

Derecho constitucional andino

El bloque de constitucionalidad en el Ecuador. Los derechos humanos más allá de la Constitución

Danilo Alberto Caicedo Tapia

El precedente constitucional y la ruptura del sistema tradicional de fuentes

Diego Zambrano Álvarez

La responsabilidad estatal en la Constitución de la República del Ecuador de 2008

Diego F. Mogrovejo Jaramillo

Los nuevos saberes en el constitucionalismo ecuatoriano

Jhoel Escudero S.

El *sumak kawsay* y sus restricciones constitucionales

Raúl Llasag Fernández

La defensa judicial de la Constitución en el constitucionalismo colombiano. Balances y perspectivas después de dos décadas

Claudia Escobar García

La supremacía constitucional en Bolivia

Carlos Alberto Goitia Caballero

Revista del Área de Derecho

UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR

Sede Ecuador

ISSN 1390-2466

Segundo semestre de 2009 • Número 12

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.

DIRECTOR DEL ÁREA: César Montaña Galarza

EDITOR DE LA REVISTA: Ernesto Albán Gómez

COMITÉ EDITORIAL: Juan Pablo Aguilar (Pontificia Universidad Católica del Ecuador), Santiago Andrade Ubidia (Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador), Ramiro Ávila Santamaría (Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador), Fernando Chamorro (Universidad Central del Ecuador), Genaro Eguiguren (Universidad Central del Ecuador), Ximena Endara Osejo (Universidad Estatal de Cuenca), Patricia Herrmann (Pontificia Universidad Católica del Ecuador), Rafael Oyarte (Pontificia Universidad Católica del Ecuador), Judith Salgado (Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador), Julio César Trujillo (Pontificia Universidad Católica del Ecuador), José Valencia (Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, FLACSO, Ecuador)

COMITÉ ASESOR INTERNACIONAL: Víctor Abramovich (Universidad de Buenos Aires), Alberto Bovino (Universidad de Buenos Aires), Antonio de Cabo de la Vega (Universidad Complutense de Madrid), Miguel Carbonell (Universidad Nacional Autónoma de México), Silvio Gambino (Universidad della Calabria), Andrés Gil Domínguez (Universidad de Buenos Aires), Fernando Puzzo (Universidad della Calabria), Claudia Storini (Universidad Pública de Navarra), Víctor Uckmar (Universidad de Génova), Rodrigo Uprimny (Universidad Nacional de Colombia), Rosario Valpuesta (Universidad Pablo de Olavide), Alberto Zelada (Universidad Andina Simón Bolívar, La Paz), Francisco Zúñiga (Universidad de Chile)

COORDINADORA EDITORIAL: Dunia Martínez Molina

SUPERVISIÓN EDITORIAL: Jorge Ortega

CORRECCIÓN DE TEXTOS: Alina Vera

CUBIERTA: Raúl Yépez

IMPRESIÓN: Editorial Ecuador, Santiago Oe2-131 y Versalles, Quito



UNIVERSIDAD ANDINA
SIMÓN BOLÍVAR
Ecuador



FORO aparece en el índice *RedALyC*, Red de Revistas Científicas de América Latina y El Caribe, España y Portugal.

FORO es una publicación gestionada por el 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

Revista de Derecho

Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador /

Corporación Editora Nacional

No. 12 • II semestre 2009

	Editorial	
	<i>Ernesto Albán Gómez</i>	3
TEMA CENTRAL:	DERECHO CONSTITUCIONAL ANDINO	
	El bloque de constitucionalidad en el Ecuador. Los Derechos Humanos más allá de la Constitución	
	<i>Danilo Alberto Caicedo Tapia</i>	5
	El precedente constitucional y la ruptura del sistema tradicional de fuentes	
	<i>Diego Zambrano Álvarez</i>	31
	La responsabilidad estatal en la Constitución de la República del Ecuador de 2008	
	<i>Diego F. Mogrovejo Jaramillo</i>	71
	Los nuevos saberes en el Constitucionalismo Ecuatoriano	
	<i>Jhoel Escudero S.</i>	95
	El <i>sumak kawsay</i> y sus restricciones constitucionales	
	<i>Raúl Llasag Fernández</i>	113
	La defensa judicial de la Constitución en el constitucionalismo colombiano. Balances y perspectivas después de dos décadas	
	<i>Claudia Escobar García</i>	127
	La supremacía constitucional en Bolivia	
	<i>Carlos Alberto Goitia Caballero</i>	181
RECENSIONES	Andrade U., Santiago, Agustín Grijalva y Claudia Storini, eds., <i>LA NUEVA CONSTITUCIÓN DEL ECUADOR.</i>	
	<i>ESTADO, DERECHOS E INSTITUCIONES</i> , por Dunia Martínez Molina	221
	José Suing Nagua, <i>GOBIERNOS AUTÓNOMOS DESCENTRALIZADOS</i> , por Edison Toro Calderón	227
JURISPRUDENCIA	Sentencia de constitucionalidad condicionada. Caso sobre despenalización del aborto en Colombia	
	<i>Xiomara Balanta</i>	233
	Colaboradores	245
	Normas para colaboradores	247

FORO

Revista de Derecho

Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador /

Corporación Editora Nacional

No. 12 • II semestre 2009

	Preface from the editor <i>Ernesto Albán Gómez</i>	3
MAIN THEME:	ANDEAN CONSTITUTIONAL LAW	
	The “constitutional block” in Ecuador: Human rights beyond the Constitution <i>Danilo Alberto Caicedo Tapia</i>	5
	The constitutional precedent and the breakup of the traditional system of sources of law <i>Diego Zambrano Álvarez</i>	31
	State responsibility on the Ecuadorian Constitution of 2008 <i>Diego F. Mogrovejo Jaramillo</i>	71
	New notions in the Ecuadorian Constitutionalism <i>Jhoel Escudero S.</i>	95
	Sumak kawsay and its constitutional restrictions <i>Raúl Llasag Fernández</i>	113
	The judicial defense of the Constitution in the Colombian Constitutionalism: Balance and perspectives after two decades <i>Claudia Escobar García</i>	127
	Constitutional supremacy in Bolivia <i>Carlos Alberto Goitia Caballero</i>	181
REVIEWS	Andrade U., Santiago, Agustín Grijalva and Claudia Storini, editors, <i>LA NUEVA CONSTITUCIÓN DEL ECUADOR: ESTADO, DERECHOS E INSTITUCIONES</i> , by <i>Dunia Martínez Molina</i>	221
	José Suing Nagua, <i>GOBIERNOS AUTÓNOMOS DESCENTRALIZADOS</i> , by <i>Edison Toro Calderón</i>	227
CASE LAW	A conditioned constitutionality ruling: the case regarding the decriminalization of abortion in Colombia. <i>Xiomara Balanta</i>	233
	Collaborators	245
	Submission Guidelines	247

Editorial

El constitucionalismo andino es el tema central de esta entrega de FORO y que, por sus especiales características, ha aportado novedosas inquietudes y retos al pensamiento constitucional actual.

La expedición de nuevas constituciones en el área andina, sin lugar a dudas, ha traído cambios fundamentales en la comprensión de las fuentes del derecho, la responsabilidad estatal, el pluralismo jurídico, el activismo judicial-constitucional, todo bajo un tema antiguo pero poco asumido: la supremacía y el efecto directo de la Constitución. Éstas, entre otras, son las razones de la elección del tema central de la presente publicación.

En esta línea de trabajo, Danilo Caicedo y Diego Zambrano hacen interesantes aportes. El primer autor estudia la importancia teórica y práctica del bloque de constitucionalidad en el contexto de la nueva Constitución ecuatoriana, de su jurisprudencia y remisiones a la misma. Mientras que el segundo analiza el precedente constitucional, reconociéndolo como fuente jurídica principal con efectos vinculantes de alcance general; en base a esto advierte con profundos argumentos, la ruptura del sistema tradicional de fuentes.

Por otra parte, Diego Mogrovejo estudia con prolijo detalle el tema de la responsabilidad estatal en la Constitución ecuatoriana de 2008. Se refiere a la naturaleza jurídica de la responsabilidad estatal, a su evolución y compara la concepción civil con la concepción reparatoria integral, que serán fundamentales para la comprensión del nuevo régimen constitucional garantista.

Dos artículos buscan acercarnos a la definición de sumak kawsay. El primero, de Jhoel Escudero, sugiere que la nueva Constitución del Ecuador ha dado nacimiento a una transformación sustancial de la teoría jurídica constitucional ecuatoriana al incorporar valores diferentes a los tradicionales, entre ellos el sumak kawsay. Estos nuevos saberes, según el autor, transformarán la justicia cambiando el ejercicio tradicional del derecho hacia las exigencias del sistema constitucional actual. El segundo, de Raúl Llasag, abogado kichwa, en su artículo titulado “El sumak kawsay y sus restricciones constitucionales”, con conocimiento vivencial del tema, explica el contenido original de este término para la filosofía andina, confrontándolo con las limitadas asimilaciones constitucionales.

Por otra parte, la constitucionalista colombiana Claudia Escobar explica, con rigor académico, el apogeo y vigencia que tiene la defensa judicial de la Constitución en Colombia e identifica los rasgos del constitucionalismo colombiano que la fortalecen: tradición de control constitucional, defensa de la Constitución como asunto público, la Constitución como norma invasiva, la desconcentración del control constitucional, la construcción permanente y progresiva del constitucionalismo por vía jurídica, etc.

Contamos con un aporte sobre el derecho constitucional boliviano. Carlos Alberto Goitia Caballero analiza el tema de la supremacía de la Constitución en Bolivia y el debate sobre la ubicación de los tratados internacionales, especialmente de Derechos Humanos y la jerarquía de las normas propias de los pueblos indígenas-originarios y campesinos.

Ernesto Albán Gómez
Editor

El bloque de constitucionalidad en el Ecuador. Derechos Humanos más allá de la Constitución

*Danilo Alberto Caicedo Tapia**

RESUMEN

Aunque en el Derecho comparado el bloque de constitucionalidad se ha venido desarrollando desde hace más de tres décadas, en nuestro país su tratamiento es de gran novedad; su importancia teórica y práctica es inmensa, más aún con la expedición de una nueva Constitución, que merece precisamente el adjetivo calificativo de nueva, por consagrar al Ecuador como un Estado constitucional de derechos y justicia. Sobre la base de dicha premisa el presente ensayo realiza un estudio histórico comparado de esta institución del cual se desprende un ejercicio crítico que, conjuntamente con el estudio de las cláusulas de remisión de nuestra actual Constitución y la experiencia jurisprudencial ecuatoriana, permiten construir una definición y establecer un contenido propio para nuestro sistema jurídico, advirtiéndonos sobre sus oportunidades y riesgos.

PALABRAS CLAVE: Derechos Humanos, bloque de constitucionalidad, interpretación constitucional, neoconstitucionalismo, cláusulas de remisión o reenvío, instrumentos internacionales

SUMMARY

Although in Comparative Law the constitutional block has been object of discussion for more than three decades, in our country its treatment is still a novelty. Its theoretical and practical importance is enormous, and undoubtedly, it has been potentiated by the promulgation of the new Constitution, which has been catalogued as new, due to the fact that it declares Ecuador as a Constitutional State of rights and justice. Over the basis of this premise, the article contains a comparative historical study of the constitutional block, deriving in a critical exercise that in conjunction with the analysis of the constitutional remission clauses and the Ecuadorian jurisprudence, intends to build a definition and establish an original content applicable in our juridical system, warning the reader of the opportunities and risks of this definition.

KEY WORDS: Human rights, constitutional block, constitutional interpretation, neo-constitutionalism, remission (*reenvío*) or referral clauses, international instruments.

FORO

* Colaborador del Colectivo PRODH y funcionario de la Subsecretaría de Desarrollo Normativo del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del Ecuador.

INTRODUCCIÓN

La finalidad de este artículo es introducir a la discusión doctrinaria y a la práctica procesal un instituto de gran importancia que permite una visión global del derecho, como es el bloque de constitucionalidad.

Más aún en un país cuya tradición jurídica legalista se ha caracterizado por dar muy poca relevancia a otras fuentes del derecho, como es el caso del *ius cogens*,¹ la costumbre, las convenciones y declaraciones internacionales y las obligaciones que de ellos se desprenden.

Esta nueva visión se encuentra respaldada por la expedición de una nueva Constitución perfectible, pero diferente y garantista, que obliga a todos los operadores jurídicos a ampliar sus horizontes y remplazar la actual perspectiva reduccionista por un enfoque sistémico que logre abarcar todas las fuentes del derecho con una idea guía en mente: la plena vigencia de los derechos humanos a través de su interpretación más favorable.²

Las fuentes del presente trabajo investigativo son varias; partimos de una visión doctrinaria, en la cual utilizaremos textos de varios autores tocantes al tema, en especial los de la tendencia neoconstitucionalista, entre los cuales podemos mencionar: Ariel Dulitzky, Gustavo Zagrebelsky, Luigi Ferrajoli, Ramiro Ávila, Rodrigo Uprimny y Ronald Dworkin, entre otros.

Emplea jurisprudencia, preponderantemente comparada, con énfasis en la proveniente de Latinoamérica y España; así también, jurisprudencia de carácter internacional como la emanada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Europea de Derechos Humanos; en relación a la jurisprudencia nacional, la selección de resoluciones y sentencias corresponde a un muestreo y escogitamiento dirigido a cumplir con los fines de esta investigación.

Además analizamos legislación nacional e internacional desde una perspectiva de derechos; respecto de la normativa nacional partiremos de la Constitución hacia la normativa secundaria; mientras que en el caso de los instrumentos internacionales, utilizamos principalmente la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados,

-
1. Convención de Viena sobre el Derechos de los Tratados, artículo 53, “norma imperativa de derecho internacional general [...] aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que solo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter”.
 2. En la doctrina argentina se hace referencia al principio de centralidad de persona humana, el cual es la base de la teoría que pretendemos crear en esta investigación; el mismo se encuentra compuesto de los principios *pro homine*, *pro actione* y *favor debilitis*: Bidart Campos y otros, *La Constitucionalización de las falacias*, Bogotá, Temis, 2005, pp. 39-40.

la Convención Interamericana de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, entre otros.

El enfoque para esta investigación es sistémico e incluyente, con la finalidad de abarcar gran variedad y cantidad de fuentes del derecho y, de tal manera, romper con una tradición jurídica identificada con el legalismo, la cual es contraria a los postulados del Estado Constitucional de Derechos y Justicia, modelo que actualmente adopta el Estado ecuatoriano.

La estructura de esta monografía se encuentra racionalizada, en el sentido de contextualizar al bloque de constitucionalidad, en primer orden desde una perspectiva general, lo cual lo lograremos con el primer capítulo que nos brinda una aproximación contextual mediante el estudio del origen, evolución, definición y contenido de esta institución.

Posteriormente, profundizando en el tema, analizaremos en un segundo capítulo la relación entre el derecho supranacional y el derecho nacional mediante la exposición de las cláusulas de remisión o reenvío, ahondando las aplicables a nuestra Constitución.

Finalmente, ya de manera particular, en un tercer capítulo realizaremos el desarrollo del bloque de constitucionalidad, con gran énfasis en nuestro país, formulando una propuesta propia y determinando sus oportunidades y riesgos. Para así, en una última y cuarta etapa, desprender las conclusiones y apreciaciones finales.

APROXIMACIÓN CONTEXTUAL

ORIGEN Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA COMPARADA

La expresión bloque de constitucionalidad surgió en el Derecho francés mediante un esfuerzo de naturaleza doctrinal, a raíz de la decisión del Consejo Constitucional de 16 de julio de 1971, que incorpora a su Constitución Nacional la Declaración de Derechos del Hombre de 1879, el preámbulo de la Carta de 1946 y determinadas leyes de la República a la Constitución de 1958.

La motivación de esta decisión fue clara: establecer de forma diáfana la naturaleza y fuerza constitucional de los derechos fundamentales no incluidos de manera expresa en la Constitución francesa vigente.³

3. Carlos Alberto Colmenares, "Bloque de constitucionalidad en materia procesal civil", en *XXVI Congreso colombiano de derecho procesal*, Santa Fe de Bogotá, Universidad Libre, 2005, pp. 167-168.

Posteriormente, en 1981, este instituto es adoptado por el Derecho español, mediante los pronunciamientos de su máximo órgano constitucional. Esfuerzo de naturaleza jurisprudencial que otorga valor constitucional a determinadas normas que distribuyen competencias entre el Estado y las comunidades autónomas.⁴

Aunque podemos distinguir que la naturaleza de este bloque es distinta, sirviendo únicamente como parámetro para determinar la constitucionalidad de normas de inferior jerarquía sin establecerse una naturaleza uniforme y continua.⁵

Con inmediatez, otros países europeos como Austria, Italia y Alemania siguieron el ejemplo activista francés y español, llevándolo un paso más allá, integrando al bloque de constitucionalidad no solo normas nacionales, sino otras de naturaleza supranacional, como por ejemplo, convenciones de derechos humanos, tratados de límites y normas de integración.

De forma ulterior, el bloque de constitucionalidad llega al continente americano en la década de los noventa, siendo Colombia su primer y principal precursor mediante aportes jurisprudenciales y doctrinarios, implantando en su bloque de constitucionalidad, además de las fuentes ya mencionadas, normas de novedosa naturaleza como el preámbulo de su Constitución vigente, tratados de derecho humanitario, tratados ratificados que reconozcan derechos intangibles y doctrina de ciertos tribunales especializados en relación con instrumentos internacionales ratificados.⁶

De forma adicional, el sistema colombiano considera determinante la jurisprudencia de otros sistemas de protección de derechos que contengan un estándar de protección mayor al nacional,⁷ diferenciando, sin embargo, un bloque en sentido estricto y uno en sentido lato.⁸

Esta influencia alcanzaría en los años siguientes a otros países de la región, que a su vez incluirían nuevos elementos al bloque de constitucionalidad; ejemplo de esto es Panamá, otro importante precursor en el desarrollo de esta institución, donde se incluyen, entre otras fuentes ya señaladas, la jurisprudencia de la Corte Suprema en materia constitucional, la costumbre constitucional y el Estatuto de retorno al orden constitucional.

4. Arturo Hoyos, *La interpretación constitucional*, Santa Fe de Bogotá, Temis, 1998, pp. 92-93.

5. Francisco Rubio, *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, pp. 15-16.

6. Rodrigo Uprimny, *Bloque de constitucionalidad, derechos humanos y nuevo procedimiento penal*, <http://dejusticia.org/index.php>

7. Cabe agregar que en el Derecho colombiano incluso se ha recurrido a las normas del Tribunal Penal Internacional de Núremberg: Sentencia C-295 de la Corte Constitucional. Gaceta Judicial.

8. Sentencia C-010 de la Corte Constitucional de Colombia, <http://www.secretariassenado.gov.co/leyes>

Así también, en Costa Rica se agregan, además los principios constitucionales, los reglamentos internos de su órgano legislativo y, como un elemento adicional, la Constitución derogada de 1871 para determinar la constitucionalidad de las normas dictadas en esa época.⁹

De igual manera, este instituto aparece con meridiana claridad en países como Argentina, Chile, Venezuela y recientemente en el Ecuador, donde fue desarrollado jurisprudencialmente en algunos fallos de diversos órganos con la entonces vigente codificación del año 1998 y fallos de la Corte Constitucional, ya con la Constitución del año 2008.

Lo anterior es verificable del análisis de resoluciones y sentencias que en su conjunto y bajo un tratamiento irregular, en primer orden otorgan preponderancia a los instrumentos internacionales de derechos humanos que preveían un tratamiento más favorable a la persona humana. Sin embargo, no mencionan de forma expresa al bloque de constitucionalidad como institución jurídica.¹⁰

En un segundo orden más sistemático, mencionan expresamente esta institución y, en sus razonamientos, la definen como: “En esencia significa que los Estados no están obligados solamente al cumplimiento del contenido de sus constituciones, sino también al de los tratados internacionales que han suscrito y ratificado, puesto que existen disposiciones concretas de respetar sus preceptos, y por lo tanto pasan a insertarse dentro de la normativa con máxima jerarquía”.¹¹

Esta visión adquiere mayor claridad y amplitud con la Constitución vigente,¹² que introduce como innovación la obligatoriedad de los diversos instrumentos que integran el *soft law*.¹³

Del análisis de las distintas fuentes nacionales y comparadas, podemos adelantar que no existe un criterio determinado sobre lo que debemos entender por bloque de constitucionalidad, razón por la cual muchos autores lo consideran un concepto vacío y otros realizan diversas clasificaciones dependiendo del tipo de función que se le asigna.

9. Arturo Hoyos, *La interpretación constitucional*, pp. 96-97.

10. Resolución 0002-2005-TC, Tribunal Constitucional, R.O. 382-S, 23-X-2006.

11. Resolución 001-2004-DI, Tribunal Constitucional, R.O. 374, 9-VII-2004.

12. Constitución de la República del Ecuador, artículos. 10, 11, 41, 57, 171, 172, 416.7, 426 y 428.

13. Daniel Thurer, “*Soft Law*”, en Bernhar, *Encyclopedia of Public International Law, 2000*, p. 454. “El término es usualmente empleado por la doctrina para describir, principios, reglas, estándares o directrices que carecen de efecto vinculante, aunque no dejan por ello de producir determinados efectos jurídicos”.

DEFINICIÓN DEL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD

Previamente a desarrollar una definición respecto del bloque de constitucionalidad, es imperioso explicar el contexto doctrinario en que este instituto nace y cobra vida; tal como lo expone Luigi Ferrajoli, todo comienza con el rompimiento de varios paradigmas, iniciando por las condiciones de validez de las normas, que dejan de ser dimensionadas únicamente de manera formal, otorgándoles también un sentido material o sustancial.

En otras palabras, la validez de una norma no solo dependerá de los procedimientos para su creación, sino de la observancia y correspondencia de sus contenidos y la armonía que guarde con los valores, principios y reglas manifestados en la Constitución.¹⁴

El distinguir que la Constitución no se encuentra únicamente conformada por reglas es una consecuencia directa de concebir a la norma fundamental como un cuerpo complejo o interdisciplinario en el que coexisten distintos valores y principios que guían la aplicación de sus contenidos y, por tanto, de todo el sistema jurídico que necesariamente debe guardarle sujeción, desde la lógica de reconocer el principio de supremacía y su función de unidad y validez. Dicha función debe ser entendida nuevamente en un sentido formal y material.¹⁵

Este análisis nos lleva a una necesaria explicación: si bien la Constitución es suprema como resultado primigenio de la voluntad ciudadana, dicha supremacía no puede violentar o transgredir el contenido esencial de los derechos fundamentales de su propio titular, reconociendo su dignidad como un elemento superior y anterior al Estado.¹⁶

En tal sentido, el preámbulo de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos expresa que: “Reconociendo que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana”.¹⁷ Con base en el anterior enunciado, se demuestra un consenso internacional respecto al precepto de que los derechos constituyen límites incuestionables o axiomas.

