artículo es enviado a un tercer experto anónimo, cuya evaluación define la publicación del artículo.

- Los autores de artículos aceptados, antes de la edición final, recibirán las pruebas de imprenta para su corrección orto-tipográfica por correo electrónico en formato PDF. Únicamente se pueden realizar mínimas correcciones sobre el contenido del manuscrito original ya evaluado, con un máximo de 3 días para hacerlo.



UNIVERSIDAD ANDINA
SIMÓN BOLÍVAR
Ecuador

RECTOR

César Montaña Galarza

DIRECTORA DEL ÁREA DE DERECHO

Claudia Storini

Toledo N22-80, Quito, Ecuador

Teléfonos: (593 2) 322 8031, 322 8436 • Fax: (593 2) 322 8426

Correo electrónico: <revista.foro@uasb.edu.ec>

<www.uasb.edu.ec>



CORPORACIÓN
EDITORIA NACIONAL

Roca E9-59 y Tamayo, Quito, Ecuador

Teléfonos: (593 2) 255 4358, 255 4658, 256 6340 • Fax: ext. 12

Correo electrónico: <cen@cenlibrosecuador.org>

<www.cenlibrosecuador.org>

SUSCRIPCIÓN ANUAL
(dos números)

Dirigirse a:

CORPORACIÓN EDITORA NACIONAL

Quito, Ecuador

Teléfonos: (593 2) 255 4358, 255 4558 • Fax: ext. 12

<ventas@cenlibrosecuador.org> • <www.cenlibrosecuador.org>

Precio: US \$ 33,60

	Flete	Precio suscripción
Ecuador	US \$ 6,04	US \$ 39,64
América	US \$ 59,40	US \$ 93,00
Europa	US \$ 61,60	US \$ 95,20
Resto del mundo	US \$ 64,00	US \$ 97,60

CANJES

Se acepta canje con otras publicaciones periódicas.

Dirigirse a:

UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR, SEDE ECUADOR

Centro de Información

Toledo N22-80, Quito, Ecuador

Teléfono: (593 2) 322 8094 • Fax: (593 2) 322 8426

Correo electrónico: <biblioteca@uasb.edu.ec>

Maritza Tatiana Pérez Valencia, *El derecho tributario penal ecuatoriano. El ilícito tributario y su sanción*. Vol. 11. Derecho y Sociedad. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador / Corporación de Estudios y Publicaciones, 2021.

En esta investigación se analiza la evasión fiscal con los parámetros de un modelo econométrico, que se sustenta en la información de las bases de datos del INEC, Banco Central, CEPAL, SRI y Presidencia de la República. Recoge también algunos planteamientos acerca de la vigencia de ciertas medidas coercitivas para penalizar la evasión fiscal. No obstante, es necesario que se dosifique esta propuesta dentro de los términos y del marco constitucional y legal, pues no se trata solo de recrudecer el castigo a la evasión, sino de procurar su eliminación.

Galo Torres R., *La disolución de la Asamblea Nacional y su impacto en la democracia. El caso de Ecuador*. Vol. 300. Serie Magíster. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2020.

La facultad del presidente de la República de disolver la Asamblea Nacional fue incorporada a nuestro ordenamiento jurídico en la Constitución de 2008, con el objetivo de “equilibrar” el poder entre las funciones del Estado. Para entenderla, esta obra estudia la disolución en Europa, su origen, tipología y diferencias. Más adelante, analiza el caso ecuatoriano, sus antecedentes, en diversos períodos de la vida republicana, y los debates en la Asamblea Constituyente. También aborda el problema de la disolución de la Asamblea respecto a temas como el equilibrio de las funciones del Estado, la democracia y el hiperpresidencialismo. Finalmente, cuestiona si esta institución enriquece la democracia o la menoscaba.



UNIVERSIDAD ANDINA
SIMÓN BOLÍVAR
Ecuador
—30 años—



CORPORACIÓN
EDITORIA NACIONAL