14. Luigi Ferrajoli, “La democracia constitucional”, en Christian Courtis, comp., *Desde otra mirada*, Buenos Aires, Eudeba, 2001, pp. 261-262.

15. Eduardo García Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1985, pp. 95-99.

16. Immanuel Kant, “The doctrine of virtue”, en *Metaphysics of morals*, citado por Steiner Henry y Philip Halston, *International human rights in context, law politics and morals*, Oxford University Press, 2000, 2a. ed., pp. 261-263.

17. Convención Interamericana de Derechos Humanos, preámbulo.

Entender esta concepción significa dar un papel preeminente y preponderante a los derechos humanos por encima del Estado y de cualquiera de sus producciones jurídico normativas y, precisamente, esta es la tesis que encierra un Estado constitucional.

De conformidad con estos postulados, el principio *pro homine*¹⁸ se erige como un elemento transversal a lo largo de todo el sistema jurídico, conformado en su integridad tanto por normas nacionales como internacionales, dotadas sin distinción de idéntica obligatoriedad, que exigen a los operadores jurídicos aplicar en todos los casos, la disposición más favorable a la vigencia de los derechos humanos, incluyendo en lugar de excluir otro tipo de ordenamientos,¹⁹ estableciendo para cada caso una jerarquía móvil y otorgando al derecho una dimensión dúctil.²⁰

Existe diversidad de criterios y definiciones acerca del denominado bloque de constitucionalidad. Algunos autores aluden al contenido sustancial de esta institución sin darle una carácter jurídico independiente así, Pablo Manili sostiene: “[...] la jurisprudencia de la Sala Constitucional en 1989, consagra la jerarquía constitucional de las normas y la jurisprudencia internacionales de derechos humanos, con el principio *pro homine* como pauta interpretativa armonizadora entre los ordenes constitucional e internacional”.²¹

Otros autores como Bidart Campos se refieren expresamente a esta institución, conceptualizando que: “El bloque puede entenderse como un conjunto normativo que contiene disposiciones, principios o valores materialmente constitucionales, fuera del texto de la Constitución documental, y tiene como fin ser parámetro para el control de constitucionalidad de las normas infraconstitucionales”.²²

Autores españoles diferencian las expresiones bloque constitucional y bloque de constitucionalidad, dotando a la primera de naturaleza normativa, representada como

18. Constitución de la República del Ecuador, artículo 11.5. “En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia”.

19. Me refiero con énfasis a la denominada “justicia indígena”, conjunto de prácticas y normas excluidas y muchas veces vilipendiadas por la aplicación de justicia tradicional, que opta por un modelo prominentemente occidental que excluye a otro tipo de modelos por considerarlos no compatibles tanto en la forma como en el fondo.

20. Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil*, Madrid, Trotta, 1997, pp. 21-40.

21. Pablo Manili, *El Bloque de constitucionalidad. La recepción del derecho internacional de los derechos humanos en el Derecho Constitucional argentino*, Buenos Aires, La Ley, 2003, p. 120, citado por Osvaldo Gozaíni, “El llamado ‘Bloque de la constitucionalidad’ a los fines de orientar a los jueces en la toma de decisiones”, en *XXVI Congreso colombiano de derecho procesal*, Santa Fe de Bogotá, Universidad Libre, 2005, p. 673.

22. Germán Bidart Campos, *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, Buenos Aires, Ediar, 1995, pp. 265-267, citado por Andrés Gil Domínguez, “El Bloque de la Constitucionalidad Federal y los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, en *Revista Argentina de Derecho Constitucional*, No. 4, Buenos Aires, Ediar, 2001, p. 58.

una cláusula abierta que dirige a otras disposiciones, mientras que a la segunda le otorgan una función procesal como la suma de normas que, en conjunto, se dirigen a un mismo fin.²³

La jurisprudencia colombiana, aunque no es uniforme respecto a lo que debe entenderse por este instituto, lo define como “todas aquellas manifestaciones que sin estar formalmente en el articulado de la Carta, hacen parte de ella por la remisión que el mismo Constituyente hizo a ellas para que tuviesen el mismo grado de coercibilidad y obligatoriedad de uno de sus mandatos”.²⁴

Además, se caracteriza por dividirlo o clasificarlo en: bloque de constitucionalidad en *stricto sensu*, conformado por principios y normas de valor constitucional, establecidos de forma expresa en la Constitución y en ciertos tratados internacionales, y en bloque en *lato sensu*, que estaría conformado por normas de diversa jerarquía, que sirven de parámetro para ejercer el control de constitucionalidad.²⁵

Basados en las definiciones anteriores y los elementos comunes que nos proporcionan, podemos definir con carácter general al bloque de constitucionalidad como el instituto jurídico que integra los valores, principios y reglas del sistema jurídico, que no se encuentran en el articulado de la Constitución, los cuales se desprenden por medio de cláusulas de remisión establecidas en el cuerpo constitucional; como resultado, nuevos valores y principios se entienden anexados al texto constitucional con igual fuerza normativa, en un sentido sustancial en aplicación inmediata y directa del principio pro ser humano.

CONTENIDO DEL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD

El contenido del bloque de constitucionalidad varía dependiendo de la remisión que la propia Constitución realice; sin embargo, existe cierto consenso en la doctrina que, en primera instancia, este instituto existe sin necesidad de reconocimiento expreso por los órganos jurisdiccionales nacionales, en especial cuando se trate de integrar instrumentos internacionales de derechos humanos.

Así lo determina la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la resolución del “Caso Baena Ricardo y Otros”,²⁶ mientras que en el “Caso La Última Tentación

23. Paloma Requejo, “Bloque constitucional y comunidades autónomas”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, No. 22, Madrid, 1998, pp. 117-122.

24. Sentencia D-5807 de la Corte Constitucional de Colombia, <http://www.secretariassenado.gov.co/leyes>

25. Sentencia C-191 de la Corte Constitucional de Colombia, <http://www.secretariassenado.gov.co/leyes>

26. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Baena Ricardo y Otros vs. Panamá, Sentencia de 18 de noviembre de 2009, Excepciones Preliminares, “La Constitución Política establece, en su artículo cuarto, que

de Cristo” y “Caso las Masacres de Mapiripán” parecería determinar un contenido mínimo del bloque de constitucionalidad, integrado por los tratados de derechos humanos ratificados por cada país.²⁷

El reconocimiento del bloque de constitucionalidad implica, a nivel internacional, en forma restringida, la obligatoriedad de la normativa supranacional ratificada o suscrita por los Estados; reconocimiento que no es excusable por el establecimiento de normativa interna en sentido contrario, en sometimiento al principio *pacta sunt servanda*.²⁸

Reconocimiento que determina la obligación estatal de aplicar la norma más favorable a los derechos de la persona en aplicación del principio *pro homine*; esto, con especial énfasis en los instrumentos internacionales de derechos humanos que adquieren total obligatoriedad y son concebidos con mayor jerarquía que los instrumentos internacionales de carácter ordinario.

La anterior afirmación se basa en la propia naturaleza de los instrumentos internacionales de derechos humanos, puesto que se caracterizan en perseguir el bienestar común mediante el establecimiento de derechos y garantías y porque los beneficiarios de sus disposiciones son los individuos de manera directa, en lugar de los Estados.²⁹

En un sentido amplio, implica, como lo hacen algunas legislaciones, la obligatoriedad de instrumentos internacionales que por su propia naturaleza no gozan de

Panamá acata las normas del derecho internacional. La Corte Suprema de Justicia ha establecido en jurisprudencia reiterada, que el artículo octavo de la Convención Americana es parte del bloque de constitucionalidad, [...] sin embargo de lo cual existe desde mucho antes que la Corte Suprema de Justicia panameña lo reconociera”.

27. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y Otros) vs. Chile, Sentencia de 5 de febrero de 2001, “los derechos esenciales de la persona humana constituyen, dentro del sistema jurídico chileno, un sistema de doble fuente: una de carácter interno [...] y otra de carácter internacional que incorpora al ordenamiento jurídico chileno, al menos, los derechos contenidos en los tratados que el Estado libre, voluntaria y espontáneamente ha ratificado. Esto implica que el bloque de constitucionalidad está integrado por los derechos contenidos en los tratados y por los derechos consagrados en la propia Constitución Política”; y, Caso las Masacres de Mapiripán vs. Colombia, Sentencia de 7 de marzo de 2005, Excepciones Preliminares, “Esas normas estaban vigentes para Colombia al momento de los hechos, como normativa internacional de la que el Estado es parte y como derecho interno, y han sido declaradas por la Corte Constitucional de Colombia como normas de *jus cogens*, que forman parte del ‘bloque de constitucionalidad’ colombiano y que son obligatorias para los Estados y para todos los actores armados [...]”.

Fondo, Reparaciones y Costas; y, Caso las Masacres de Mapiripán vs. Colombia, Sentencia de 7 de marzo de 2005, Excepciones Preliminares, www.corteidh.or.cr

28. Rafael Oyarte Martínez, *Curso de Derecho Constitucional*, t. I, Quito, Fondo Editorial Andrade y Asociados, 2007, p. 122: “... el principio *pacta sunt servanda* por el cual los Estados no pueden esgrimir normas de derecho interno –ni aún en la propia Constitución– para desconocer compromisos internacionales, que aunque positivizado no deja de ser tal”.

29. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva No. 1.

mecanismos de exigibilidad. En este grupo constan las declaraciones, informes, recomendaciones, interpretaciones y otras normas de similar naturaleza, provenientes de organismos internacionales.

Respecto al contenido del bloque de constitucionalidad en el derecho ecuatoriano, su determinación es aún difícil de establecer debido al escaso o casi inexistente desarrollo jurisprudencial y doctrinario al respecto.

Sin embargo, del análisis de la propia Constitución, podemos vislumbrar que su contenido es bastante amplio, tanto en su alcance conceptual como en el tipo de normas que lo conforman. Por esta razón, con el objeto de ahondar en esta temática, es imperioso estudiar la naturaleza de los tratados y las cláusulas de remisión internas y externas que constan en nuestra Constitución.

RELACIÓN ENTRE EL DERECHO SUPRANACIONAL Y EL DERECHO NACIONAL

CLÁUSULAS DE REMISIÓN O REENVÍO

Entendemos por cláusula de remisión o reenvío aquellas normas que, de manera expresa o tácita, redireccionan sus disposiciones a otros cuerpos normativos nacionales o internacionales, especificando, completando o ampliando sus contenidos. En este sentido, es necesario aclarar que el término “tratados” es únicamente una de las muchas fuentes del derecho o la normativa internacional. Sin embargo, suele entenderse como un término genérico.

En este grupo entenderemos comprendidos a los pactos y convenios, es decir, aquellos instrumentos que gozan de fuerza vinculante, garantizados por organismos colegiados que vigilan su cumplimiento y que, para efectos jurídicos, pasan a formar parte de la legislación de cada Estado que lo ratificó de acuerdo a un procedimiento preestablecido.³⁰

De conformidad con la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, se “entiende como tratado a un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular”.³¹

30. Luis Pásara, *El uso de los instrumentos internacionales de derechos humanos en la administración de justicia*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos / Naciones Unidas, 2008, pp. 34-39.

31. Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, artículo 1.

De acuerdo al mismo instrumento, todo tratado de cualquier naturaleza debe ser cumplido e interpretado por las partes de buena fe, entendiéndose comprendido dentro del instrumento el preámbulo y sus anexos.³² Esta fuente debe ser diferenciada del denominado *ius cogens* y el *soft law*, explicados en el capítulo primero de esta monografía.

Sin embargo, en el Ecuador, la Constitución vigente no diferencia entre estas dos fuentes, refiriéndose a ellos de forma genérica como instrumentos internacionales, en consecuencia otorgándoles igual valor.³³ En estas circunstancias, los tratados de derechos humanos ocupan un lugar preferencial y diferenciado, puesto que su objeto no es sino la finalidad última y el deber primordial del Estado.³⁴

En este contexto, los Estados no solo se encuentran obligados a respetar y obedecer los instrumentos internacionales, sino también a adoptar medidas para evitar su incumplimiento.

Este es el caso de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, que expresamente dispone el deber de adoptar disposiciones legislativas o de cualquier otro carácter para hacer efectivos los derechos y libertades contenidos en el instrumento mencionado.³⁵

Tal es así, que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en ejercicio de su función consultiva, ha determinado que: “[...] la expedición de una ley manifiestamente contraria a las obligaciones asumidas por un Estado al ratificar o adherir a la Convención constituye una violación de ésta y, en el caso de que esa violación afecte derechos y libertades protegidos respecto a individuos determinados, genera la responsabilidad internacional de tal Estado”.³⁶

La jurisprudencia ecuatoriana se ha pronunciado en ese sentido; un claro ejemplo de esto es la sentencia del Tribunal Constitucional que analizó la objeción de conciencia. En dicho fallo se determina:

[...] Al suscribir un país un tratado sobre derechos humanos, se compromete a respetar y a garantizar su ejercicio. Esta obligación supone que, en primer término, las disposiciones del derecho interno de un país no pueden contrariar a lo dispuesto en los tratados y, además, que los Estados no pueden argumentar que ese derecho no está reconocido expresamente en sus ordenamientos jurídicos; [...]. La suscripción implica el compromiso de los Estados de cumplir con todas estas disposiciones y que los jueces, en un caso concreto,

32. *Ibid.*, artículos 26 y 31.

33. Constitución de la República del Ecuador, artículos 11.3, 11.7 y 424.

34. *Ibid.*, artículos 3.1 y 11.9.

35. Convención Interamericana de Derechos Humanos, artículo 2.

36. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva No. 14 (OC-14/94).

deban fallar interpretando obligatoriamente estas normas y dándolas además una eficacia vinculante.³⁷

Tanto la doctrina como el derecho comparado establecen distintas clasificaciones acerca de las técnicas de remisión. Los tratadistas Ariel Dulitzky y Rodrigo Uprimny realizan un análisis de las cláusulas más frecuentes por las cuales se crea un vínculo entre la legislación nacional y la legislación supranacional, con la finalidad de dar un tratamiento diferenciado a las normas que traten sobre derechos humanos, usando dichas clasificaciones, restringiéndolas a las cláusulas de reenvío y ampliándolas con respecto a las remisiones a la normativa interna de los Estados.³⁸

Cláusulas interpretativas. Como su nombre lo indica, este tipo de normas establecen lineamientos generales, desde los cuales deberán interpretarse las demás normas de la Constitución.

En el Ecuador, la nueva Carta Constitucional, como la gran mayoría de normas de esta naturaleza, contiene en su primer artículo los principios fundamentales.

Además, a diferencia de nuestras Cartas antecesoras, prevé un artículo en específico para la interpretación y aplicación de los derechos, el cual contiene, entre otros principios, la titularidad y ejercicio directo de los derechos y garantías, de forma individual o colectiva; el principio de igualdad y no discriminación; la progresividad y no restricción; la responsabilidad estatal y privada; y, el reconocimiento de todos los principios y derechos como inalienables, irrenunciables, interdependientes y de igual jerarquía.

Adicionalmente, que nuestro país sea un Estado de Derechos, implica redefinir el sistema jurídico en su conjunto, estableciendo la centralidad de los derechos de la persona sobre toda norma, lo cual marca estrictas pautas sobre su interpretación, una de ellas consagrar el principio pro ser humano como factor transversal que abarca a todo el sistema.³⁹

Cláusulas reconocedoras de derechos implícitos o no enumerados. Este tipo de normas determinan de manera expresa que los derechos consagrados en la Constitución no excluyen o niegan a otros derechos previstos en otro tipo de normas, con independencia de su carácter nacional o supranacional, así como también otros derechos no advertidos en norma escrita pero que se deriven de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos o nacionalidades.

37. Resolución 0035-2006-TC, Tribunal Constitucional, R.O. 114-S, 27-VI-2007.

38. Ariel Dulitzky, *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1998, pp. 39-50.

39. Constitución de la República del Ecuador, artículos 1, 11 y 426.

Rodrigo Uprimny advierte sobre el peligro que representan estas cláusulas al momento de determinar el alcance del bloque de constitucionalidad, debido a su gran amplitud.⁴⁰ Nuestro país expresamente recurre a este tipo de fórmula en el artículo referente a ejercicio de derechos.⁴¹

Cláusulas declarativas. Recurren a principios, es decir, mandatos que pueden realizarse en diferente medida, que no están precisamente determinados, sino que aparecen como antecedentes abiertos en alcance e intensidad.⁴²

Se trata de condiciones en las cuales los instrumentos de derechos humanos vienen a concretar el contenido y alcance de las disposiciones declarativas, cumpliendo una función enriquecedora, para alcanzar la efectividad de derechos.

Entre las disposiciones declarativas que podemos encontrar están los preámbulos, las pautas relativas a política exterior del Estado, las pautas de actuación de los órganos estatales y las relativas a procesos de integración. En nuestra Constitución, que tiene como característica ser programática, abunda este tipo de fórmula.⁴³

Cláusulas de remisión a textos cerrados. Como su nombre lo indica, se refiere a un reenvío a normas expresamente determinadas; ejemplo de esto, algunas constituciones latinoamericanas, con la finalidad de completar su listado de derechos y libertades, se remiten expresamente a la Convención Interamericana de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Ciertas cartas fundamentales suelen referirse de manera más abierta a las normas de la Organización Internacional del Trabajo,⁴⁴ a los Convenios de Ginebra,⁴⁵ como es el caso de la colombiana o, en casos específicos, a reglas más particulares, como es el caso de la italiana respecto de los tratados lateranenses.⁴⁶

En el caso ecuatoriano encontramos remisiones cerradas de naturaleza indeterminada, como las referentes a tratados e instrumentos de derechos humanos o normas internacionales de alianza o integración.⁴⁷

40. Rodrigo Uprimny, *Bloque de constitucionalidad, derechos humanos y nuevo procedimiento penal*, <http://dejusticia.org/index.php>

41. Constitución de la República del Ecuador, artículos 11.7 y 58.

42. Alberto Predieri, *El sistema de fuentes del derecho en la Constitución española de 1978, Estudio sistemático*, Madrid, Civitas, pp. 184-186, citado por Ariel Dulitzky, *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, p. 44.

43. Constitución de 2008, artículos 416 (Pautas relativas a política exterior); 3.2, 11, 147.1 y 428 (Pautas de actuación de órganos estatales); 423 (Pautas relativas a procesos de integración).

44. Constitución de la República de Colombia, artículo 53.

45. *Ibid.*, artículos 93 y 214.

46. Constitución de Italia, artículo 7.

47. Constitución de la República del Ecuador, artículos 417, 419, 422, 423.6.

Cláusulas de remisión a textos por desarrollar. Este es uno de los casos más comunes de reenvío. Es usual que las constituciones se refieran a un marco normativo que aún se encuentra en construcción, marco que por mandato deberá realizarse, más aún si el marco constitucional prevé mecanismos de coerción para dicha labor.⁴⁸

En el caso ecuatoriano las referencias que se efectúan en esta modalidad son varias. Podemos citar a la ley que regulará el funcionamiento de la Asamblea Nacional, la que regulará a las comunas, recintos, barrios y parroquias urbanas, la ley que regirá a la jurisdicción indígena, la ley y los estatutos para la conformación de regiones autónomas y los demás cuerpos legales establecidos en las disposiciones transitorias.⁴⁹

Adicionalmente, podemos mencionar que la Carta Constitucional regula la acción de incumplimiento, la cual es el instrumento adecuado en caso de retardo en la expedición del nuevo marco constitucional por parte del órgano legislativo.⁵⁰

RECONOCIMIENTO DE CLÁUSULAS DE REMISIÓN EN EL ECUADOR

Las posibilidades de desarrollo del bloque de constitucionalidad son inmensas y dependerá, en gran parte, de la jurisprudencia, principalmente de la Corte Constitucional, como de otras cortes, tribunales, jueces y autoridades. En ese contexto, las cláusulas de remisión citadas no constituyen una enumeración taxativa, sino únicamente un marco referencial que deberá ser desarrollado.

Así, podemos afirmar que el bloque de constitucionalidad ecuatoriano es diferente del de otros países, principalmente por su extensión, que se desprende de las variadas y numerosas cláusulas de remisión. En tal sentido, ya se han dado pasos que nos permiten vislumbrar la utilidad del bloque de constitucionalidad y su alcance en el Derecho ecuatoriano. Así podemos mencionar, con el sentido de hacer una línea jurisprudencial cronológica, varios casos ejemplificativos relevantes.⁵¹

La Resolución 001-2004-DI del Tribunal Constitucional, marca el punto de partida del bloque de constitucionalidad en el Ecuador; la misma se refiere a la petición de inconstitucionalidad del inciso segundo del artículo 255 del Código de Proce-

48. *Ibid.*, artículos 126, 171, 246, 248, disposición transitoria primera.

49. Solamente la disposición transitoria primera de la Carta vigente, prevé un total de 16 leyes que deberán ser aprobadas en 120 y 360 días según sea el caso, desde aprobada la Constitución.

50. Constitución de la República del Ecuador, artículo 93.

51. La línea jurisprudencial pretende encontrar la coherencia y sistematización con la cual una institución ha sido tratada dentro de una legislación, la presencia de analogías o disanalogías y, finalmente, esquematizar su proceso de evolución o involución. En tal sentido, recomendamos consultar: Diego López, *El derecho de los jueces*, Bogotá, Legis, 2006, 2a. ed., pp. 193-264.

dimiento Penal vigente a la fecha, el cual se refiere a la libertad de expresión de los jueces respecto de las causas llevadas a su cargo.

Así, para resolver el verdadero alcance de la Constitución de 1998, los magistrados estimaron necesario acudir a varias fuentes del ordenamiento nacional e internacional. Citan la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y el caso Olmedo Bustos y otros versus Chile, resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Expuesto lo anterior, y de las normas citadas, se determina “la obligatoriedad de los Estados de aplicar lo que se denomina el Bloque de Constitucionalidad”.

Concluyen que “en cada causa no es suficiente con defender solamente la Constitución, sino también los instrumentos internacionales que la integran, lo que constituye el Bloque de Constitucionalidad”.⁵²

La siguiente ocasión que el Tribunal Constitucional trata el bloque de constitucionalidad es en la Resolución 0002-2005-DI del Tribunal Constitucional, que trata por segunda vez la inconstitucionalidad de varios artículos del Código de Procedimiento Penal vigente a la fecha, que hacen referencia a la figura de la detención en firme.

La línea de razonamiento seguida es la siguiente: la doctrina establece como método de interpretación constitucional el método sistemático, el cual permite que el intérprete pueda entender a la Constitución como un todo orgánico.

En ese contexto se hace referencia a la Constitución de 1998, que establece la obligatoriedad de las normas internacionales promulgadas en el Registro Oficial, las cuales formarán parte del ordenamiento jurídico y prevalecerán sobre leyes y otras normas de menor jerarquía.

Asimismo, cita la obligación del Estado de garantizar, sin discriminación alguna, el libre y eficaz ejercicio y el goce de los derechos humanos establecidos en esta Constitución y en las declaraciones, pactos, convenios y demás instrumentos internacionales vigentes.

Del texto se desprende que aunque no se menciona el bloque de constitucionalidad de manera expresa, se reconoce la obligatoriedad de las normas internacionales y la vigencia del principio internacional en favor del ser humano, citando además normas de *soft law*, las cuales podrían ser interpretadas como parte del bloque.

Para ejemplificar, podemos mencionar el Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en el Ecuador y la Opinión Consultiva OC-14 referente a la res-

52. Resolución 001-2004-DI del Tribunal Constitucional. R.O. 374, 9-VII-2004.

pensabilidad internacional por la expedición y aplicación de leyes violatorias a la Convención Americana sobre Derechos Humanos y, por tanto, ampliando su extensión tácitamente.⁵³

La Resolución 0035-2006-DI del Tribunal Constitucional se refiere a la obligatoriedad del servicio militar y su conflicto con el derecho a la objeción de conciencia. Las normas sometidas a examen de constitucionalidad son los artículos 88 y 108 de la Ley de Servicio Militar Obligatorio.

El Tribunal declara la inconstitucionalidad de dichos artículos y exhorta al órgano legislativo para que adecue dicha ley a la norma constitucional. Para ello se fundamentan en varios instrumentos internacionales que, con anterioridad, no habían formado parte de los elementos de juicio de los tribunales para la resolución de causas, entre los que consta la resolución de la Comisión de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos del 5 de marzo de 1987, sobre la objeción de conciencia. De manera complementaria fundamenta su fallo en las recomendaciones de Naciones Unidas de los años 1989, 1991 y 1993.⁵⁴

Del texto se desprende que se establece cierta regularidad en las resoluciones del órgano constitucional respecto a la obligatoriedad de la normativa internacional y de considerar que los derechos humanos que de ellos se desprenden son totalmente válidos y exigibles, más aún si contienen regulaciones más favorables.

Además, se amplía el marco de instrumentos que forman parte de la *ratio decidendi*⁵⁵ de las sentencias constitucionales. Sin embargo, se pierde claridad acerca de cuál es el ámbito normativo que integra el bloque de constitucionalidad.⁵⁶

Finalmente, analizamos la Sentencia 0001-009-SIS de la Corte Constitucional, la cual es de gran importancia por varias razones: es la primera sentencia que menciona al bloque de constitucionalidad en el contexto de la Constitución de 2008, bajo la competencia de la Corte Constitucional respecto de una acción de incumplimiento.

En ella se explica la competencia de la Corte Constitucional, tanto para brindar protección a los derechos constitucionales, como para defender la supremacía constitucional, lo cual no solo significa la tarea de “desvirtuar los posibles obstáculos en un inicio, sino también los posteriores aquellos presentados por un desacato”; en tal contexto, la Corte explica sobre el bloque de constitucionalidad que: “Una Cons-

53. Resolución 0002-2005-DI del Tribunal Constitucional. Suplemento del Registro Oficial 382, 23-X-2006.

54. Informe del Secretario General de Naciones Unidas sobre Objeción de Conciencia al Servicio Militar.

55. Carlos Bernal Pulido, *El Derecho de los derechos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006, pp. 147-192. Es una de las tres partes que conforman una sentencia (*decisum, ratio decidendi, obiter dicta*), “es la subregla, que concreta las indeterminadas cláusulas constitucionales en prescripciones concretas aplicables a tipos de casos”.

56. Resolución 0035-2006-DI del Tribunal Constitucional. Suplemento del Registro Oficial 114, 27-VI-2007.

titución puede ser normativamente algo más que el propio texto constitucional, esto es, que las normas constitucionales, o al menos las supralegales, pueden ser más numerosas que aquellas que pueden encontrarse en el articulado de la constitución escrita”.⁵⁷

Del texto se desprende que la figura del bloque de constitucionalidad es incluida y desarrollada dentro de la legislación ecuatoriana de manera expresa y que su contenido abarca los tratados internacionales suscritos por el Ecuador, en especial los referentes a derechos humanos, entre los cuales ocupa un lugar preferencial la Convención Americana de Derechos Humanos.⁵⁸

Hasta ahí el desarrollo jurisprudencial sobre el bloque constitucional producido hasta la fecha, del cual podemos concluir varios elementos de estas cuatro resoluciones:

Primero, un uso recurrente de las fórmulas de remisión; segundo, un manejo estable de las normas internacionales remitidas; tercero, la mención del bloque constitucional de manera estable y evolutiva; cuarto, la ausencia de determinación en cuanto al contenido y límites de esta institución; quinto, la ausencia de una teoría ecuatoriana que reúna y abarque las particularidades de nuestra actual Constitución.⁵⁹

DESARROLLO DEL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD

APLICACIÓN DEL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD EN EL DERECHO ECUATORIANO

En este capítulo explicaremos, sobre la base del anterior capítulo, la aplicación del bloque de constitucionalidad en el derecho ecuatoriano, primeramente estableciendo su concepto, alcance y elementos particulares.

57. Sentencia 0001-009-SIS de la Corte Constitucional. No publicada en el Registro Oficial.

58. “En ese sentido, las disposiciones tanto de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 1966 y particularmente las estipulaciones de la Convención Americana de los Derechos Humanos hacen parte del orden constitucional vigente en el Ecuador con una jerarquía normativa superior al resto del ordenamiento”. Texto que también puede ser encontrado en la Resolución 0043-07-TC, Suplemento del Registro Oficial 286, 3-III-2008.

59. Pensamos que la adopción de las teorías del bloque de constitucionalidad tomadas de otros países constituyen un parámetro para su aplicabilidad de conformidad con los postulados de la Carta Política de 1998, sin embargo de lo cual son meramente un referente de partida para el desarrollo de una teoría particular de acuerdo con los valores, principios y reglas de la Constitución de 2008, que constituye definitivamente un cambio constitucional en la región.

El bloque de constitucionalidad ecuatoriano es un instituto jurídico adoptado jurisprudencialmente, integrado por los instrumentos internacionales de derechos humanos que desarrollan, en forma progresiva, los valores, principios y reglas de la Constitución.

Como elementos de la anterior definición podemos rescatar su naturaleza jurisprudencial, puesto que no consta de manera expresa o tácita en ninguna norma en sentido estricto, sino de su adopción tanto de la jurisprudencia internacional y comparada.

Acerca de lo cual es necesario aclarar que el bloque constitucional ecuatoriano es uno solo, tanto en su parte formal como sustancial, por lo cual no cabe su distinción en sentido lato y en sentido estricto. Dicha diferenciación artificial responde particularmente a las normas de remisión constitucional colombiana y al análisis restrictivo de algunos fallos de su órgano máximo de constitucionalidad.⁶⁰

Al afirmar que se encuentra conformado por los instrumentos internacionales de derechos humanos, nos referimos a cualquier precepto jurídico, independientemente que pertenezca al *soft law* o *hard law*,⁶¹ sin embargo de lo cual podemos prever que su alcance puede ser mayor, incluyendo normas de carácter consuetudinario, no necesariamente escritas.

Nuestra Constitución maneja varias categorías o conceptos indígenas no necesariamente escritos. Podemos mencionar, *pacha mama* (madre tierra), *sumak kawsay* (buen vivir), *ama killa*, *ama llulla*, *ama shwa* (no ser ocioso, no mentir, no robar).

A la par, también se podría ampliar su contenido a normas tanto vigentes como derogadas, bajo la premisa que existan principios no vigentes formalmente que, por su contenido sustancial, sean más favorables a los derechos de la persona o abarquen derechos no contemplados en las normas actuales.⁶²

Finalmente, podríamos extender su contenido a toda norma independientemente de su principio de territorialidad nacional, comparada o supranacional. Sin embargo, en el Ecuador, la jurisprudencia ha limitado esta apreciación únicamente para los normas de naturaleza internacional.

60. Andrés Gutiérrez Beltrán, *El bloque de constitucionalidad, conceptos y fundamentos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, pp. 28-34.

61. En contraposición con el *soft law* debemos entender por *hard law*, las normas internacionales que contienen obligaciones claras, determinadas y exigibles para los Estados parte.

62. Un ejemplo podemos encontrarlo en la codificación constitucional del año 1998 que, en su artículo 67.2, prevé la libertad de enseñanza y de cátedra de forma amplia para todos los niveles de educación, mientras que la Constitución de 2008 en su artículo 29, solo la concibe para la educación superior.

En relación con el párrafo anterior, nuestra Constitución vigente menciona, de manera genérica en muchas de sus normas, la expresión instrumentos en lugar de convenios y tratados y también, en muchas otras, no diferencia entre normas internacionales ratificadas y no ratificadas, lo cual, bajo una interpretación sistemática, puede ser dilucidado como la obligatoriedad y vigencia de todas estas disposiciones sin distingo alguno,⁶³ más aún si tomamos en cuenta la acción de incumplimiento para sentencias e informes de organismos internacionales.⁶⁴

Un elemento adicional de la definición corresponde al análisis de los valores, principios y reglas, independientemente de concebir estas tres categorías dentro o fuera de una norma. Así, algunos autores consideran, por una parte, la existencia de reglas caracterizadas por causar efectos jurídicos de manera directa, con capacidad de derogar otras disposiciones o simplemente invalidarlas con una orden coercitiva clara y expresa.

Mientras que entienden por valores y principios, preceptos no jurídicos anteriores a las normas carentes de estas características. Aunque en un sentido débil se entienden a estas dos categorías dentro de las normas, pero particularizándolas como especies distintas,⁶⁵ para nuestra monografía, a un margen de esta discusión, lo más relevante es distinguir claramente estas categorías.

Para simplificar, diremos que debemos entender por reglas aquellos preceptos de índole eminentemente jurídica, previstas para un caso concreto, que se agotan en sí mismas, cuya aplicación se encuentra restringida a parámetros absolutos.

Mientras que por principios concebiremos a preceptos de distinta naturaleza (epistemológica, antropológica, sociológica, etc.), de naturaleza abierta, cuyo núcleo esencial no puede ser delimitado o desnaturalizado, que no se agotan en sí mismos, aplicables, en mayor o menor grado, como mandatos de optimización amplios, no limitados a la aplicación de una hipótesis o situación particular, que se constituyen en parámetros orientadores de todas las normas a manera de fuentes principales y que dotan de verdadero contenido a las reglas.

63. Constitución de la República, artículos 11.3, 11.7, 57, 93, 423, 427.

64. Bajo el contexto de nuestra norma constitucional, no cabe tampoco el complejo debate sobre la vigencia de informes y recomendaciones internacionales, sin distingo del carácter de dichos órganos ni de su función particular o competencia específica; aunque advertimos lo debatible de este enunciado y la necesidad de analizar este tema en un contexto más integral en un trabajo particular: sugerimos ver, Andrés Gil Domínguez, “El Bloque de la Constitucionalidad Federal y los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, en *Revista Argentina de Derecho Constitucional*, No. 4, Buenos Aires, Ediar, 2001, pp. 35-52.

65. Jaime Cárdenas Gracia, “Los principios y su Impacto en la Interpretación Constitucional y Judicial”, en Eduardo Ferrer Mac-Gregor, coord., *Interpretación constitucional*, t. I, México, Porrúa, 2005, pp. 267-269.

Siguiendo la explicación, finalmente, los valores son concebidos como el “núcleo básico ético-social, informador, orientador y legitimador último del ordenamiento jurídico”,⁶⁶ que preceptúan y guían el sentido del cuerpo normativo en su conjunto.

Esta antesala necesaria es útil por cuanto nos permite ampliar nuestra percepción del cuerpo constitucional, más allá del mero contenido de sus enunciados y bajo aquel contexto, más allá del sentido de sus normas y a la luz de principios guías de reconocimiento internacional que conforman también el bloque de constitucionalidad.

En lo referente a derechos, nuestra Carta constitucional reconoce un gran número de principios, al punto de destacar un capítulo entero sobre sus principios de aplicación, y de hecho podríamos mencionar, a manera de elogio, que se encuentra repleta de ellos en sus distintos títulos, capítulos y secciones.⁶⁷

Así, bajo el actual contexto constitucional, nuevos métodos de interpretación adquieren gran preponderancia, pues conciben una visión más holística de la persona, el Derecho y el Estado.

OPORTUNIDADES Y RIESGOS

Entre las muchas oportunidades podemos mencionar el lograr, en primera instancia, una visión ampliada de la Constitución, determinando el verdadero alcance de sus valores, reglas y principios, lo cual sin duda rescata su fuerza normativa.

En una segunda instancia, nos permite una concepción integral de todo el sistema jurídico, entendiéndolo como un conjunto integrado por normas nacionales y supranacionales que se relacionan y colaboran para dar unidad y validez a todo el sistema, encaminadas todas por el principio pro ser humano. Esto, a su vez, ayuda a la ins-

66. Luis Rodolfo Vigo, *Interpretación Constitucional*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1993, p. 75.

67. A manera de ejemplificar esta argumentación y no de manera exhaustiva, podemos mencionar, en lo que respecta a principios de derechos humanos: diversidad (Preámbulo y arts. 57, 83.10, 83.14, 95, 257 y 423), exigibilidad (art. 11.1), no discriminación (arts. 3, 9, 11.2, 393 y 416), igualdad (arts. 9 y 11.2, y 416), directa aplicación (art. 11.3), justiciabilidad (art. 11.3), no restricción (art. 11.4 y 417), pro homine (art. 11.5, 417, 424, 427), inalienables (art. 11.6), irrenunciables (art. 11.6, 326), indivisibles (art. 11.6), interdependientes (art. 11.6), igualdad de jerarquía (art. 11.6), innominados (art. 11.7), progresividad (art. 11.8 y 427), no regresividad (art. 11.8, 427), interés superior (art. 44), atención prioritaria (arts. 35-50), debido proceso (arts. 75, 76 y 77), solidaridad (arts. 32, 34, 83, 340 y 416), reparación integral (art. 78 y 393), proporcionalidad, igualdad, equidad, paridad, alternabilidad, inclusión, pluralismo político (arts. 116 y 157 y 217), necesidad, legalidad, temporalidad, territorialidad, razonabilidad (art. 164), procesales (arts. 168, 169, 172, 195 y 198), *sumak kawsay* (Preámbulo arts. 250 y 377), intangibilidad (art. 326), inclusión y equidad (art. 367), responsabilidad (arts. 348 y 431), inclusión (art. 367), universalidad (arts. 32, 34, 314 y 375).

trumentación de la Constitución en toda clase de controversias administrativas, civiles, penales, laborales, societarias, etc.

Obliga, en un sentido ideal, a todos los operadores jurídicos a conocer, entender y aplicar el ordenamiento jurídico nacional y supranacional, hecho que influiría notablemente en sus actuaciones y, por tanto, en la producción jurídica, tanto a nivel de legislación como de doctrina y jurisprudencia.

En este deber, todas las fuentes estarán direccionadas ya no solo a completar un silogismo jurídico para la solución de un caso en concreto, sino encaminadas a lograr la finalidad misma del derecho, es decir, alcanzar los valores de igualdad y justicia.⁶⁸

En aquel contexto, todos los principios e instituciones deben ser repensados sobre la base de esta directriz. Interesantes avances se han dado en la jurisprudencia internacional y en el derecho comparado al respecto, en especial con relación a los dogmas más rígidos, como en el caso del principio de legalidad, la cosa juzgada, la legitimación en causa y la tutela efectiva.⁶⁹

Permite a la Constitución convertirse en una norma viva, dinámica, adaptable a los profundos cambios en los que se desarrolla la sociedad, un instrumento a la par de las necesidades individuales y sociales distintas y cambiantes.

Al mismo tiempo, contribuye a la estabilidad de la misma norma fundamental, no impidiendo las reformas, sino volviéndolas innecesarias ante la colaboración de todas las normas para cubrir un vacío o facilitar una interpretación conforme. Por esta razón, es recomendable que el contenido y desarrollo del bloque sea una labor jurisprudencial antes que legislativa.

Sin embargo, esta institución conlleva riesgos, puesto que su errónea implementación atentaría de manera injustificada contra la seguridad jurídica, creando incertidumbre entre los operadores que no conocen de manera cierta qué normas ostentan valor constitucional.

Este fenómeno también se presenta a nivel de derecho comparado, debido a cierto relativismo de cada ordenamiento en la configuración de su propio bloque de cons-

68. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de la Comunidad Mayagna y Caso de la Comunidad Muiwana, donde podemos observar ejemplos de cómo admitir diversidad de ordenamientos y concebir instituciones tradicionales a la luz de diferentes ópticas.

69. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Almonacid Arellano y Otros, Caso Carpio Nicolle y Otros, y Caso Gutiérrez Soler, donde podemos observar la institución de la cosa juzgada aparente, la cual se produce cuando se han irrespetado de manera evidente las reglas del debido proceso o cuando los encargados de administrar justicia no obraron con imparcialidad. La Corte Interamericana colige que la causa puede ser reabierta, incluso si existe sentencia definitiva con efecto de cosa juzgada, puesto que las exigencias de la justicia, los derechos de las víctimas y la letra y espíritu de la Convención Americana así lo exigen.

titucionalidad. Para contrarrestar esta posible falencia, podría acudirse a la doctrina y jurisprudencia internacional de derechos humanos como herramienta integradora.

Estos peligros también se hacen latentes por el excesivo rigor o total flexibilidad de los órganos máximos de constitucionalidad en la delimitación del bloque de constitucionalidad.

Es necesario mencionar que la incorporación o exclusión de ciertos valores y principios debe estar acorde con el desarrollo de cada sociedad. El éxito de esta institución, al igual que el de todas las demás, viene dado, en gran medida, por el grado de confianza del órgano emisor y la aceptación social de sus decisiones.

CONCLUSIONES Y APRECIACIONES FINALES

CONCLUSIONES

Implementar en el Ecuador una figura jurídica que permita incorporar dentro de la justicia ecuatoriana instrumentos internacionales de derechos humanos que prevean estándares más altos y amplios en términos de contenido y efectividad de los derechos humanos es una obligación constitucional ineludible derivada del reconocimiento del principio pro ser humano.

Adoptar la institución del bloque de constitucionalidad dentro del derecho ecuatoriano es el mecanismo jurisprudencial más idóneo para superar, a mediano y largo plazo, una cultura jurídica de naturaleza estrictamente positivista caracterizada por desconocer el papel fundamental de la persona y su dignidad humana.

Reconocer la necesidad de aplicar la figura del bloque de constitucionalidad en el sistema jurídico ecuatoriano involucra un proceso sistémico propio que deberá mostrar conformidad con el contexto nacional particular, lo cual implica, esencialmente, mostrar conformidad con el nuevo modelo de Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico.

APRECIACIONES FINALES

Un gran paso se ha dado en nuestro sistema con la expedición de una nueva Carta Fundamental en lo que a tratamiento de derechos, libertades y garantías se refiere. Sin embargo, estos importantes aportes, al igual que muchos otros, únicamente se quedarán en semántica pura sin la intervención directa de las ciudadanas y los ciudadanos.

Ninguna Constitución es perfecta, pero todas tienen la posibilidad de adecuarse de una mejor manera a las realidades de los pueblos. Las normas, por sí solas, no solucionan los complejos problemas que nos aquejan; los cambios de actitud y las acciones diarias de mandantes y mandatarios de manera categórica sí lo hacen. Concibamos a la Constitución como una eficaz herramienta, no la única y excluyente, para alcanzar el mundo en el que todas y todos deseamos vivir.

BIBLIOGRAFÍA

- Ávila, Ramiro, “Ecuador. Estado constitucional de derechos y de justicia”, en Ramiro Ávila Santamaría, edit., *Constitución del 2008 en el contexto andino*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- Campos, Bidart, *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, Buenos Aires, Ediar, 1995, pp. 265-267, citado por Andrés Gil Domínguez, “El Bloque de la Constitucionalidad Federal y los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, en *Revista Argentina de Derecho Constitucional*, No. 4, Buenos Aires, Ediar, 2001.
- Campos, Bidart, y otros, *La constitucionalización de las falacias*, Bogotá, Temis, 2005.
- Cárdenas Gracia, Jaime, “Los principios y su impacto en la interpretación constitucional y judicial”, en Eduardo Ferrer Mac-Gregor, coord., *Interpretación constitucional*, t. I, México, Porrúa, 2005.
- Colmenares, Carlos, “Bloque de constitucionalidad en materia procesal civil”, en *XXVI Congreso Colombiano de Derecho Procesal*, Santa Fe de Bogotá, Universidad Libre, 2005.
- Dulitzky, Ariel, *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1998.
- Ferrajoli, Luigi, “La democracia constitucional”, en Courtis Christian, comp., *Desde otra mirada*, Buenos Aires, Eudeba, 2001.
- García Amado, Antonio, “El juicio de ponderación y sus partes. Crítica de su escasa relevancia”, en *Justicia constitucional: el rol de la Corte Constitucional en el Estado contemporáneo*, Bogotá, Legis, 2006.
- García Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1985.
- Gutiérrez Beltrán, Andrés, *El bloque de constitucionalidad: conceptos y fundamentos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007.
- Hoyos, Arturo, *La interpretación constitucional*, Santa Fe de Bogotá, Temis, 1998.
- Kant, Inmanuel, “The doctrine of virtue”, en *Metaphysics of morals*, citado por Steiner Henry y Philip Halston, *International human rights in context, law politics and morals*, Oxford University Press, 2000, 2a. ed.
- López Medina, Diego, *El derecho de los jueces*, Bogotá, Legis, 2006, 2a. ed.

- Manili, Pablo, *El Bloque de constitucionalidad. La recepción del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho constitucional argentino*, Buenos Aires, La Ley, 2003, p. 120, citado por Osvaldo Gozaíni, “El llamado ‘Bloque de la constitucionalidad’ a los fines de orientar a los jueces en la toma de decisiones”, en *XXVI Congreso Colombiano de Derecho Procesal*, Santa Fe de Bogotá, Universidad Libre.
- Oyarte, Rafael, *Curso de Derecho Constitucional*, t. I, Quito, Fondo Editorial Andrade y Asociados, 2007.
- Pásara, Luis, *El uso de los instrumentos internacionales de derechos humanos en la administración de justicia*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos / Naciones Unidas, 2008.
- Predieri, Alberto, *El sistema de fuentes del derecho en la Constitución española de 1978. Estudio sistemático*, Madrid, Civitas, citado por Carlos Bernal Pulido, *El Derecho de los derechos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006.
- Requejo, Paloma, “Bloque constitucional y comunidades autónomas”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, No. 22, Madrid, 1998.
- Rubio, Francisco, *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2003.
- Thurer, Daniel, “Soft Law”, en Bernhar, *Encyclopedia of Public International Law*, 2000.
- Uprimny, Rodrigo, *Bloque de constitucionalidad, derechos humanos y nuevo procedimiento penal*, <http://dejusticia.org/index.php>
- Vigo, Luis Rodolfo, *Interpretación constitucional*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1993.
- Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil*, Madrid, Trotta, 1997.

Normas legales

- Constitución de la República.
- Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.
- Convención Interamericana de Derechos Humanos.

Jurisprudencia

- Caso Almonacid Arellano y Otros de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- Caso Baena Ricardo y Otros de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- Caso Carpio Nicolle y Otros de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- Caso de la Comunidad Mayagna de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- Caso de la Comunidad Moiwana de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- Caso Gutiérrez Soler de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- Caso La Última Tentación de Cristo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- Caso las Masacres de Mapiripán de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Opinión Consultiva 1 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Opinión Consultiva 14 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Resolución 001-2004-DI, Tribunal Constitucional. Registro Oficial 374, 9-VII-2004.

Resolución 0002-2005-TC, Tribunal Constitucional. Suplemento del Registro Oficial 382, 23-X-2006.

Resolución 0035-2006-TC, Tribunal Constitucional. Suplemento del Registro Oficial 114, 27-VI-2007.

Sentencia 0001-009-SIS de la Corte Constitucional Ecuatoriana. No publicada en el Registro Oficial.

Sentencia C-010 de la Corte Constitucional de Colombia.

Sentencia C-191 de la Corte Constitucional de Colombia.

Sentencia C-295 de la Corte Constitucional. Gaceta Judicial.

Sentencia D-5807 de la Corte Constitucional de Colombia.

Fecha de recepción: 6 de octubre de 2009

Fecha de aceptación: 23 de octubre de 2009

El precedente constitucional-electoral: redefinición del sistema tradicional de fuentes

Diego Zambrano Álvarez*

RESUMEN

El reconocimiento de la jurisprudencia como fuente jurídica principal concede a todo fallo efectos vinculantes de alcance general y abstracto. Este cambio de esquema ha trastocado los cánones de tradición romano-germánica. La ubicación de la jurisprudencia dentro del sistema de fuentes dependerá, por la forma, de la jerarquía orgánica del juez o tribunal del que emanare. En cuanto al fondo, existen dos aristas. La primera, en cuanto a la materia, en aplicación del principio del paralelismo de las formas jurídicas: si existiese reserva constitucional o legal sobre una materia determinada, la jurisprudencia estará creando subreglas de idéntica naturaleza y jerarquía. Finalmente, desde la perspectiva axiológica, en atención al principio de interpretación *pro homine* y de progresividad de los derechos fundamentales, la jurisprudencia que prevalecería es aquella que presente un estándar mayormente garantista, sin importar la jerarquía orgánica del juez o tribunal emisor.

PALABRAS CLAVE: Jurisprudencia, precedente, sistema de fuentes, subregla jurisprudencial, *ratio decidendi*, *distinguishing*, *stare decisis*.

SUMMARY

The acknowledgement of jurisprudence as a main source of law, confers every ruling mandatory effects with a general and abstract scope. The alteration in the traditional scheme of sources of law has changed around the customary canons of the Roman-Germanic tradition. The location of jurisprudence within the system of sources of law will depend, in regard to the form, on the organic hierarchy of the judge or tribunal. In regard to the substance, we must take into account two different scenarios. The first, referred to the subject, in which in light of the principle of parallelism among juridical forms: if there is constitutional or legal reserve over a determined matter, jurisprudence will create sub-rules of identical nature and hierarchy. In the second scenario, from an axiological perspective, in

* Investigador en temas constitucionales y electorales. Ex asesor de Investigación y Jurisprudencia del Tribunal Contencioso Electoral, ha prestado servicios de consultoría en el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, ex director del Departamento de Investigación y Técnica Legislativa de Ediciones Legales S.A.

light of the pro homine interpretation principle and of the progressive interpretation of human rights, only that jurisprudence which establishes a higher guarantor standard will prevail, regardless of the organic hierarchy of the ruling judge or tribunal.

KEY WORDS: Jurisprudence, precedent, system of sources of law, jurisprudential sub-rule, ratio decidendi, distinguishing, stare decisis.

FORO

ASPECTOS GENERALES

La adopción de una nueva carta constitucional implica, para todo operador jurídico, el surgimiento de nuevos retos, la obligación de asumir nuevos y diversos roles, el imperativo de crear mecanismos capaces de dar respuesta a las exigencias sociales que motivaron dicho cambio y, lo que quizá resultará más complejo, abrir la mente para liberarse de sesgos ideológicos con los que hemos sido formados en la gran mayoría de facultades de Derecho. A su vez, los organismos creados por esta Carta están obligados a levantar su diseño institucional y sus formas de proceder de conformidad con los criterios que inspiraron su propia existencia, de la misma forma que las entidades heredadas de tradiciones institucionales están llamadas a redireccionar su rumbo hacia el sendero marcado por este nuevo paradigma, de tal forma que puedan colmar progresivamente el marco de incidencia trazado por la propia Constitución y de esa manera lograr la efectividad de sus principios, valores y desafíos.

El sistema constitucional ecuatoriano eleva a categoría de Función del Estado a la actividad electoral. Conjuntamente con el apareamiento de la Función de Transparencia y Control Social, el constituyente se aleja de la tradicional división tripartita del poder, heredada de la tradición francesa posrevolucionaria, liberal y legalista. La señalada no es la única innovación que presenta la Constitución de 2008 en la materia. La escisión de las facultades administrativas y jurisdiccionales de la función electoral, confiadas al Consejo Nacional Electoral y al Tribunal Contencioso Electoral, en su orden respectivo, reemplazó al esquema concentrado en la actividad del ex Tribunal Supremo Electoral, período que va desde 1945 hasta el año 2008. El sistema que inaugura la actividad electoral en Ecuador siguió un modelo tradicional o político; es decir, se confió la garantía de los, hoy denominados, derechos de participación a un organismo funcionalmente independiente a las tres funciones tradicionales del Estado, conformado de forma esencialmente política, pese a que ejercía tam-

bién potestades jurisdiccionales.¹ Este punto fue fuertemente invocado por sus críticos para proponer la adopción de la nueva arquitectura electoral. Con esta ruptura, queda planteado un régimen institucional diferente, una manera más jurídica de concebir al Derecho Electoral, quedando además designada la autoridad que deberá llevar a la práctica su implementación.

Con la creación de esta nueva función del Estado, conformada por dos entidades permanentes, el Consejo Nacional Electoral y el Tribunal Contencioso Electoral, la Constitución pretende crear un sistema vigoroso que sea capaz de garantizar la transparencia de la expresión de la voluntad ciudadana en los comicios, así como la creación de caminos adecuados para tutelar, de manera efectiva, los derechos de participación previstos en el artículo 61 de la Constitución y de aquellos que pudiesen alcanzar connotación política, por su motivación o efecto. Todo esto, como medio indispensable para la consolidación de un sistema democrático, justo, participativo e incluyente. Cuando aquí se habla de tutela de derechos, lo hacemos en sentido formal pero también con miras a producir efectos sustanciales en la convivencia social diaria que proporcione parámetros proporcionales de igualdad.

Otro de los objetivos perseguidos con creación de la Función Electoral será fomentar la especialización, independencia y profesionalización de esta actividad monopólica del Estado, al menos hasta hoy. La especialización resulta necesaria porque se trata de conflictos con capacidad real o potencial de agitar a las masas, por lo que su solución requiere de cierta sensibilidad política, lo que marca una importante diferencia con la conflictividad civil, penal y administrativa. La independencia es indispensable para que esa sensibilidad política no se convierta en atadura partidista y en actuaciones serviles a favor de órganos de conformación política del Estado, como es el caso del Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo. No obstante, el objetivo más relevante, a mi modo de ver, radica en su profesionalización.

La conformación de un tribunal jurisdiccional-electoral, en sentido técnico y estricto, es consecuente con la afirmación según la cual toda relación humana debe producirse de conformidad con lo prescrito y permitido por la Constitución, la normativa jurídica exigible y, fundamentalmente, dentro de un marco de respeto, protección y promoción de los derechos humanos. En este sentido, el organismo jurisdiccional de la Función Electoral puede, y solamente puede, manejar criterios jurídicos aunque

1. Según el artículo 209 de la Constitución Política de 1998, el Tribunal Supremo Electoral gozaba de autonomía administrativa y económica, para su organización y el cumplimiento de sus funciones de organizar, dirigir, vigilar y garantizar los procesos electorales, y juzgar las cuentas que rindan los partidos, movimientos políticos (...). Se integrará con siete vocales principales, quienes tendrán sus respectivos suplentes, en *representación de los partidos políticos, movimientos o alianzas políticas* que hayan obtenido las más altas votaciones en las últimas elecciones pluripersonales, en el ámbito nacional, los que presentarán al Congreso Nacional las ternas de las que se elegirán los vocales...". (El énfasis es mío).

estos puedan estar matizados por un grado de prudencia situacional, herramienta indispensable para solucionar conflictos esencialmente políticos; todo esto, a fin de apaciguar o evitar el desbordamiento de las pasiones propias de la contienda electoral. En consecuencia, el Tribunal Contencioso Electoral está llamado a garantizar la plena vigencia de un sistema democrático, respetuoso y pluralista. De ahí que las sentencias del Tribunal Contencioso Electoral tendrán la característica especial de constituir precedente jurisprudencial obligatorio. Con esta calidad se pretende evitar que los criterios que adoptase el organismo, dentro de un contexto determinado, cambien con el vaivén de los cambios coyunturales propios de la política. En consecuencia, el sistema de precedentes favorece el derecho a la seguridad jurídica y reduce la posibilidad de actuaciones arbitrarias por parte del juez de única y definitiva instancia en esta materia.

La Constitución de la República prevé tres sistemas de precedentes jurisprudenciales.² Por un lado, el que irá construyendo la Corte Constitucional (art. 436, num. 6) en ejercicio de su facultad de “expedir sentencias que constituyan jurisprudencia vinculante...”, especialmente en lo que a garantías fundamentales se refiere. Esta facultad concuerda con su calidad de máximo intérprete del texto constitucional. Por su parte, la Corte Nacional de Justicia, según el artículo 184 num. 2, posee la facultad de emitir *doctrina probable*, por reiteración de criterios o fallos de triple reiteración. Finalmente, a estas dos altas jurisdicciones se suman los fallos y resoluciones que emanan del Tribunal Contencioso Electoral, por disposición expresa del inciso final del artículo 221, que da a los fallos del organismo en cuestión la calidad de jurisprudencia vinculante.

En esta línea de pensamiento, si consideramos que el valor jerárquico de una norma interpretativa por un organismo con legítimas facultades para hacerlo, ya sea en abstracto o en concreto, es idéntico al de la norma interpretada, por el principio del *paralelismo de las formas jurídicas*,³ podemos concluir entonces, que el sistema tradicional de fuentes jurídicas, según el modelo constitucional vigente, ha tomado un giro radical. La famosa pirámide *kelseniana* ha quedado reemplazada por un sis-

2. Ecuador, al aceptar la jurisdicción de la Corte Interamericana, ingresó a un sistema que presta especial atención a sus propios precedentes. Su función principal consiste en darle vigencia material a la Convención Americana de Derechos Humanos ante las variantes del contexto supranacional, sobre todo si atendemos a lo complejo que resulta reformar un instrumento como este. No podemos dejar de mencionar que normas jurídicas, emanadas de la jurisprudencia de la CIDH, tienen que encontrar eco en las legislaciones internas, por efectos de reenvío. De ahí que el sistema interno debe tomar en cuenta la denominada *interpretación evolutiva* del organismo supranacional. De esta forma, los precedentes establecidos por los más altos tribunales de derecho interno pueden cambiar, no solo por un cambio en la percepción jurídica de las juezas y jueces que los conforman, sino también porque así lo impone normas jurisprudenciales de derecho internacional, en virtud de la teoría del *desdoblamiento funcional* que caracteriza a este tipo de ordenamientos.

3. Javier Pérez Royo, *Curso de Derecho Constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 2001, 7a. ed., pp. 171-187.

tema complejo y versátil en el que la jurisprudencia deja de ser una fuente jurídica de base para alcanzar el nivel atribuible a la norma interpretada o a la materia regulada por esta vía.

Nos encontramos, por así decirlo, ante un período de transición que parte desde un sistema legalista-positivista que ve en la jurisprudencia, en la costumbre y en la doctrina a fuentes jurídicas auxiliares.⁴ En el caso de la jurisprudencia, se la identificó como fuente instrumental o secundaria, con utilidades concretas y complementarias respecto de la ley. Así, a la jurisprudencia le correspondía: a) la pura y simple aplicación de la ley, sin crearla; b) la mera precisión de ambigüedades o conceptos; c) cobertura de lagunas dejadas por la ley; d) defensa de la voluntad legislativa; e) explicación de términos incorporados en la ley;⁵ y f) cobertura de las lagunas dejadas por la legislación. En el caso de la doctrina y de la costumbre existe, hasta hoy,⁶ la prescripción por la cual éstas y los principios generales del derecho no constituyen norma jurídica si la ley no se remite a ellas ungiéndolas de poder coercitivo. De esta forma, según la tradición civilista tradicional,⁷ la ley constituye la única fuente genuina de derecho y todas las demás llegarían a serlo siempre que el legislador, por remisión o reconocimiento expreso, les conceda dicho estatus.

Hoy en día, caminamos hacia un sistema contestatario a la tradición neo-romanista de corte francés. Las bases constitucionales contemporáneas nos hablan de una jurisprudencia que va precisando, definiendo, reescribiendo e, inclusive, conservando los designios de Constitución y de la ley, con base en la solución de casos concretos y a las necesidades sociales imprevistas, pero fundamentalmente va creando verda-

-
4. Sentencia T-123/95, Corte Constitucional (Colombia): “En materia judicial el principio de igualdad no puede entenderse de manera absoluta, lo que no quiere decir que pierda vigencia. La Constitución reconoce a los jueces un apreciable marco de autonomía funcional, siempre que se sujeten al *imperio de la ley* (CP arts. 230 y 228). De otra parte, la jurisprudencia tiene solo el carácter de criterio *auxiliar*.” (El énfasis es mío).
 5. La denominada *jurisprudencia de conceptos* pretendió conceder a la actividad judicial la única función de precisar los textos establecidos por el legislador, como norma jurídica. Genaro Carrió, *Notas sobre Derecho y Lenguaje*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1979, 2a. ed., pp. 49-64.
 6. El Código Civil reconoce como única fuente principal de Derecho a la Ley, las demás quedarían reducidas a la calidad de fuentes meramente instrumentales. La jurisprudencia, de acuerdo con este cuerpo normativo, “...no tiene fuerza obligatoria, sino respecto de la causa en la que se pronunciaren” (art. 3, inc. 2). Asimismo, el artículo 2 establece que “...la costumbre no constituye derecho sino en los casos en que la ley se remita a ella”.
 7. Entre los autores más destacados de la escuela antiformalista encontramos a Geny. El profesor francés aporta al enriquecimiento de las fuentes jurisprudenciales desde la reivindicación de la doctrina como fuente principal del Derecho, aunque reconoce exigibilidad indirecta. Según Geny, pese a que la Carta Magna del liberalismo, el Código Civil, no incluye dentro de las fuentes jurídicas formales a la doctrina, es precisamente ésta la base de casi toda la producción legislativa. La ley, la jurisprudencia y los principios generales se incorporan y evolucionan a la sombra de la producción académica. Por otra parte, la doctrina es capaz de redefinir a la norma positiva porque da las pautas de interpretación que podrían cambiar el modo de entender y aplicar la norma legislativa. De ahí la importancia de los aportes argumentativos con los que las partes asisten a la labor jurisdiccional en la construcción de subreglas jurídicas con alcance general y abstracto, similar al que alcanza la ley.

deras e inéditas reglas jurídicas *cuasilegislativas*, principales y autosuficientes. De tal forma, la jurisprudencia ha dejado de estar subordinada a la ley para equipararse a ella en valor y jerarquía, cuando esas *subreglas* ingresen a un ámbito reservado para la acción de la ley, o superarla, si tales reglas, por incurrir en fundamentación constitucional, pasan a formar parte del *bloque de constitucionalidad*.⁸ Una de las ventajas que tiene la jurisprudencia, en relación a la Constitución y la ley, es el grado de especificidad al que puede llegar por medio de su casuística. Otro punto a favor de la jurisprudencia es la versatilidad de la que está provista para reglar materias exclusivas de categorías jurídicas específicas, de conformidad con el *principio constitucional de competencia*.⁹ No cabe duda que nos encontramos ante una fuente jurídica principal, vinculante y primaria, que no busca únicamente interpretar la norma positiva, sino alcanzar la vigencia material del ordenamiento como un todo. Se trata además de una fuente jurídica independiente capaz de adecuar, armonizar y afinar el ordenamiento jurídico en su conjunto. En tal sentido, por las connotaciones jurídicas que actualmente posee la jurisprudencia y por tratarse de un sistema independiente en formación, desarrollo y metodologías para su operación, el procesamiento de la jurisprudencia tiene que ser realizado de manera técnica, profesional, específica, y por personas con formación y destrezas específicas en este sistema complejo y paralelo al positivo. En definitiva, el sistema de precedentes implementado por la Constitución nos obliga a los operadores jurídicos a prepararnos en el manejo de una nueva forma de hermenéutica y procedimientos distintos a los tradicionalmente manejados en nuestra formación positivista como abogadas y abogados.

Si la existencia de una nueva expresión primaria de derecho no puede tener otra fuente que el trabajo ordinario del juez, esto implicaría que los organismos dotados de potestad jurisdiccional dejen atrás ese rol de meros aplicadores de la norma positiva y pasen a constituirse en creadores constantes, dinámicos y directos de la misma. Con ello, el juez se constituye en el principal catalizador de todo tipo de conflictividad social; guardián del orden constitucionalmente establecido; y, principalmente, garante del pleno ejercicio de los derechos fundamentales.

La diferencia entre el sistema de precedentes, basado en los fallos de triple reiteración sobre un mismo punto de derecho atribuido a la Corte Nacional de Justicia (CR, art. 184, num. 2), y aquel relacionado con la justicia electoral, de ejercicio exclusivo del Tribunal Contencioso Electoral, radica, entre muchas otras que puedan

8. Ariel Dulitzky, "La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales: estudio comparado", en Martín Abregú y Christian Courtis, comps., *La Aplicación de los Tratados sobre Derechos Humanos por los Tribunales Locales*, Buenos Aires, Editores del Puerto s.r.l., 1998, 2a. ed., pp. 33-74.

9. Sobre el principio de competencia y la relación entre las diversas fuentes normativas: Rafael Oyarte Martínez, *Curso de Derecho Constitucional*, t. I, Quito, Fondo Editorial Andrade y Asociados, 2007, pp. 16-42.

haber, en tres cuestiones esenciales: en el primer caso, nos encontramos ante un tribunal de mera legalidad, por tratarse de una Corte de Casación; por el contrario, el Tribunal Contencioso Electoral construye su sistema de precedentes sobre la base de los derechos fundamentales de participación política, lo que le confiere una connotación de rango constitucional y/o de legalidad, según el caso sometido a su conocimiento. Por otra parte, la Corte Nacional no analiza el fondo del asunto sino la inaplicación, errónea aplicación, apreciación o interpretación de la norma sustantiva; no así el TCE que, siendo tribunal de única y definitiva instancia, resuelve el fondo del conflicto, con fundamento en la valoración de los hechos a los que pudo acceder, inclusive por iniciativa propia. Finalmente, el recurso de casación es extraordinario, de lo que se desprende su naturaleza residual, no así los recursos contencioso-electorales que, siendo ordinarios, son directamente activables, salvo requisitos mínimos de procedibilidad y oportunidad, lo que es común y necesario en la práctica de cualquier juzgador de instancia. En este sentido, el sistema de precedentes electorales puede ser asimilable al de la Corte Constitucional, aunque con los matices propios de cada sistema independiente.

De lo expuesto, no caben razones para pensar en eventuales conflictos entre el sistema de precedentes, propio del TCE, con el atribuible a la Corte Constitucional, puesto que, atentos a la especialización de la materia electoral, y una vez que se resuelva el vacío que existe en materia de garantías fundamentales, específicas de derechos de participación, se puede optar por un sistema respetuoso de la calidad de máximo intérprete de la Carta que posee la Corte Constitucional, según el cual, las decisiones que tomase el Tribunal Contencioso Electoral pueden ser ratificadas, rectificadas o complementadas por la Corte Constitucional, en virtud de una acción extraordinaria de protección, siempre que la segunda instancia de estas causas se centralicen en el TCE. Así, se lograría complementar ambos sistemas jurisprudenciales, fortalecer al enriquecimiento de los criterios acuñados, legitimar recíprocamente la actuación de estos organismos de justicia, blindar el sistema constitucional y mantener la unidad y coherencia normativa y decisional; todo esto con miras a tutelar de mejor manera los derechos de participación política que, por constituir derechos fundamentales, son fuente jurídica principal, preferencial y de máximo valor jerárquico-normativo.

El cambio de paradigma consiste en otorgar a las decisiones jurisdiccionales de los más altos tribunales de justicia, una posición preponderante, inclusive por encima de la propia ley, ya que es precisamente la labor del juez la que dará contenido y eficacia material a cualquier expresión de derecho, escrito o no. Por otro lado, la función creadora de reglas jurídicas que se le reconoce a la jurisprudencia no excluye ni bloquea a las competencias interpretativas y operativas tradicionalmente atribuidas respecto de la obra del legislador. Por el contrario, las fortalece; las amplía; las actua-

liza y las complementa; por lo que no debemos hablar de un conflicto entre funciones del Estado, sino de roles distintos pero llamados a armonizarse, complementarse y a construir un sistema jurídico basto, con mecanismo de respuesta ágil y eficaz al servicio de los derechos de la persona. Esta pluralidad de fuentes autorizadas para la creación de normas jurídicas es avalada y deseada desde la perspectiva conceptual del Estado Constitucional de Derechos y Justicia.¹⁰

LA JURISPRUDENCIA COMO FUENTE NORMATIVA PRINCIPAL

De acuerdo con los datos más remotos con los que cuento, la historia del Derecho habla de una formación casuística de las normas y de los criterios que guiaban la resolución de conflictos entre particulares, no se concebía la capacidad del Estado para ser responsable ante terceros. El *Digesto*, quizá la obra más importante e influyente del mundo jurídico de todos los tiempos, compiló las doctrinas más relevantes del derecho romano de la era clásica. De esta fuente podemos dar cuenta de una formación jurídica, nacida a partir de la racionalidad de personas legitimadas por su sabiduría, expresada mediante reglas de solución de conflictos concretos, a los que las partes se sometían voluntariamente. Podemos concluir que las ciencias jurídicas se crearon a partir del sentido común, plasmado en la jurisprudencia. Así, el trabajo compilatorio, al que hacemos alusión, fue ordenado por el emperador bizantino Justiniano I entre el 530 y 533 d.C., y constituye el antecedente directo del proceso de codificación de las reglas jurídicas, derivadas de la actividad del pretor. Este sistema se mantendrá, hasta la actualidad, con mayor enraizamiento en los sistemas jurídicos de tradición europeo continental.¹¹

La codificación de las normas jurídicas se presenta en Francia, una vez instaurado el gobierno posrevolucionario, como una garantía que pretendía corregir la inseguridad propia de los sistemas absolutistas, y da cuenta de la desconfianza que existía en el trabajo y probidad de jueces, tradicionalmente serviles de la voluntad del rey.

10. “En el Estado constitucional de derechos, en cambio, los sistemas jurídicos y las fuentes se diversifican: 1. la autoridad que ejerce competencia constitucional crea normas con carácter de ley (precedentes nacionales)...”. Ramiro Ávila Santamaría, “Ecuador, Estado constitucional de derechos y justicia...”, en *Constitución del 2008 en el contexto andino*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, p. 30.

11. El sistema de codificación legislativa llega a Ecuador por medio de la adopción, casi textual, del Código Civil Chileno de Andrés Bello de 1855. Este código, a su vez, fue directamente influenciado por el Código Napoleónico de 1804. La comisión redactora del Código Napoleónico se basó en los libros que conformaban el *Corpus Iuris Civile*, entre los que se encuentra el *Digesto*. Carlos Ramos Núñez, “Código Napoleónico: fuentes y génesis”, en revista *Derecho & Sociedad*, No. 10, Pontificia Universidad Católica del Perú. Disponible en: <http://www.pandectasperu.org/revista/no200004/cramos.html>

En este sentido, bajo el esquema prerrevolucionario, la mayor fuente de derecho estaba concentrada en la autoridad real que no podía estar sujeta a limitaciones de ninguna naturaleza, porque su poder soberano procedía de la divinidad; por tanto, era indiscutible e incuestionable. Consecuentemente, la norma jurídica constituía lo que el rey decía que era, sin que se pueda hacer valer criterio en contrario.¹² Los revolucionarios, con el objeto de dejar atrás ese voluntarismo propio del sistema precedente, buscan instaurar lo que denominarían el *gobierno de las leyes*. Este concepto fundamental del iluminismo francés faculta al parlamento, es decir, a quien ejerce la representación y ejercicio del poder soberano del pueblo, a dictar normas que vinculan a todos los demás operadores jurídicos, especialmente al juez. Así, el juzgador era, en el sistema liberal, un mero ejecutor de la voluntad legislativa; no podía ir más allá, puesto que no contaba con la legitimación democrática suficiente para crear normas por sí mismo.

Con todo esto, pretendo hacer notar que el derecho nació como un patrimonio casi exclusivo de jueces y filósofos.¹³ Posteriormente, con la instauración del sistema liberal francés y de sus réplicas en la Europa continental y en la América colonial no inglesa, y en pleno proceso independentista, se va instaurando el paradigma legalista y, con él, asignándosele al juez, ya no un rol creativo de derecho, sino el de mero aplicador silogístico de la norma.¹⁴ Bajo el esquema iluminista, en palabras de Montesquieu, el juez se convierte en la *boca muda de la ley*, lo cual brindaba un relativo margen de certeza a las decisiones jurisprudenciales pero, todo esto, a costa de una inflación legislativa que, lejos de cumplir su rol de regulación y coherencia, eviden-

12. No he querido entrar en el análisis de la desbordante proliferación de fuentes jurídicas de la época de vigencia del sistema monárquico. A manera de referencia, podemos decir que todo feudo estaba regido por la normativa emanada del señor feudal, por potestad del rey, así como de los edictos eclesiásticos. La gran cantidad de feudos y autoridades edilicias con poder legislativo fue una de las razones por las que el sistema de fuentes jurídicas llegó al caos y a su colapso total. Esta experiencia sugirió al nuevo régimen a centralizar la potestad normativa en el Estado y en una sola fuente primordial, la ley.

13. "...fue el romano en su expresión más genuina (la clásica) un derecho jurisprudencial, entendiendo la *iurisprudentia* en el sentido de criterio o doctrina del jurista, denominado en Roma jurisprudente o jurisconsulto", en Aldo Topacio Ferretti, *Derecho Romano Patrimonial*, México DF, Universidad Autónoma de México, 1992, p. 7.

14. El silogismo judicial tampoco logró erradicar la incertidumbre de las decisiones del juez. Por el contrario, al tratarse de mandatos, expresados a través del lenguaje, son susceptibles de presentar conflictos semánticos y sintácticos. Así, una de las críticas que Manuel Atienza hace de la teoría de MacCormick es precisamente que este auto otorga el valor de *verdad* a la norma, negando así la posibilidad de establecer inferencias, lo cual no parece ser muy acertado. Manuel Atienza, *Las razones del Derecho*, México DF, Universidad Autónoma de México, 2005, pp. 138-139. La teoría del valor verdad que MacCormick atribuye a la norma es superada por la teoría de la *verdad consensual* de Habermas; y ésta, a su vez, influye en gran medida en la Teoría de la Argumentación Jurídica de Alexy, toda vez que ambos autores ven a la argumentación, en general, como un ejercicio discursivo estratégico que busca el éxito proporcionado por la fuerza del mejor argumento; el cual, según Alexy, está dado si, y solo si, se agota un procedimiento racional que él incorpora a su obra. De ahí que, tanto la teoría de Alexy como la de Habermas, son teorías argumentativas de tipo procedimental-discursivo.

ciaba sus limitaciones en la imposibilidad de prever toda situación conflictiva que pudiese presentarse en la vida social y cuando su pesada carga normativa producía contradicciones con otros preceptos de igual valor y jerarquía.¹⁵ Estas antinomias, de primer grado, eran resueltas mediante criterios de interpretación que, al no estar condicionados a criterios de prelación, creaban grandes espacios de discrecionalidad judicial, lo cual es contrario a todo ideal de certeza que inspiraba la instauración de este régimen.¹⁶ Finalmente, la pluralidad de métodos de solución de antinomias planteaba la dificultad de escoger entre los métodos aplicables al caso, lo que dio origen a las denominadas antinomias de segundo grado.

Hoy en día, una vez identificadas las falencias del sistema liberal y en franco proceso de superación, la academia busca encontrar el justo equilibrio entre las razones normativas *a priori*, basadas en el texto de la ley, y los parámetros de la *razón práctica* con los que aporta el juzgador para dar respuesta a aquellos casos no previstos por la norma positiva o previstos de forma errónea o insuficiente. El neoconstitucionalismo no es más que un acercamiento entre dos tradiciones jurídicas, nacidas de un mismo tronco común (Derecho romano-germánico), cuyas fuentes fueron adquiriendo mayor o menor relevancia, durante los siglos XVIII y XIX, por imposición de puntos de vista más ideológicos que técnicos y más políticos que hermenéuticos. Así, los sistemas de tradición anglosajona (*common law*) mantienen con mayor fuerza la tradición casuística original; los de tradición europeo-continental optaron por dar a la ley el carácter de fuente jurídica principal, bajo la falacia de la certeza y seguridad jurídica.¹⁷ Nos queda claro que tal distinción fue marcada por la confianza o desconfianza que cada sistema tenía en sus jueces y la capacidad de maniobra política de grupos heterogéneos con poder para diseñar el modelo jurídico. Pese a todo esto, la tendencia está marcada por un retorno hacia esa funcionalidad, racionalidad y justificación que caracteriza a las decisiones jurisdiccionales. Esto conlleva la modera-

15. Para resolver reales o aparentes conflictos normativos se crearon los denominados métodos de solución de antinomias (método literal, exegético, cronológico, jerárquico, de especialidad, entre tantos otros). No obstante, al no existir jerarquía entre estos criterios de solución de conflictos normativos, se evidenció la existencia de antinomias de segundo grado. Este tipo de contradicciones se presenta cuando la utilización de un método de solución de antinomias primarias puede llevar a una conclusión contraria a la que se obtendría en aplicación de otro, lo que nos encerraría en un círculo vicioso en el que el juez tiene la posibilidad de decidir a su antojo. Jerónimo Betegón Carrillo, Mariana Gascón Abellán, Juan de Páramo Arguelles y Luis Prieto Sanchís, *Lecciones de Teoría del Derecho*, Madrid, McGraw-Hill, 1997, pp. 169-284.

16. Gustavo Zagrebelsky, "Del Estado de derecho al Estado Constitucional", en *El Derecho Dúctil. Ley, Derechos y Justicia*, Madrid, Trotta, 1997, 2a. ed., pp. 21-47.

17. Podemos notar que la jurisprudencia, en los sistemas de tradición liberal, no deja de ser fuente de derecho, aunque se trate de una fuente secundaria o instrumental, al igual que la legislación en los sistemas de tradición inglesa; queda claro, entonces, que no se trata de fuentes incompatibles entre sí. Por tanto, el acercamiento al que nos hemos referido no es más que la vigorización de las fuentes secundarias, para equilibrarlas a las primarias, según corresponda a uno u otro sistema.

ción progresiva del esquema legalista estatal puro hacia la adopción de un modelo intermedio que, por su versatilidad, pueda ser capaz de armonizar los usos regulativos del *common law* y del sistema positivista de origen jacobino francés.

En suma, las relación entre la norma positiva y jurisprudencial ha variado según el sistema de fuentes acogido y la preponderancia que los grupos de poder le han otorgado a una u otra en el tiempo y el espacio. Lo cierto es que, “la jurisprudencia está inmediatamente condicionada por las leyes; pero las leyes lo están, a su vez y no en menor medida, por la jurisprudencia, ya que es ésta la que determina el alcance de aquellas y moraliza su contenido”.¹⁸ Pese a los intentos del positivismo reduccionista que pretendía hacer del Derecho una ciencia cerrada, abstracta, de aplicación mecánico-silogística y capaz de explicarse por sí misma, jamás se logró desterrar del Derecho su vocación de herramienta social, cuya finalidad no pudo ser otra que la satisfacción de necesidades humanas individuales y colectivas.¹⁹ Así, el sistema absolutista veía como única fuente genuina de derecho al Rey; el sistema liberal, a la ley emanada del parlamento; hasta llegar hoy al reconocimiento de la Constitución como norma jurídica suprema que reconoce a la jurisprudencia de las altas cortes como fuente principal de creación de derecho pero que, dada su reciente data, especialmente en cuanto a lo que al precedente electoral se refiere, por el momento no podemos hablar más que de un sistema en pleno proceso de construcción.²⁰

Lo que marca la ruptura entre el sistema jurídico del *common law* y el europeo continental es que, en el primer caso, su formación y desarrollo es esencialmente judicial. Esta expresión jurídica se construye, reconstruye y deconstruye, de acuerdo con las necesidades sociales concretas, fundamentalmente por acción de la regla del *stare decisis* según “...la cual el juez, al decidir el caso a él sometido, está vinculan-

18. Alejandro Nieto García, *Crítica a la Razón Jurídica*, Madrid, Trotta, 2007, p. 84.

19. Quizá el mayor representante de la concepción positivista escéptica es Hans Kelsen. En su *Teoría Pura del Derecho* nos habla de sistemas cerrados estructurados de forma piramidal en la que toda norma, para existir como parte de ese todo sistémico, debe fundamentarse en otra norma, positiva, ubicada en el peldaño superior de la pirámide, hasta llegar a una “norma hipotética fundamental” que legitima a todo el ordenamiento en su conjunto. La concepción opuesta puede ser encontrada en John Finnis. Este filósofo *iusnaturalista* hace depender a la legitimidad de la norma jurídica, no en otra norma esencialmente parecida, sino en su consonancia con los que el autor denomina los “siete bienes básicos” para la existencia humana. Para Finnis estos son: la vida; el conocimiento; el juego; la experiencia estética; la sociabilidad o amistad; la razonabilidad práctica; y la religión. Todos ellos dependerían de otras pautas metodológicas que permitan su verificación práctica. Así, la creación de la norma jurídica se fundamenta en la persecución de objetivos sociales prácticos. *Plan Nacional de Formación y Capacitación de la Rama Judicial*, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, Consejo Superior de la Judicatura, Bogotá, 2008, 2a. ed., pp. 34-45.

20. El artículo 424 de la Constitución ecuatoriana reconoce su carácter de “norma suprema” que, por el hecho de ser tal, prevalece por sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público.

do por los precedentes judiciales, o sea, por la sentencia dictada por los jueces al decidir casos análogos...”.²¹

Como fuente principal creadora de derecho, una sentencia tiene el vigor de producir no solamente efectos subjetivos o *interpartes*, debido a su esencial función de resolver casos concretos; también produce efectos objetivos o *erga omnes*, por tener la capacidad de condicionar la solución de casos análogos futuros. Para ello, el operador de justicia debe realizar una primera interpretación comparativa de los presupuestos fácticos que produjeron la traba de la *litis* para poder establecer criterios de analogía, lo cual se logrará separando los hechos esenciales de los meramente circunstanciales o que aportasen con información auxiliar para proceder con el estudio de los primeros.

Si existiese correspondencia entre los hechos esenciales de un caso resuelto con anterioridad y uno en plena discusión, se deberá acceder a un segundo nivel de análisis analógico; esto es, a distinguir la denominada *obiter dicta* de la *ratio decidendi*. La *obiter dicta* está conformada por argumentos auxiliares o retóricos que no resuelven el problema central del caso y, por tanto, no constituyen regla jurisdiccional con efectos generales y abstractos. Es decir, para identificar a la *dictum* de un fallo será preciso remitirse a la parte resolutive del mismo para identificar las razones específicas que lo resolvieron. Los argumentos gravitacionales de la sentencia constituyen su *ratio decidendi*. Esta razón central de decisión no crea solamente una norma con efectos *erga omnes*, también permite conocer el método argumentativo utilizado por el juzgador originario para conocer si los criterios adoptados por él crearon una subregla de derecho positivo o si, por el contrario, aplica la ley u otra norma secundaria, sin beneficio de inventario. En definitiva, si bien la norma creada por intervención judicial se encuentra en la parte motiva del fallo o auto que da fin al proceso, no todas las razones que sustentan la decisión del juzgador constituyen precedente jurisprudencial, en sentido estricto.

La regla vinculante que emana de un fallo, es decir, su *ratio decidendi*²² no solo precisa el sentido mismo de la regla positiva, lo que podría hacer por medio de la expedición de sentencias interpretativas o resoluciones de carácter general, al estilo de la jurisprudencia de conceptos, sino que es capaz de crear una regla inédita, inde-

21. Francesca Moretti, “El Precedente Judicial en el Sistema Inglés”, en Francisco Galeano, comp., *Atlas de Derecho Comparado*, Madrid, Fundación Cultural del Notario, 2000, p. 29.

22. Autores como Carlos Bernal Pulido, en *El Derecho de los Derechos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, pp. 176-177, reconocen tres partes dentro de una misma sentencia: *Decisum*: Constituye el fallo o solución para un caso en concreto; *Ratio Decidendi*: Citando jurisprudencia colombiana (Sentencia C-569) “contiene las razones jurídicas que orientan la decisión judicial”; y *Obiter Dicta*: que son “... afirmaciones, casi siempre teóricas, de carácter muy general y abstracto, que solo cumplen un papel secundario en la fundamentación”.

pendiente, autosuficiente, y capaz de ser subsumida en casos posteriores. En tal virtud, el precedente jurisprudencial constituye no menos que una norma positiva, cuasilegislativa, con capacidad de subsunción para casos posteriores.

Para ello, el derecho de los jueces utiliza una infinidad de metodologías en la creación de su *doctrina probable*; no obstante, retornará el método subsuntivo para la aplicación de la subregla establecida. En tal virtud, no se trata de abrir paso a la arbitrariedad o conceder al juez poderes omnímodos incuestionables, similares a los del rey bajo el sistema absolutista; por el contrario, el juez, en el ejercicio de sus funciones, va autolimitándose por el poder gravitacional de sus pronunciamientos. Por otra parte, al adoptar decisiones jurídicamente sustentadas en otras fuentes del Derecho, por efecto de su obligación de motivar, ya no podría, como en el sistema anterior, elegir la premisa mayor o norma que lo condujera hacia una conclusión preconcebida, sino que en la inmensa mayoría de casos deberá ser fiel a su criterio. Una actitud contraria, sin una vasta justificación jurídica, contravendría al principio de igualdad formal y material. En suma, el sistema de precedentes jurisprudenciales impone al juzgador la obligación de proyectarse en el tiempo e imaginar casos análogos posteriores en los que se pueda aplicar el precedente en construcción, sin que esto pueda conllevar a sentencias absurdas.

Este ejercicio de proyección a futuro previene que el precedente, creado con fines meramente coyunturales, no alcance niveles mínimos de estabilidad y con ello desprestigie a la autoridad creadora. De esta forma, los jueces van legitimando sus actuaciones o desgastando su imagen ante la opinión pública. Asimismo, constituye para los justiciables una garantía a ser tratados de igual manera, cuando se encontrasen en situaciones jurídicas similares. De ahí también se desprende el carácter vinculante del precedente jurisprudencial, inclusive para aquellos organismos con capacidad de producir *autoprecedentes*.

En esta línea, el principio de cosa juzgada también adquiere una connotación diferente, no solo en relación al caso resuelto (cosa juzgada explícita),²³ sino en cuanto al tema, materia de análisis o interpretación, por marcar el camino por el que deberán transitar los casos análogos posteriores. Suele hablarse de cosa juzgada explícita

23. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha relativizado el principio de cosa juzgada ya que ésta no puede ser tenida como definitiva cuando existe un caso de cosa juzgada aparente, irrita o fraudulenta. En el caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Sentencia de fecha 26 de septiembre de 2006, párrafo 152, la CIDH determina que no es aplicable el principio *ne bis in idem* en cuanto no constituye un derecho absoluto cuando: 1. el sobreseimiento del acusado pretende la impunidad de la persona acusada de violación a los derechos humanos; 2. el proceso no cumplió con el principio de imparcialidad por parte del juzgador; y 3. no existió intención real de someterlo al acusado al poder de la justicia. Noguera Alcalá Humberto, "Los Desafíos de la Sentencia de la Corte Interamericana en el Caso Almonacid Arellano", p. 311, disponible en: http://www.iidpc.org/revistas/7/pdf/313_333.pdf

en alusión a la *ratio decidendi* de un caso que es capaz de condicionar el modo en el que se resolverán casos futuros, como regla general.

En sentido inverso, la doctrina judicial permite al operador aplicar el mismo proceso de identificación de la *ratio decidendi* para prevenir al juzgador, a la luz de la estructura de los hechos relevantes, que se trata de un nuevo caso por lo que la adopción de tal o cual criterio no significaría inobservancia del precedente alegado por quien pretende aplicarlo como regla jurisprudencial aparente, por tratarse de un elemento meramente retórico o auxiliar incorporado al caso previo. Así, la disanalogía también constituye una garantía para el justiciable, en cuanto impide que cualquier elemento de una sentencia sea considerado y aplicado como obligatorio; lo que limita, asimismo, posibles arbitrariedades por parte de los jueces, toda vez que no podrán ampararse en cualquier elemento argumentativo para llegar a una solución antojadiza del caso.

Ahora bien, tampoco podemos llegar a la extrema radicalización del valor vinculante del *heteroprecedente*. Si bien los fallos precedentes obligarían al trato judicial igualitario en pro del derecho a la igualdad, un precedente rígido a extremo podría colisionar con el principio de independencia interna y externa que el artículo 168, numeral 1 de la Constitución concede a los órganos de la administración de justicia. Una de las respuestas que se ha dado para resolver este dilema, tendencia con la que concuerdo, es encontrar el punto de equilibrio entre estos dos principios constitucionales en la obligación argumentativa impuesta a jueces y juezas. En este sentido, el precedente vertical (fallos de las altas cortes) y horizontal (sentencias de judicaturas de igual o menor jerarquía) debe ser obedecido, mientras no existan razones jurídicas necesarias y suficientes que justifiquen un alejamiento del criterio adoptado. Esto favorece al principio de igualdad; no obstante, en caso de existir razones suficientes, el juzgador, en ejercicio de su independencia funcional podrá apartarse del precedente, siempre justifique a satisfacción tales razones. Así, pese a sacrificarse el derecho a la igualdad, este esfuerzo sería entendido como necesario en cuanto beneficia al sistema en conjunto, porque permite su perfeccionamiento sin que esto nos pueda llevar al libertinaje judicial.²⁴

La creación de derecho por medio de sentencias es atribuible, por mandato expreso de la propia Constitución, a la Corte Constitucional, a la Corte Nacional de Justicia y al Tribunal Contencioso Electoral, dentro del ámbito de sus respectivas competencias; de donde se deriva la importancia de aprender a operar, aplicar y razonar desde la lógica del denominado derecho de los jueces. Naturalmente, no puede sino obligar a los propios operadores de justicia a capacitarse y a capacitar a su personal

24. Sentencia C-037-/96, Corte Constitucional (Colombia).

para manejar adecuadamente esta herramienta. La errónea utilización de esta fuente de derecho, por parte de las judicaturas en general, podría fomentar un crecimiento desordenado, desorientado e innecesariamente abundante del derecho judicial y por tanto, incurrir, no solo en las criticadas falencias del sistema legislativo que motivo el resurgimiento del derecho judicial como fuente jurídica primaria, sino que además puede ser fuente de contradicciones con las demás fuentes jurídicas, lo que repercutiría desfavorablemente en la constante legitimación que las cortes necesitan de la ciudadanía para fortalecerse, pero que a su vez obliga a un autocontrol y al manejo prudente de tales herramientas para evitar su desbordamiento.

El cambio de paradigma en cuanto a las relaciones que deben existir entre las diversas fuentes normativas no se agota con el equilibrio entre el valor vinculante de la norma positiva y jurisprudencial; por otro lado, encontramos al desafío de comprender y manejar una nueva forma de concebir al derecho, un novedoso escenario para satisfacer lo que hasta hoy serían inauditos canales de relaciones entre jueces de igual o diferente nivel jerárquico, entre ellos, en sus relaciones internas y de estos con los demás sectores de la sociedad.

En tal sentido y como regla general, el sistema de precedentes es jerárquico, de allí que la Constitución se refiere expresa y únicamente a las tres judicaturas del más alto nivel. En este sentido, sus fallos vinculan a la decisión de jueces inferiores, así como a las del propio emisor de la regla (*autoprecedente*). Sin perjuicio de ello, el creador de la *ratio decidendi* e incluso el juez inferior, aunque de forma excepcional, pueden separarse de la norma judicial.²⁵ En ambos casos, el disidente estaría imponiéndose a sí mismo una fuerte carga argumentativa que justifique el error en el que ha incurrido el superior o la improcedencia de aplicar dicho precedente al caso nuevo. Esta posibilidad cabe por la independencia que aún bajo sistema de precedentes mantienen los jueces inferiores aunque de forma atenuada. En el primer caso, (*distinguishing*) el nuevo precedente se superpondría al anterior,²⁶ sustituyéndolo y, consecuentemente, derogándolo. En el segundo escenario, el juez *a quo* emitiría una regla que no vincula pero que posee capacidad persuasiva respecto del superior y este, a su vez, si lo considerare oportuno, podría adoptarla como propia y cambiar su precedente. Podría acontecer que el juez inferior cree precedente, si en virtud de la revisión del caso por parte de las altas judicaturas, se toma como correcto el criterio del inferior; lo mismo ocurriría con el criterio del abogado que llega a ser aceptado por el juez de instancia y da inicio a la cadena anterior. Se puede hablar entonces de

25. Esta práctica de la Corte Constitucional colombiana es contraria a la tradición establecida por la mayoría de los sistemas *anglo-sajones*. En estos ordenamientos, los jueces inferiores no pueden separarse del *stare decisis* alegando cambios contextuales que evidencien errores del precedente o que propugnen adecuaciones a los mismos.

26. Como si se tratase de una *lex posteriori*.

un “precedente persuasivo”, el mismo que con la sola decisión del superior podría convertirse en norma jurídica, con efectos generales y abstractos. Se establecen pues, nuevas y más influyentes relaciones, tanto horizontales como verticales, dentro de los propios organismos jurisdiccionales.

Una de las especificidades del sistema electoral de precedentes, en relación a sus similares, consiste en que no todos los precedentes emanados del TCE poseen la misma jerarquía normativa. Así, aquellos principios que se creasen a partir de la delimitación del contenido esencial²⁷ de los derechos fundamentales de participación poseerían un rango constitucional; es decir, pasarían a formar parte del denominado *bloque de constitucionalidad*, por lo que prevalecerían por sobre la ley y por sobre sus propios precedentes que tratasen sobre asuntos de mera legalidad. El bloque de constitucionalidad está compuesto por “...normas constitucionales que no aparecen directamente en el texto...”²⁸ Por otro lado, muchos de los preceptos que fundamentan las decisiones del tribunal en cuestión se refieren a asuntos legales o de procedimiento. Esto quiere decir que adquirirían una relevancia idéntica a la de la ley, tanto orgánica como ordinaria, según fuese el caso. El esquema planteado, en razón de la materia, le estaría vetado a la Corte Nacional a cuyo sistema de precedentes se le extrae aquellos asuntos de *legalidad electoral*. Por su parte, la Corte Constitucional podría crear jurisprudencia en materia electoral pero solo en asuntos de mera legalidad, ya que solo en dicho caso tales sentencias podrían llegar a conocimiento de esta Corte, por medio de la interposición de un eventual recurso extraordinario de protección, previsto en el artículo 94. En cuanto a los pronunciamientos derivados de las garantías fundamentales de tipo jurisdiccional, de tutela de derechos de participación, la Corte Constitucional podría establecer jurisprudencia, pero no por vía de recursos o acciones residuales, sino como resultado de su revisión, previa selección de causas emblemáticas, de la misma forma en la que procede respecto de las sentencias dictadas por las Cortes Provinciales en materia de acción de protección, hábeas corpus, hábeas data, acceso a la información pública puesto que, en este tipo de casos, el TCE actuaría como juez constitucional de última instancia.

Si aceptamos que el precedente jurisprudencial-electoral constituye una norma jurídica autónoma con carácter y efectos *erga omnes*, cabría plantear la posibilidad de someterlo a un control abstracto de constitucionalidad. En tal sentido, las personas y organismos legitimados por la Constitución para prestar una acción de inconstitucio-

27. Sobre la teoría del contenido esencial de los derechos fundamentales se puede consultar Pedro Serna y Fernando Toller, *La Interpretación Constitucional de los Derechos Fundamentales*, Buenos Aires, La Ley S.A., 2000, pp. 37-75.

28. Rodrigo Uprimny, *Derechos Humanos y Nuevo Procedimiento Penal*, http://dejusticia.org/admin/file.php?table=documentos_publicacion&field=archivo&id=46, p. 2.

alidad sobre actos normativos podrían dirigir dicha acción en contra de la norma jurisprudencial emanada de cualquiera de las tres altas cortes, inclusive de la propia Corte Constitucional. En materia electoral, ésta sería la única vía por la cual el Consejo Nacional Electoral o sus organismos descentralizados podrían alcanzar la derogatoria de un precedente sin la necesidad de contar con el visto bueno del Tribunal Contencioso. Las consecuencias de este planteamiento serían dos: por una parte, el sometimiento de la norma creada por todo juez al control abstracto de constitucionalidad, para determinar su coherencia con el sistema ofrecería la posibilidad de modular o derogar el precedente, en defensa de la Constitución; por otra parte, una resolución favorable al precedente lo blindaría de tal manera que no podría volver a cuestionarse sobre su ilegitimidad, en virtud del efecto de *cosa juzgada constitucional* que obtendría.

En definitiva, un cambio de precedente tendría la facultad de derogar al anterior, pese a que la constitucionalidad del derogado no podía estar sujeta a discusión. Esto impone al juzgador disidente una carga argumentativa adicional. No se trataría de determinar cuál es más o menos constitucional porque no puede haber niveles de gradación sobre el tema, pero cabe identificar cual de los dos criterios favorecen de mejor manera al pleno ejercicio de derechos fundamentales, en atención al principio de interpretación *pro homine*. Lógicamente, el nuevo precedente deja abierta la posibilidad de un nuevo examen de constitucionalidad. En todo caso, toda vez que la Corte Constitucional está en la facultad de modular²⁹ los efectos de sus sentencias, no sería absurdo que encontrándose vicios de inconstitucionalidad en el nuevo precedente establezca para él un sentido interpretativo vinculante; así también, podría devolver a la vida jurídica al precedente anterior.

Otro punto a favor de la creación judicial del derecho radica en su mayor riqueza deliberativa y técnica durante su proceso de formación, en comparación con el dere-

29. Las cortes constitucionales, en la actualidad, han abandonado el sistema *kelseniano*, según el cual actúan únicamente en calidad de legisladores negativos. La nueva posición se fundamenta en que los vacíos que se pueden producir por la asequibilidad total de la norma pueden ser aun más perjudiciales que dejarla operar, pese a ser identificada como inconstitucional. Por tal motivo, hoy hablamos de *sentencias aditivas*, cuando se agrega texto a la norma inconstitucional; *sentencias reductoras*, cuando se reduce su texto; y *sentencias interpretativas*, cuando se determina la forma en la que se debe concebir a la norma. Todos estos tipos de sentencias buscan ajustar el contenido de la norma inconstitucional de acuerdo con los principios y estándares constitucionales sin tener que llegar al extremo de derogarla en su totalidad. Las cortes pueden además dictar textos normativos provisionales o *sentencias sustitutivas*, con fuerza de ley, que estarán vigentes hasta que la Legislatura, con la legitimación democrática que le es propia, dicte la norma que regirá de manera definitiva. De esta forma de control de constitucionalidad se desprende la posibilidad de exhortar a la Asamblea Nacional para que en un período determinado de tiempo dicte la norma correspondiente, produciéndose a su vez una potencial causal para exigir tal acción por medio de la acción por incumplimiento (art. 93 Constitución de la República). Rodrigo Escobar Gil, "La modulación de las sentencias de control constitucional", en *Jornadas Internacionales de Derecho Constitucional*, Quito, Tribunal Constitucional del Ecuador, 2007, pp. 235-264.

cho legislativo. En este caso, bastaría que un grupo o bancada poseyera la mayoría requerida para cada caso, para que la Asamblea Nacional aprobare un texto; claro está que a ello debemos sumar la favorable predisposición política del Presidente de la República para que tal o cual iniciativa no se vea frustrada por un veto total o parcial y de esta forma pueda constituirse en ley de la República. En contraposición, la creación del derecho judicial surge del debate técnico-jurídico y no de negociaciones y concesiones entre conveniencias de sectores sociales dotados de poder; por tanto, el precedente jurisprudencial no constituye obra de autoría exclusiva del juzgador, es una fuente cuyo proceso dialéctico de formación va nutriéndose de aportes argumentativos confrontados entre sí, lo que obliga a debatir entre interpretaciones técnico-jurídicamente viables y razonables, a la luz de fuentes nacionales, internacionales, de derecho comparado, apoyo de criterios doctrinarios, investigaciones jurisprudenciales, estudios sobre la evolución histórica de la institución y aportes inéditos de los propios operadores intervinientes. Con ello, la jurisprudencia se presenta como una fuente de mayor elaboración, pensada y justificada argumentativamente³⁰ por la autoridad jurisdiccional. La exposición de motivos que el legislador incorpora a la ley no es comparable a la motivación jurisdiccional en cuanto a su detalle y especificidad. Esto no quiere decir que el juez y, peor aún, el juez electoral elimine, por completo, la dimensión política de sus fallos, solamente que su espectro de decisión se ve reducido a criterios de juridicidad y no de meras conveniencias corporativistas. Tampoco quiero decir que el marco de acción del juez elimine la discrecionalidad, ya que éste seguirá contando con una gran variedad de fuentes y métodos de interpretación y aplicación que bien podrían dar soluciones distintas a casos similares. Lo que se alcanza es que el propio juzgador se autolimita y garantiza un trato igual a personas que se encuentran en situaciones jurídicas iguales.³¹

30. En este sentido, el realismo jurídico norteamericano, representado fundamentalmente por Ross, lleva al valor justificativo de la argumentación judicial al extremo de hablar de decisiones arbitrariamente concebidas por el juez, maquilladas de tal manera que pueden llegar a persuadir a la ciudadanía por su contenido retórico más no porque se trate de una decisión predeterminada por el Derecho. Cabe señalar que el realismo jurídico, al igual que la escuela del *Derecho Libre* y la denominada *Jurisprudencia de Intereses*, surgen en el paso del siglo XIX al XX como una respuesta al *positivismo ingenuo* que concebía al Derecho como un sistema completo, coherente y claro y, por tanto, autosuficiente. Pienso que si bien la motivación busca persuadir sobre la corrección y validez del razonamiento jurídico, no es menos cierto que las razones en las que el juez asienta sus argumentos son criterios técnico-jurídicos preestablecidos, que no necesariamente corresponden a la ley, puesto que, según lo venimos diciendo, ésta no constituye la única, ni siquiera la más importante fuente de derecho. José Antonio García Amado, "Interpretar, argumentar, decidir", en *Anuario de Derecho Penal 2005*. Estudio monográfico sobre interpretación y aplicación de la ley penal, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú / Universidad de Friburgo, 2005, pp. 2-9. Disponible en www.geocities.com/jamagamado

31. Quienes desarrollaron el criterio intencionalista de la jurisprudencia sostienen que el juez, generalmente, elabora su fallo en sentido inverso al carácter silogístico que se le atribuyó al derecho legislativo. Así, estos autores sostienen que el juez empieza por la conclusión; es decir, por la parte resolutive; luego de lo cual busca los argumentos necesarios para justificar la solución dada al caso con antelación.

En esta línea de pensamiento, más allá del debate que existe en el seno de todo tribunal a lo largo de la sustanciación de una causa, la decisión que adoptará el juzgador para dar por terminado el conflicto se va nutriendo y adquiriendo fuerza argumentativa. En tal sentido, el juez no solo está en la obligación de exponer los motivos que condicionaron su parecer, sino también de argumentar sobre las razones por las que la posición de una o de ambas partes no son las idóneas para resolver el conflicto materia de estudio. Por otro lado, los casos no poseen una sola posibilidad de resolución legítima. Muestra de ello son, o pueden ser, los votos salvados, razonados y/o concurrentes que ciertos magistrados formulan para justificar las razones por las que se separan o concurren con el fallo de mayoría, posibilidad que coincide con el principio de independencia interna de juezas y jueces. La regla creada en la disidencia judicial, pese a no constituir, *prima facie*, un precedente vinculante, puede llegar a serlo si con posterioridad la corte o tribunal la adopta como propia. De ahí la trascendencia, no solo de los criterios judiciales vinculantes, sino también de los disidentes y de la fuerza argumentativa y persuasiva de unos y otros, en torno a un contexto delimitado por los hechos materia de controversia.

Por lo dicho, todo aporte, recogido o no por el organismo jurisdiccional en sus votos de mayoría, votos salvados y concurrentes, es importante para la producción jurisprudencial de la corte o tribunal, con sus consecuentes repercusiones en el sistema en conjunto. En el peor de los casos, tales razonamientos son valiosos, así fuese para descalificarlos, toda vez que la guerra argumentativa y la derrota racional de los criterios calificados como erróneos o impertinentes fortalecen al precedente adoptado, en proporción a la calidad de la parte motiva de cada uno de ellos.

En este sentido y toda vez que esta vía de creación de derecho incumbe a todos los operadores del sistema de justicia, es necesario cambiar los métodos tradicionales de formación de abogadas y abogados, así como romper muchos de los esquemas dogmáticos de los ya titulados. El profesional del derecho tiene que dejar de ser un mero conocedor de la ley para convertirse en un verdadero jurista, capaz de aportar al criterio del juzgador con herramientas científicas e investigaciones jurídicas profundas, pero, por sobre todas las cosas, debe autoformarse y, en consecuencia, presentarse en la práctica diaria como un experto argumentador y pensador de lo jurídico. El sistema depende de la diaria capacitación del abogado para nutrirse.

Con la siguiente cita pretendo ilustrar la forma en la que los sistemas jurídicos, por medio de su propia jurisprudencia, van enmendando errores, complementándose y renovándose a sí mismos, con la finalidad de adaptar sus pronunciamientos a los cambios sociales y conceptuales. El sistema de precedentes es un modelo en constante autodepuración por la sola presentación de nuevos casos, lo que obliga a la confrontación y actualización de las tesis adoptadas en casos anteriores en contraposición con los criterios esgrimidos por la parte a la que no interesa la prevalencia del

criterio precedencial, característica reconocida y muy valorada por el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos.

Esta Corte ha, pues, incurrido, en su mayoría, en un grave error en su anterior Sentencia en el caso de la comunidad indígena Yakye Axa versus Paraguay [...] no solo en cuanto al derecho material aplicable (atinente al derecho fundamental a la vida en su amplia dimensión y el derecho a la identidad cultural, *supra*), sino también en materia de derecho procesal. Sin embargo, ha rectificado dicho error en la Sentencia que viene de emitir la Corte en el presente caso de la Comunidad indígena Sawhoyamaxa, y ha retomado así la línea de su más lúcida jurisprudencia al respecto.³²

No podemos pensar siquiera en la infalibilidad de las autoridades jurisdiccionales, tampoco creer que sus decisiones pueden o deben mantenerse estáticas a lo largo de los siglos. Si bien es cierto "...que en las sentencias no pueda existir de hecho algún grado de discrecionalidad, sino que institucionalmente el juez viene llamado no a elegir una solución entre varias posibles, sino a adoptar solo una solución, la correcta o la más correcta",³³ podríamos sostener que el dinamismo que caracteriza al derecho nacido de la casuística hace que todo precedente sea puesto a prueba cada vez que se sustanciare un caso análogo. Esta característica particular de la jurisprudencia es más evidente cuando existen procesos de renovación de magistradas y magistrados que incorporan al debate nuevos elementos de juicio que, así como pueden fortalecer al precedente, podrían derribarlo, con las consecuencias conocidas por el lector. Todo esto fortalece, afina y reconstruye al precedente adoptado sobre la base de los mismos cimientos; lo depura; lo confronta con otras posiciones; lo actualiza; afianza o deroga.

Es diferente lo que ocurre en los sistemas legalistas tradicionales que irremediablemente tienden a envejecer hasta llegar a su total obsolescencia, lo que evidentemente genera la tan atemorizante inseguridad jurídica puesto que el juez tendrá que adecuar, a discreción, el contenido de una norma, que por anacrónica se encuentra fuera de contexto. La experiencia indica que la estabilidad alcanzada por los sistemas jurídicos ha sido más estricta en aquellos de tradición casuística. Generalmente, los criterios adoptados por la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de Norteamérica, por ejemplo, se han mantenido a través no solo de los años, sino inclusive de los siglos.³⁴ Por el contrario, los sistemas legalistas, por el natural envejeci-

32. Voto razonado del juez A.A. Cançado Trindade, Caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay, Corte Interamericana de Derechos Humanos.

33. Luis Prieto Sanchis, *Apuntes de Teoría del Derecho*, Madrid, Trotta, 2007, 2a. ed., p. 222.

34. El sistema norteamericano ha experimentado verdaderas revoluciones jurídicas originadas en su sistema de justicia. Podemos citar al caso *Brown contra en Consejo de Educación*, de 1957, por el cual se eliminó la disgre-

miento de la norma abstracta, se ven en la obligación de reformar o sustituir continuamente su norma positiva. La estabilidad de los sistemas jurisprudenciales tiene mucho que ver con el lento, pero armónico, desarrollo de la jurisprudencia. En primer lugar, porque habría que esperar la aparición de un nuevo caso que, por sus propias características, sea capaz de cuestionar al precedente preestablecido; y, en segundo lugar, porque la ampliación o especificación de puntos concretos, dentro del criterio acuñado, no constituye un abandono de éste, sino una modulación o actualización de mismo. El carácter armónico que se le atribuya al sistema de precedentes está dado porque una decisión jurisprudencial ulterior, salvo contadas excepciones, no es capaz de trastocar al sistema como tal, sino a un punto muy concreto de la actividad jurisdiccional; no así el derecho legislativo en el que, cada vez que se dicta un nuevo texto legal, el sistema está obligado a esperar que todos los agentes de justicia lo entiendan y puedan operarlo, lo que implica un período caótico de transición contrario a la formación social de las ciencias jurídicas. Podría resultar paradójico, aunque no improbable, que una vez que el sistema legislativo hubiese llegado a cuajar en la vida jurídica del país, lo que generalmente toma años y un cúmulo de errores prácticos, el texto legal sea sustituido por otro, dando inicio a una nueva transición y con ello a un nuevo círculo caótico.

Por lo indicado, el sistema constitucional ecuatoriano se encuentra y permanecerá, por algunos años, en proceso de consolidación. Razón por la cual he considerado pertinente remitirnos al Derecho comparado, muy concretamente a la experiencia constitucional colombiana, a fin de identificar los métodos y acciones que consolidaron al sistema de precedentes en ese país; todo esto, a fin de encontrar algunas claves que nos permitan errar en la menor medida de lo posible dentro de este proceso experimental del manejo de nuevas fuentes jurídicas primarias, con características propias y metodologías particulares que paulatinamente deberán ser incorporadas a nuestro sistema, aunque con sentido crítico, con identidad propia y de acuerdo con las exigencias de nuestra realidad.

gación de los afroamericanos que, en virtud de este fallo, pudieron acceder a establecimientos educativos tradicionalmente de "blancos". Este fallo rompió la doctrina de "iguales pero separados". Otro caso de altísima importancia fue el *Roe contra Wade*, de 1973, por el cual se consagró el derecho de la mujer al aborto. Estas sentencias paradigmáticas y a su vez creadoras de línea han permanecido en el tiempo y han condicionado la resolución de todos los casos supervinientes. La estabilidad del sistema de precedentes norteamericano está dado por sentencias como la dictada en el caso *Marbury contra Madison*, de 1803, en la que se estableció la competencia de los jueces para realizar el control difuso de constitucionalidad, el mismo que ha tenido influencia en casi todos los sistemas constitucionales contemporáneos.

ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DE LA SENTENCIA: EL PRECEDENTE ESTÁTICO

La obligación de establecer y desarrollar un sistema de precedentes implica necesariamente un cambio en la forma de procesar las sentencias y las diferentes partes que las componen. La labor técnica impuesta en este sentido debería, como de hecho ocurre en la mayoría de los casos, obligar a las altas cortes a poseer un departamento específico y altamente especializado en sistematización de jurisprudencia. Estos centros de investigación judicial deben ser capaces dar interpretaciones cualitativas a la evolución de precedentes; identificar tanto los principios vigentes como los derogados o sustituidos; y, con todos estos insumos, proponer a las autoridades del organismo la adopción de mejores prácticas al respecto.

El investigador deberá iniciar su trabajo con la identificación de problemas jurídicos específicos, tan concretos que de la propia sentencia se pueda extraer una respuesta positiva o negativa. En este sentido, la subregla jurisprudencial se construye sobre la base de un sistema binario de respuestas. Por ejemplo: ¿el juzgador puede ordenar de oficio la práctica de diligencias probatorias? Respuestas posibles sí / no, aunque estas contestaciones pudiesen estar matizadas por condicionamientos o requisitos que pasan a formar parte del precedente. La construcción de una regla, es decir, la determinación de los elementos fácticos que conllevan la aplicación de la consecuencia emanada de la respuesta afirmativa o negativa sobre un problema jurídico concreto, es precisamente el precedente que pretendemos identificar. La norma extraída entre una multiplicidad de argumentos inoficiosos poseerá una estructura muy similar a la legislativa o reglamentaria, de ahí que se debe optar por su sistematización y codificación para que tales hallazgos no se dispersen.

Para la tarea del juzgador es importante contar con archivos vigentes e históricos en torno a la norma jurisdiccional a fin de comprender su evolución y proyección a futuro. En este apartado nos detendremos en el estudio estático del precedente jurisprudencial y en el acápite siguiente expondré técnicas para el desarrollo del análisis dinámico de la norma jurisdiccional.

Se denomina análisis estático de precedentes porque su estudio se circunscribe a una sola sentencia. Toda sentencia posee tres partes estructurales: a) *obiter dicta* o dichos al pasar; b) *ratio decidendi* o razón de la decisión; y c) *decisum*. La última constituye la parte resolutive de la sentencia, lo que el tribunal obliga a una o a ambas partes a dar, hacer o no hacer. En el ámbito del derecho público se trataría de una ratificación, rectificación o modulación de los actos públicos sometidos a decisión jurisdiccional, sin perjuicio de que pudiesen nacer obligaciones positivas o negativas para el Estado, especialmente si se trata de violación de derechos fundamentales. De estas

características se desprende su alcance *interpartes* y, en consecuencia, la irrelevancia de tal dictamen para casos ulteriores. La obiter dicta se ubica en la parte considerativa. Al igual que la ratio decidendi, ambas conforman la motivación de la sentencia y la argumentación lógica en la que se fundamenta la decisum. La diferencia entre ellas radica en el diferente nivel de intermediación que existe entre los argumentos y la solución de la situación jurídica en concreto. Así, la dicta constituye la parte retórica, justificativa y persuasiva que tiene una sentencia para legitimar la decisión adoptada; se puede hablar de un valor instrumental. En sentido contrario, la ratio decidendi es la razón principal por la que se acepta o rechaza la pretensión jurídica de las partes, sin perjuicio de la obligación del juzgador de suplir las omisiones de derecho en las que incurrieren los litigantes; principio *iura novit curia*. En este sentido, la ratio decidendi debe guardar estrecha relación entre la argumentación y la decisión, pero su misión más importante es que de ella se extrae la subregla que configura el precedente. La ratio decidendi es lo que se conoce como *cosa juzgada implícita*, cuyos efectos *erga omnes* condicionan la resolución de casos futuros, por exigencia del derecho a la igualdad formal y a la seguridad jurídica. Se la distingue de la *cosa juzgada explícita*, que guarda relación con la decisum y sus ya citados efectos interpartes. La obiter dicta,³⁵ por tanto, no constituye cosa juzgada en ningún sentido y, en consecuencia, no posee la aptitud jurídica para convertirse en precedente, salvo que en otro caso el mismo argumento retórico se convierta en razón necesaria de resolución, aunque en ese caso pasaría a ser ratio.³⁶

La obiter dicta resulta crucial en ejercicios judiciales de disanalogía. Este método argumentativo puede responder a cuestiones fácticas o a criterios jurisprudenciales. En el último caso porque el criterio que se pretende hacer valer como ratio decidendi no es tal, sino que constituye parte instrumental de la sentencia anterior. En tal virtud, cuando no existe correspondencia entre los elementos fácticos esenciales sobre los cuales se produce la traba la litis, y esto se evidencia en un análisis comparativo entre las partes expositivas de los dos casos pretendidamente asimilables, se puede llegar a concluir que el criterio que decidió el primer caso no es vinculante para el segundo. De aplicárselo, estaríamos ante un nuevo precedente o ante la ampliación evolutiva del primero. En cualquier caso, la carga argumentativa será menos riguro-

35. El carácter persuasivo que se le otorga a la obiter dicta guarda relación con las teorías discursivas de autores como Parelman, MacCormick, Habermas y Alexy, por lo que debe ser vista como una parte vital en la legitimación de la decisión del juez, pese a que su alcance no trascienda a la sentencia.

36. Cuando hablamos de sentencias, lo hacemos en sentido amplio, es decir, nos referimos a decisiones jurisdiccionales que resuelven problemas concretos, incluso de tipo procedimental. En tal virtud, cuando hablemos de sentencias, el lector deberá comprender que en tal concepto se encuentran incorporados autos, decretos, y demás resoluciones en los que se recoja cualquier criterio jurisdiccional no previsto en norma positiva alguna.

sa. El Tribunal Contencioso Electoral en la causa No. 537-2009 aplicó este criterio al decir:

El recurrente hace referencia a la causa No. 421-2009 resuelta por este Tribunal y solicita que se siga el mismo procedimiento. Es cierto que dentro del citado proceso se procedió a ordenar la apertura de urnas, a fin de acercarse al conocimiento de la verdad histórica de los hechos controvertidos, sin embargo, del análisis del mismo se desprende que tal precedente no constituye un caso análogo, capaz de dar respuesta al caso que en esta oportunidad se ventila por no existir la identidad indispensable para el efecto. Así, en aquel caso, los sujetos políticos fueron notificados con resultados parciales y no definitivos como ocurre en este. Por otra parte, este Tribunal con anterioridad a la mencionada diligencia declaró la nulidad de las actas de recuento, situación que en el presente caso ya fue ordenado y ejecutado por la Junta Provincial del Guayas. Finalmente, a la luz del *principio de determinancia*,³⁷ en aquel caso, por haber cuantiosas inconsistencias numéricas, cabía la posibilidad que al recotar los votos, los nuevos datos que se obtuviesen, llegasen a incidir en el resultado final, circunstancia que en este caso tampoco ocurre. En este sentido, la causa 421-2009, pese a constituir jurisprudencia vinculante, resulta inaplicable al presente caso, por las razones de *disanalogía* analizadas, lo que de ninguna manera implica inobservancia ni separación del precedente jurisprudencial legítimamente sentado en la causa 421-2009, el mismo que dicho sea de paso, se encuentra en total vigencia.

La disanalogía, por razones de dicta, se basa en determinar que, pese a que el caso presenta características fácticas esencialmente equiparables, no cabe el método de aplicación jurídica *a pari* o analógica porque la razón que se pretende hacer valer, en el caso en discusión, no corresponde a la ratio decidendi de la sentencia previa. En tal sentido, se deberá extraer la razón esencial del caso precedente para demostrar que la parte retórica de esta causa no determina la decisión actual por no constituir subregla jurisprudencial, en sentido estricto. Un mal manejo de las partes de la sentencia puede hacer que una subregla efectivamente consagrada sea desconocida al presentársela como dicta, o viceversa, en un caso posterior, quedando la genuina tácitamente derogada y la falaz consagrada como precedente. Por otra parte, la errática sistematización de precedentes podría conllevar a su proliferación innecesaria de los mismos. La marea del derecho judicial podría repetir los problemas antirregulatorios ya experimentados por la inflación legislativa.

37. “El juicio de revisión constitucional electoral es procedente, cuando la violación reclamada pueda resultar determinante para el desarrollo del proceso electoral respectivo o el resultado final de las elecciones...”. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Caso: Alianza por Yucatán, Partido Político Estatal vs. Pleno del Tribunal Electoral del Estado de Yucatán, Jurisprudencia No. 7/2008, Gaceta Jurisprudencia y Tesis en Materia Electoral, año 1, No. 2, 2008, p. 37.

El lector podrá observar que, pese a la elaboración de metodologías tendientes a unificar criterios de identificación de precedentes, esta tarea no deja de ser esencialmente hermenéutica, según la cual la interpretación subjetiva del investigador tendrá implicaciones determinantes. Esto no quiere decir que los precedentes serán lo que el departamento de jurisprudencia dice que son, sino que es muy importante que quienes ostenten posiciones de dirección en tales unidades posean una rica preparación y experiencia. El intercambio de funcionarios entre cortes amigas podría ser un método interesante para intercambiar experiencias y obtener nuevas destrezas técnicas.

EL MANEJO METODOLÓGICO DE LA SUBREGLA: EL PRECEDENTE DINÁMICO

Del análisis anterior se aprecia que un adecuado manejo de las sentencias y el establecimiento de una metodología correcta para la identificación y construcción de líneas jurisprudenciales será indispensable para conocer el proceso evolutivo que sigue el derecho judicial, así como conocer los criterios jurisprudenciales vigentes y, por tanto, de directo y obligatorio cumplimiento. Por lo indicado, en este acápite intentaré describir uno de los tantos procedimientos que existen para diseñar una suerte de codificación de las subreglas incorporadas al sistema jurídico, de forma difusa, vía actos jurisdiccionales. Este procedimiento constituye lo que la doctrina da el nombre de análisis dinámico del precedente. A diferencia del análisis estático, no se limita al estudio de una sentencia, sino a la de un nicho decisional que permite identificar, en secuencia cronológica, dichas reglas, así como trazar proyecciones con guía en la evolución de criterios. Naturalmente, el éxito de la identificación de la línea dependerá tanto del estudio estático como del dinámico porque el primero, para bien o para mal, será insumo indispensable para el segundo.

El primer paso que debemos dar en el descubrimiento de una línea jurisprudencial consiste en delimitar el problema jurídico sobre el que buscamos respuesta. La norma jurisprudencial se crea en relación a un caso en concreto. Con esto quiero decir que desde sus orígenes es concebida para dar respuesta afirmativa o negativa a una cuestión jurídica específica. Este sistema binario de respuestas obliga a que la cuestión planteada por el investigador formule una pregunta de cuyo estudio pueda alcanzar una respuesta SI / NO, sin perjuicio que dicha respuesta pueda llegar a condicionarse por requisitos o situaciones establecidas en la misma subregla. En este sentido, la formulación objetiva del problema determinará el éxito o fracaso de nuestro estudio jurisprudencial.

Una vez formulada la cuestión y delimitado el problema jurídico de interés, el investigador deberá encontrar la forma más eficiente posible de acceder a todas las fuentes jurisprudenciales relativas al tema. Se puede utilizar publicaciones oficiales, gacetas, programas electrónicos compiladores de jurisprudencia, aunque lo más recomendable sería acudir directamente a los archivos del tribunal o corte correspondiente y obtener este insumo preliminar de fuente primaria. El profesor López Medina no recomienda guiar la línea de investigativa según citas o referencias obtenidas de textos doctrinarios sobre las diferentes materias puesto que, según nos hace notar, la mayoría de autores, para los propósitos académicos y de opinión que persiguen, escogen sentencias excepcionales, curiosas y/o con importante connotación política. En este sentido, este tipo de sentencias reactivas no representan una muestra válida para identificar el nicho decisional porque no corresponden a un criterio sostenido que pueda integrar el diseño de la línea jurisprudencial que buscamos.³⁸

Una vez identificado el universo de fallos a ser procesados, el investigador procederá a ordenarlos en un sentido cronológico-ascendente, toda vez que se trata de un estudio evolutivo, por lo que cada sentencia deberá estar relacionada con sus predecesoras inmediatas a fin de establecer concordancias o discrepancias decisionales. Así, la identificación de la sentencia creadora de línea tiene sentido por ser la primera; las siguientes, por evidenciar cambios o confirmaciones de tal forma que el último criterio, cronológicamente hablando, será el vigente y exigible en estrados. Un estudio desordenado de la jurisprudencia puede extraviar la labor investigativa y sumergirnos en un laberinto de sentencias dispersas.

En este momento correspondería proceder a identificar la *ratio decidendi* de cada una de las sentencias escogidas como pertinentes, de conformidad con los parámetros y criterios señalados para el análisis estático del precedente, según lo revisado en el acápite anterior. La identificación de la *ratio decidendi* y de la *obiter dicta* de cada sentencia hará que se reduzca considerablemente el nicho decisional del que extraeremos la línea. Esta etapa del proceso requiere un control mayor puesto que depende, en gran medida, de la apreciación subjetiva del investigador. Un error en este procedimiento puede llevarnos a pensar en una eventual contradicción de criterios lo que distorsionaría los resultados que finalmente serán graficados, según el esquema que en adelante se explica.

Ahora bien, una vez que el nicho decisional primigenio ha quedado reducido por efectos de la exclusión de las sentencias que únicamente topaban el tema, como parte retórica de la misma, obtendríamos lo que llamaremos el nicho *decisional objetivo*. Sobre este universo cualitativo de sentencias podríamos proceder con el estudio del

38. Diego López Medina, *El derecho de los jueces*, Bogotá, Legis, 2006, pp. 167-180.

precedente dinámico, propiamente dicho. Debemos advertir que dentro de una misma jurisprudencia no todas las sentencias poseen la misma función ni importancia. Para efectos de identificar a las sentencias de mayor importancia para nuestro estudio, les daremos el nombre genérico de *sentencias hito*. Cada una de las sentencias hito deben ser graficada, según el esquema que ejemplificaremos en adelante, de ahí que constituirán los puntos de enlace por donde cruzará nuestra línea jurisprudencial. Dentro de las *sentencias hito* podemos distinguir entre: a) *Sentencias fundadoras de línea o sentencias bandera*; b) *Sentencias paradigmáticas*; c) *Reformadoras de línea*; y d) *Sentencias confirmadoras de línea*. Las últimas no son necesariamente sentencias hito por no tener elementos creativos; sin embargo, poseen funciones específicas dentro de la línea jurisprudencial.

Las *sentencias fundadoras de línea*³⁹ son los primeros pronunciamientos realizados por un tribunal sobre un punto específico de derecho. Estas sentencias suelen ser amplias, generales y abundantemente retóricas. Estas sentencias suelen evidenciar los esquemas ideológicos manejados por las cortes o tribunales, lo que permite proyectar las posibles respuestas que magistradas y magistrados darán a casos ulteriores. Sus dos misiones más relevantes dentro del sistema jurídico son: a) concretar los preceptos normativos, especialmente principios de alto grado de amplitud, en dirección a resolver un caso en concreto. Por su propia naturaleza dejan espacios lo suficientemente amplios para que los principios rectores, en ellas consagrados, direccionen la producción jurisprudencial posterior.

Podemos decir que, pese a tener la facultad potencial de establecer precedentes, en sentido fuerte, las sentencias creadoras de línea guardan alguna similitud con la denominada jurisprudencia de conceptos, aunque no solo se limiten a interpretaciones en abstracto y son capaces de crear subreglas judiciales. La segunda función que se atribuye a este tipo de sentencias obliga al juzgador a dejar, intencionalmente, posibles indeterminaciones en cuanto a la consecuencia jurídica de un acto o situación determinada. Esta naturaleza amplia de los principios consagrados en la sentencia será sustituida, en períodos de tiempo relativamente cortos, por sentencias que dan respuestas más específicas a los casos en discusión. Las sentencias creadoras de línea proyectan una sombra decisional capaz de agrupar o contener a un conjunto de subreglas derivadas de problemas jurídicos específicos. Este espacio normativo, si bien sigue dejando un importante grado de libertad para el juzgador futuro, no deja de con-

39. En Colombia, estas sentencias predominaron durante el período de consolidación de la Constitución de 1991. En Ecuador, las dos únicas sentencias emitidas hasta el momento, aunque a mi criterio mal llamadas interpretativas (001-08-SI-CC, R.O. 479-S, 2-XII-2008; y, 002-08-SI-CC, R.O. 487-S, 12-XII-2008), poseen las características indicadas para las creadoras de línea lo que nos invita a pensar que, de una u otra manera, la Corte ecuatoriana empieza a transitar por el camino marcado por su homóloga colombiana.

dicionarlo porque va creando marcos decisionales cada vez más reducidos, hasta llegar progresivamente al establecimiento de la subregla. Es decir, identifican el sendero por el que transitará la producción jurisprudencial futura. Las sentencias fundadoras de línea constituirán el punto inicial por donde partirá la línea jurisprudencial, al momento de ser graficada.

Las *sentencias paradigmáticas* son aquellas que van reduciendo la sombra decisional delineada por las sentencias fundadoras, sin que ello implique contradecirlas. Por el contrario, las sentencias paradigmáticas desarrollan los preceptos guías de sus predecesoras, los fortalecen no solo por basarse en ellos, sino por darles eficacia práctica y significado concreto, en conflictos determinados. En este tipo de sentencias es posible identificar subreglas provistas de mayor objetividad. Por su naturaleza, puede existir más de una subregla que de respuesta a diversas controversias sobre un asunto determinado, dentro del mismo espectro decisional dejado por la sentencia fundadora de línea. Por lo general, las sentencias paradigmáticas contienen el precedente vigente o sobre el cual se argumenta para desconocerlo o reformularlo. Eventualmente, puede tener mayor duración en el tiempo en comparación con las fundadoras de línea.

Las sentencias *reformadoras de línea* son aquellas que rompen la armonía decisional impuesta, en un primer momento, por las sentencias fundadoras de línea y desarrolladas, de forma lineal, por las sentencias paradigmáticas que han sido fortalecidas por las confirmadoras de línea. Este tipo de fallos formulan una subregla jurisprudencial que sustituye a la establecida por una sentencia paradigmática, quedando derogada la anterior. Las sentencias reformadoras de línea aparecen como un punto ubicado al extremo opuesto al que encontramos a las sentencias paradigmáticas no disidentes. Este tipo de sentencias deben ser las mejor fundamentadas porque el juez de las que emanan recibe toda la carga argumentativa que representa la no sumisión al precedente preconstituido. Si bien comparten con las dos clases de sentencias, anteriormente descritas, la posibilidad de ser declaradas inconstitucionales, en virtud del control abstracto al que se somete toda norma con efectos *erga omnes*, las sentencias reformadoras se encuentran en mayor situación de riesgo puesto que, en el caso de las fundadoras de línea, por su carácter retórico y amplio, generalmente no hacen sino contextualizar el marco constitucional. En el caso de las paradigmáticas, con el respaldo de las confirmadoras de línea, son sometidas constantemente a revisión por la misma y otras judicaturas, lo que reduce el riesgo de incurrir en vicios de inconstitucionalidad; no así las reformadoras que, como ya se ha dicho, derogan al precedente fortalecido e imponen una nueva regla cuyo único respaldo de legitimación está dado por su nivel justificativo, argumentativo y técnico. Para efectos gráficos, la sentencia reformativa marcaría el punto de inicio de una nueva línea jurisprudencial por lo que se convierte, a su vez, en sentencia fundadora de línea. Sin em-

bargo, por sus efectos particulares también vienen a establecerse como sentencias paradigmáticas, sobre las cuales deberán sustentarse los casos futuros o sobre las que se deberá argumentar para efectos de una disidencia ulterior.

Finalmente, las *sentencias confirmadoras de línea*, como su nombre lo indica, son aquellas que aplican secuencialmente los preceptos establecidos por las sentencias paradigmáticas. Su característica principal consiste en fortalecer a aquellas y en dotar al ordenamiento jurídico de cierto grado de certeza jurídica, ya que siguiendo una línea uniforme se puede predecir, en buena medida, la decisión que el juzgador adoptará en el caso en discusión. No suele ser necesario incorporarlas en la gráfica porque serían puntos colocados al mismo nivel que las sentencias paradigmáticas, lo que puede ampliar innecesariamente las dimensiones de la misma. Bastaría con cuantificarlas y establecer el período de tiempo por el que un precedente se hubiese mantenido inalterable. Sin embargo, podrían modificar, aunque no estructuralmente, a la subregla al momento de incorporar ciertos requisitos o condicionamientos para que opere la consecuencia jurídica establecida por el precedente. Si este desarrollo repercute en una modificación estructural, estaríamos frente a una sentencia reformadora y no confirmadora de línea.

En consecuencia, el precedente jurisprudencial actualmente vinculante es aquel que ha sido consagrado por la última sentencia paradigmática, hablando en términos cronológicos. Puede ser también la última sentencia reformadora, es decir, la que sustituyó a la anterior y por ello, pasó a ocupar su lugar dentro del ordenamiento jurídico. En tal sentido, para argumentar sobre la base del efecto vinculante del precedente, el investigador deberá citar, en primer lugar, la subregla de la última sentencia paradigmática que debe estar perfectamente identificada, así como la fecha en la que se la expidió y, de contar con los datos necesarios, el número de fallos que confirman la subregla que en aquella oportunidad se aplica.

A manera de recapitulación, de todo lo indicado hasta aquí, se puede desprender la dificultad que presenta la identificación de las sentencias hito. Este problema puede ser minimizado si la propia Corte o Tribunal despliega un trabajo editorial que identifique, dentro de sus sentencias, la ratio decidendi puesto que, como quedó señalado, no todo el texto constitutivo de una sentencia constituye precedente obligatorio. Un trabajo de esta naturaleza reduciría el esfuerzo del investigador y la posibilidad de incurrir en errores metodológicos. La Corte Constitucional colombiana, en el encabezado de sus sentencias suele citar las subreglas que de dicho pronunciamiento se desprenden, sin perjuicio de la transcripción literal de su texto completo. A esta práctica podría añadirse los datos referenciales de la sentencia paradigmática y la fecha desde la cual se encuentra vigente.

El criterio cronológico es de vital importancia. La regla adoptada puede ser confirmada, ampliada o sustituida por una ulterior. De ahí que los operadores del sistema están obligados a un manejo prolijo, sistemático y constante de esta fuente. La falta de cuidado en el seguimiento de la producción jurisprudencial podría arremeter contra la unidad y coherencia del sistema normativo en su totalidad, toda vez que la adopción de una regla, como precedente, podría provocar la inconstitucionalidad superveniente de cualquier norma positiva y condicionar la producción legislativa, reglamentaria y secundaria futura. Por tanto, el manejo poco cuidadoso de la jurisprudencia podría ser causa suficiente para provocar un caos normativo, con repercusiones en todos los niveles del ordenamiento y sobre todo al derecho fundamental a la seguridad jurídica.

Por otra parte, los constantes cambios de precedente o la adopción de reglas contradictorias entre sí, aplicadas indistintamente y en períodos concurrentes en el tiempo, atentan contra el derecho a la igualdad, en sentido formal, puesto que la norma que se construye a través de la sentencia adopta características de generalidad y abstracción, con capacidad de regular casos análogos futuros. Todo esto, sin perjuicio de las circunstancias excepcionales o del reconocimiento expreso de errores por parte del órgano jurisdiccional, el mismo que justificará técnicamente el abandono del precedente y con ello establecerá un punto de equilibrio entre el principio de igualdad y el de seguridad jurídica, armonizándolos con el principio de independencia judicial y la naturaleza dinamizadora que se atribuye a esta fuente del Derecho, en atención a la evolución de la vida y de la conflictividad social.

El trato diferenciado entre personas o grupos, la inaplicación de una regla o la construcción de una nueva, para un caso que en su visión primera se mostrase con idéntica posición circunstancial, solo puede ser permitido por una vasta justificación argumentativa que demuestre la *razonabilidad* de tal disanalogía, a fin que dicho trato diferenciado no llegue a producir efectos discriminatorios.

Para evitar que el trato diferente sea discriminatorio

el Tribunal a) debe, ante todo, aislar el acto o norma que comporta el presunto trato desigual [...] b) debe asimismo comprobar [...] la existencia y la licitud constitucional de un fin [...] debe además indagar a la inversa [...] cuál es el alcance del elemento común [...] finalmente, el Tribunal debe establecer que existe un nexo de conexión pertinente, lógico y además proporcionado, entre aquel fin y esta regulación diferenciada.⁴⁰

40. Ángel Garrorena Morales, *El Estado Español como Estado Social y Democrático de Derecho*, Madrid, Tecnos, 1991, 4a. reimp., pp. 52-54.

EL SISTEMA DE PRECEDENTES SEGÚN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ECUATORIANO

El reconocimiento del precedente jurisprudencial como norma positiva, con carácter general y abstracto, se fundamenta en la propia concepción que tenemos de la Constitución como norma, tan jurídica como la propia ley, aunque con características jerárquicas y políticas especiales. En contraposición con los argumentos de Schmitt, para quien la Constitución no es sino un conjunto de enunciados declarativos y programáticos,⁴¹ la propia norma fundamental reivindica su contenido coercitivo por medio del principio de aplicación directa (art. 426). Esta garantía de efectividad de la Constitución se relaciona a su vez con su propia supremacía puesto que ella "...prevalece sobre cualquier otra [norma] del ordenamiento jurídico..." (art. 424). El valor político de la carta estará dado por ser la encargada de la distribución del ejercicio del poder político y como garantía de protección para quien se encontrare en situación de desventaja en relaciones entre particulares.⁴²

Una vez superada la discusión sobre el valor jurídico de la Constitución y siendo asumida como norma jerárquicamente superior y por tal, fuente principal de toda expresión de derecho sustantivo y adjetivo, tiene que ser directa y prioritariamente aplicada por los operadores de justicia. Para su defensa, no basta con la obligación general de respetarla y hacerla respetar que poseen todos los organismos, especialmente las entidades públicas, es indispensable designar a un organismo equivalente, en jerarquía e influencia, para que sea capaz de precisar ambigüedades, cubrir lagunas, determinar su alcance y garantizar su observancia irrestricta. Así como la ley, la Convención Americana, el sistema de justicia internacional de Naciones Unidas, el Derecho Penal Internacional y cuanto ejemplos se nos pueda imaginar, tienen sus guardianes específicos (Corte Nacional de Justicia, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corte Internacional de Justicia y Corte Penal Internacional, respectivamente), la Constitución encuentra en la Corte Constitucional al organismo encargado específicamente de dar eficacia sustancial a este cuerpo normativo, en términos generales; así como, en términos particulares, concede tales atribuciones al Tribunal Contencioso Electoral en lo que a derechos de participación se refiere.

41. Eduardo García de Enterría, *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1985, pp. 157-174.

42. De ahí que Ferrajoli ha caracterizado a los derechos fundamentales como "la ley del más débil" como un contrapeso a la ley del más fuerte verificable en el contexto bélico, político, en las relaciones internacionales y en la interacción de sujetos en los mercados.

El Tribunal Contencioso Electoral recibe un mandato expreso de la propia Constitución para garantizar el ejercicio de los derechos de participación política que se expresan a través del sufragio. Asimismo, la Constitución prevé a la protección de derechos fundamentales como el deber más importante que posee todo organismo de Estado. Entonces, si los derechos fundamentales constituyen fuente jurídica primordial, inclusive en contraste con normas consagradas por la propia Constitución, entre sí, las competencias privativas que la carta le asigna al Tribunal Contencioso Electoral, frente a una clase específica de derechos, hacen de este organismo una suerte de Tribunal Constitucional, con límites establecidos en virtud de la materia, pero también viene a ser al unísono una suerte de Corte de Casación, en relación con la Ley Orgánica Electoral o Código de la Democracia. En suma, el sistema jurídico electoral fue establecido como un sistema autónomo, independiente, aunque integrado al sistema general por efecto de los derechos fundamentales que garantiza; de ahí que, como ya es una tendencia en Latinoamérica, la propia Constitución establece competencias exclusivas para el Tribunal Contencioso Electoral con máximo vértice de la pirámide de este sistema, el cual se armonizaría con el precedente constitucional por medio de la acción extraordinaria de protección, en asuntos de mera legalidad, y al sistema de precedentes establecido para la Corte Constitucional, en razón de su capacidad de escoger los casos sobre los cuales se ha propuesto pronunciar.

La Corte Constitucional, al igual que el Tribunal Contencioso Electoral, cada uno dentro del ámbito de sus competencias, en sus calidades de organismos jurisdiccionales con alto poder, rol e impacto político, aunque no en sentido electoral partidista o plebiscitario, están en la obligación de encauzar o reencauzar el desenvolvimiento de todo operador público y privado, según los valores, principios y objetivos plasmados en este nuevo engranaje constitucional; así como dinamizar sus microsistemas internos ante eventuales descarrilamientos. De allí que la propia corte y el tribunal van labrando su propia legitimación en democracia y asumiendo, con la fuerza que da la confianza que deposita en ellos la ciudadanía, el cabal ejercicio de los roles asignados en el sistema constitucional de derechos y de justicia, afianzándose de forma sostenida. Naturalmente, una actuación poco responsable, técnicamente débil y éticamente dudosa se traduce en los efectos inversamente proporcionales.

Recordemos también que por medio de la producción jurisprudencial se pueden incorporar al sistema nuevos derechos fundamentales que, por el hecho de serlo, ocuparían una posición de la más alta jerarquía dentro del sistema de fuentes, toda vez que "...el reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, no excluirán los demás derechos derivados de la de la dignidad de las personas..." (art. 11, num. 7 CR). La facultad de crear derechos o de profundizar en el contenido esencial de los ya consagrados, en base a un ejercicio inferencial de argumentación judicial, derivado de la

norma positiva, lo que Ricardo Guastini denominaría derechos implícitos,⁴³ nos habla de una forma de ir creando microistemas normativos por acción directa y primigenia de las cortes. Si cada rama de la ciencia jurídica se crea y desarrolla en torno a un derecho fundamental determinado, por su poder irradiador gravitacional (derecho laboral, en torno al derecho al trabajo; derecho civil, en torno al derecho a la propiedad; derecho de telecomunicaciones, en relación al acceso a este tipo de servicios públicos, por poner unos ejemplos) la jurisprudencia, al tener la facultad de reconocer un derecho y darle el carácter de fundamental, por considerarlo esencial a la luz de los parámetros mínimos exigidos por la vida humana digna, estaría colocando la primera piedra que deberá sostener el desarrollo normativo de todo un microistema. Para que este microistema pueda desarrollarse adecuadamente deberá atender a la contextualización del derecho recientemente consagrado y a dotarlo de garantías normativas, garantías políticas y garantías jurisdiccionales a fin de efectivizarlo.

Una vez consagrado el derecho, la Corte Constitucional y el Tribunal Contencioso Electoral deberán incluir, en su parte resolutive, una obligación específica para que la legislatura emita una ley que regule el ejercicio del nuevo derecho. Esta obligación, por provenir de fuente constitucional, puede ser exigida mediante la interposición de una acción por incumplimiento o mediante la demanda de inconstitucionalidad por omisión, con lo cual la propia Corte Constitucional se reservaría para sí la oportunidad de controlar dicho acatamiento, so pena de aplicar las sanciones correspondientes. Una vez producida dicha ley, se activaría la potestad reglamentaria del Presidente de la República y así sucesivamente se iría desarrollando un sistema normativo específico, hasta regresar a su origen jurisprudencial ante la judicialización de un nuevo conflicto que ofrecerá la oportunidad de modular o afinar un sistema, apenas creado. Esto no quiere decir que las judicaturas deberán esperar la promulgación del texto legal para tutelar este nuevo derecho puesto que, de acuerdo con el inciso segundo del artículo 426 de la Constitución, "...no podría alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, para desechar la acción interpuesta en su defensa, ni para negar el reconocimiento de tales derechos".

43. Guastini hace una diferenciación entre derechos expresos y derechos implícitos. Los primeros son aquellos reconocidos generalmente por las constituciones, por tanto constituyen una manifestación del derecho positivo. Por el contrario, los derechos implícitos son el producto de una inferencia lógicamente válida cuya premisa mayor está dada por derechos expresamente consagrados. Los derechos implícitos, pese a contar con legitimidad propia, van concretando a los derechos explícitos y generalmente provienen de la actividad jurisdiccional. Así, este autor nos hace notar que existe un desplazamiento de poderes normativos de los órganos legislativos a los jurisdiccionales. Ricardo Guastini, "Comentarios a la ponencia de Manuel Atienza 'Derechos Implícitos'", Jornadas de Argumentación Jurídica y Ética Judicial, Tribunal Contencioso Electoral, 8 y 9 de septiembre de 2009.

Si la jurisprudencia constitucional constituye la boca viva y parlante racional de la propia Constitución, así también el precedente electoral, es la expresión argumentativa de una de sus partes, en consecuencia posee las mismas características y autoridad que la Carta. Es decir, prevalece sobre cualquier otra norma del ordenamiento jurídico. Por tales características constituye pues, fuente principal y en tal virtud, condiciona toda producción normativa futura. La jurisprudencia constitucional y electoral es un parámetro efectivo de control concreto, abstracto y concentrado de constitucionalidad, así como un parámetro vinculante para toda forma de control difuso posterior. Por tanto, la Corte Constitucional y el Tribunal Contencioso Electoral, mediante la producción de precedentes jurisprudenciales, poseen la facultad de reescribir diariamente a la carta fundamental, cada uno dentro del marco específico de sus competencias.

La reinención sistemática que realizará la Corte Constitucional y el Tribunal Contencioso Electoral de la Constitución puede erigirse como una herramienta dinamizadora, capaz de adaptar los designios constitucionales a las exigencias de la vida social y con ello, concretar los valores y principios que la inspiran, evitando su envejecimiento y obsolescencia. No obstante, podría ser también una carta abierta para la arbitrariedad y la constitucionalización de intereses corporativistas o partidistas lo que sería la justa antítesis de las razones y principios que inspiraron al constituyente al otorgamiento de tales facultades. Ante este escenario, depende de la propia Corte y del Tribunal alcanzar su legitimidad dentro de la opinión pública. Lo contrario atentaría contra la estabilidad, no solo de ella, sino de todo el sistema constitucional. Carlos Santiago Nino ilustra como la Suprema Corte de los Estados Unidos, al negarse a aplicar el principio de igualdad a los “negros” en el caso Dred Scott “...perdió una importante oportunidad de tratar de resolver un gran conflicto político antes de que este condujera a la guerra civil”.⁴⁴ En la profesionalidad, coherencia y prudencia de la Corte Constitucional, de la Corte Nacional de Justicia y del Tribunal Contencioso Electoral descansa la estabilidad del modelo constitucional adoptado por Ecuador, mediante referéndum, y la plena vigencia del sistema constitucional de derechos y justicia, social y democrático.

Como respuesta ante el peligro de dispersión de los diferentes sistemas de precedentes, en nuestro país, aparece la Acción Extraordinaria de Protección, en virtud de la cual la Corte Constitucional tiene la oportunidad de revisar los autos y sentencias definitivas de la Corte Nacional. En cuanto al sistema electoral, subsiste el debate por cuanto se ha pretendido excluir del marco de acción de este recurso extraordinario a las decisiones del Tribunal Contencioso Electoral. A mi modo de ver, esto constitui-

44. Carlos Santiago Nino, *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 2002, 2a. reimp., p. 665.

ría un craso error porque rompería la estructura piramidal del sistema, atentando contra su propia armonía. Precisamente, la creación de esta figura busca cerrar el sistema constitucional en las apreciaciones de su máximo intérprete.

Considero que toda decisión de autoridad pública tiene que ser susceptible de control de constitucionalidad para garantizar la supremacía de la Constitución y la plena vigencia de los derechos fundamentales. La pretendida exclusión de esta esfera de control a las decisiones de una de sus altas cortes crearía un sistema paralelo que resultaría impensable en un diseño unitario como el nuestro, peor aún cuando pueden existir pronunciamientos divergentes sobre los mismos puntos de derecho, a sabiendas que estos dos sistemas de precedentes tienen la facultad de impulsar el desarrollo decisional futuro lo que degenera en una terrible inseguridad jurídica, no solo para la ciudadanía, sino para el juez *a quo*.

Por su parte, el planteamiento realizado en el capítulo anterior sobre la posibilidad de incorporar, al sistema, una garantía fundamental específica de derechos de participación, tampoco excluye la posibilidad del control de constitucionalidad ya que el precedente constitucional, en materia de garantías fundamentales, se conforma mediante un sistema de libre elección que realiza la Corte Constitucional para la revisión de fallos procedentes de acciones de protección, hábeas corpus, hábeas data, acción de acceso a la información pública; y, de acuerdo con el sistema planteado, igual tratamiento correspondería a la acción ciudadana. Este sistema de libre elección de fallos corresponderá a una lógica de política judicial que diseñará la Corte en atención a los requerimientos sociales e incluso en cuanto a las dudas que presenta el nuevo marco constitucional, por lo que no deja de ser beneficioso que los fallos emanados del Tribunal Contencioso Electoral también sean revisados.

En tal sentido, la existencia de dos sistemas paralelos de precedentes, uno de ellos de alcance y jerarquía legal-constitucional como es el caso del Tribunal Contencioso Electoral, no es incompatible con el criterio de unificación de criterios jurisprudenciales. En primer lugar, tendríamos que clasificar el tipo de sentencias que emanaren de este alto tribunal. Por una parte, las sentencias de última y definitiva instancia, en virtud de las cuales el tribunal resuelve los recursos contencioso-electorales, deberían acceder al control de constitucionalidad por medio de la acción o, en términos de mayor propiedad, recurso extraordinario de protección, con el objeto de que la Corte Constitucional ratifique posibles imprecisiones de la jurisdicción electoral o confirme el criterio adoptado, blindándolo. Por otra parte, tratándose de garantías fundamentales, los precedentes electorales que podrían ser revisados por la Corte Constitucional serán los seleccionados por parte de la Corte en virtud del cumplimiento de su política judicial.

Cualquiera fuese el caso, todos los organismos públicos están en la obligación de trabajar armónicamente en beneficio del desarrollo de un sistema de fuentes inédito para nuestra tradición. No debemos temer a la revisión de los actos públicos; por el contrario, este tipo de procedimientos permiten ampliar los espacios de debate alrededor de los temas que inciden en el diario vivir de la gente. Esta suerte de ampliación del debate jurídico podría eliminar la apatía del ciudadano. Debemos empezar por reconocer que se ha hecho de las ciencias jurídicas una suerte de esoterismo reservado para doctos y eruditos. Esta mistificación del Derecho no corresponde sino a meras cuestiones terminológicas que traducidas al habla común posibilita que toda persona, incluso ajena a cualquier tipo de formación académica, pueda empoderarse de las decisiones de sus tribunales, lo que repercute favorablemente en la confianza de la ciudadanía que, como volvemos a insistir, constituye la fuente de legitimación democrática de cortes y tribunales, que por su conformación, no poseen legitimación democrático-electoral, *per se*, en contraposición con la naturaleza de las funciones Ejecutiva y Legislativa, fundamentalmente. La socialización de las ciencias jurídicas es uno de los grandes desafíos de los organismos jurisdiccionales contemporáneos. Este objetivo no tiene razón de ser necesariamente complejo, porque el derecho, pese a su mistificación terminológica, jamás ha dejado de ser, ni por un solo momento, una cuestión de sentido común.

BIBLIOGRAFÍA

- Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- Atenza, Manuel, *Las razones del Derecho*, México DF, Universidad Autónoma de México, 2005.
- Ávila Santamaría, Ramiro, “Ecuador. Estado constitucional de derechos y justicia”, en Ramiro Ávila Santamaría, edit., *Constitución del 2008 en el contexto andino*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- Bernal Pulido, Carlos, *El derecho de los derechos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005.
- Betegón Carrillo, Jerónimo, Mariana Gascón Abellán, Juan de Páramo Arguelles y Luis Prieto Sanchís, *Lecciones de Teoría del Derecho*, Madrid, McGraw-Hill, 1997.
- Carrió, Genaro, *Notas sobre Derecho y lenguaje*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1979, 2a. ed.
- Dulitzky, Ariel, “La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales: estudio comparado”, en Martín Abregú y Christian Courtis, comps., *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, Editores del Puerto s.r.l., 1998, 2a. ed.

- Dworkin, Ronald, “La jurisprudencia. El modelo de las normas”, en *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel Derecho, 2002.
- García Amado, José Antonio, “Interpretar, agumentar, decidir”, en *Interpretación y aplicación de la ley penal. Anuario de Derecho Penal 2005*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú / Universidad de Friburgo, 2006.
- Garrarena Morales, Ángel, *El Estado español como Estado social y democrático de derecho*, Madrid, Tecnos, 1991.
- Guastini, Ricardo, “Comentarios a la ponencia de Manuel Atienza ‘Derechos Implícitos’”, Jornadas de Argumentación Jurídica y Ética Judicial, Tribunal Contencioso Electoral, 8 y 9 de septiembre de 2009.
- Jornadas Internacionales de Derecho Constitucional*, Quito, Tribunal Constitucional del Ecuador, 2007.
- López Medina, Diego Eduardo, *El derecho de los jueces*, Bogotá, Legis, 2000.
- *Interpretación constitucional*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2006, 2a. ed.
- Moretti, Francesca, “El precedente judicial en el sistema inglés”, en Francisco Galeano, comp., *Atlas de Derecho comparado*, Madrid, Fundación Cultural del Notario, 2000.
- Nieto García, Alejandro, *Crítica a la razón jurídica*, Madrid, Trotta, 2007.
- Nino, Carlos Santiago, *Fundamentos de Derecho constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 2002, 2a. reimp.
- Noguera Alcalá, Humberto, “Los desafíos de la sentencia de la Corte Interamericana en el Caso Almonacid Arellano”, en: http://www.iidpc.org/revistas/7/pdf/313_333.pdf
- Oyarte Martínez, Rafael, *Curso de Derecho constitucional*, t. I, Quito, Fondo Editorial Andrade y Asociados, 2007.
- Pérez Royo, Javier, *Curso de Derecho constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 2001, 7a. ed.
- Plan Nacional de Formación y Capacitación de la Rama Judicial*, Bogotá, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla / Consejo Superior de la Judicatura, 2008, 2a. ed.
- Prieto Sanchís, Luis, *Apuntes de teoría del Derecho*, Madrid, Trotta, 2007, 2a. ed.
- Ramos Núñez, Carlos, “Código Napoleónico: fuentes y génesis”, en revista *Derecho & Sociedad*, No. 10, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú. Disponible en: <http://www.pandectasperu.org/revista/no200004/cramos.html>
- Serna, Pedro, y Fernando Toller, *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales*, Buenos Aires, La Ley S.A., 2000.
- Topacio Ferretti, Aldo, *Derecho Romano Patrimonial*, México DF, Universidad Autónoma de México, 1992.
- Uprimny, Rodrigo, *Derechos humanos y nuevo procedimiento penal*, http://dejusticia.org/admin/file.php?table=documentos_publicacion&field=archivo&id=46
- Von Ihering, Rudolph, *La lucha por el derecho*, Serie Monografías Jurídicas No. 72, Bogotá, Temis, 2000.

Zagrebelsky, Gustavo, "Del Estado de derecho al Estado constitucional", en *El Derecho dúctil: ley, derechos y justicia*, Madrid, Trotta, 1997, 2a. ed.

Fuentes jurisprudenciales

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Sentencia de fecha 26 de septiembre de 2006.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay, voto razonado del juez A.A. Cançado Trindade.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Ximenes Lopes, Sentencia de Fondo.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Suárez Rosero vs. Ecuador.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Tibi vs. Ecuador.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Albán Cornejo vs. Ecuador.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Chaparro vs. Ecuador.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awastingu vs. Nicaragua.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Yakie Axa.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Sawhoyamaxa.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Saramaka.

Corte Constitucional (Ecuador), Sentencia 001-08-SI-CC, R.O. 479-S, 2-XII-2008.

Corte Constitucional (Ecuador), Sentencia 002-08-SI-CC, R.O. 487-S, 12-XII-2008.

Corte Constitucional (Colombia), Sentencia T-123/95.

Corte Constitucional (Colombia), Sentencia C-037/96.

Corte Suprema de la Nación Argentina, Fallos, 1:36.

Corte Suprema de la Nación Argentina, Fallos, 32:120.

Gaceta Jurisprudencia y Tesis en Materia Electoral, año 1, No. 2, 2008.

Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de Norteamérica, Caso *Brown contra en Consejo de Educación*, 1957.

Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de Norteamérica, *Roe contra Wade*, 1973.

Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de Norteamérica, caso Marbury contra Madison, 1803.

Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Caso: Alianza por Yucatán, Partido Político Estatal vs. Pleno del Tribunal Electoral del Estado de Yucatán, jurisprudencia No. 7/2008.

Fuentes normativas

Código Civil (Ecuador).

El precedente constitucional y la ruptura del sistema tradicional de fuentes

Código de Procedimiento Penal (Ecuador).

Constitución de la República del Ecuador (2008).

Constitución de la República de Colombia (1886).

Constitución Política de 1998.

Ley de Casación (Ecuador).

Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia.

Ley No. 169 (Colombia).

Fecha de recepción: 6 de octubre de 2009

Fecha de aceptación: 23 de octubre de 2009

La responsabilidad estatal en la Constitución del Ecuador de 2008

*Diego F. Mogrovejo Jaramillo**

RESUMEN

La Constitución ecuatoriana promulgada el 20 de octubre de 2008 prescribe en el art. 11.9 que la responsabilidad estatal consiste en la reparación de las violaciones a los derechos por la falta o deficiente prestación de servicios públicos o por acciones u omisiones en el ejercicio de potestades públicas, reparación que es integral conforme el principio garantista de protección los derechos previsto en el art. 86.3.

El presente estudio aborda aspectos generales de la naturaleza jurídica de la responsabilidad estatal –de la irresponsabilidad a la responsabilidad estatal–, su evolución –de la concepción civil indemnizatoria a la concepción reparadora integral–, y los denominados títulos jurídicos de imputación objetiva –falta del servicio, desequilibrio de las cargas públicas–, que serán de trascendental importancia para la comprensión de nuevo régimen, y cuyos aspectos específicos ameritarían un examen más amplio.

PALABRAS CLAVE: responsabilidad extracontractual, indemnización, teoría del riesgo, culpa presunta, responsabilidad objetiva, falla del servicio, desequilibrio de las cargas públicas, reparación integral.

SUMMARY

The Ecuadorian Constitution promulgated on October 20th, 2008, foresees in article 11.9 that the state responsibility consists in the reparation for the violation of rights, due to the lack of, or the deficient existence of public services, or as consequence of any omission in the exercise of public powers. This reparation must be integral accordingly to the guarantor principle of protection of rights foreseen in article 86.3. This article refers to general aspects of the juridical nature of state responsibility –from irresponsibility to state responsibility; its evolution –from the civil reparatory conception to the integral reparatory conception–, and the denominated juridical titles of objective imputation –failure of the service,

* Ex asesor parlamentario de la Comisión de Asuntos Constitucionales y de Despacho en el Congreso Nacional. Ex asesor de despacho y director de Asesoría Jurídica del Ministerio de Gobierno. Ex abogado de la UARHS del Banco Central del Ecuador. Profesor de la carrera de Derecho a distancia de la UTI. Abogado en libre ejercicio en temas de Derecho Público.

imbalance of public burdens—, which will be of transcendental importance for the comprehension of the new regime. Other specific aspects will require further examination.

KEY WORDS: extra contractual liability, reparation, risk theory, presumed guilt, non-fault or objective liability, failure of the service, imbalance of public burdens, integral reparation.

FORO

NATURALEZA JURÍDICA DE LA RESPONSABILIDAD ESTATAL. DE LA IRRESPONSABILIDAD A LA RESPONSABILIDAD ESTATAL

Siguendo a la doctrina especializada, se pueden establecer dos grandes momentos sobre la responsabilidad del Estado, el primero de total irresponsabilidad de los gobernantes (antiguo régimen) y el segundo de consagración de la responsabilidad estatal (Estado de Derecho).

EL ANTIGUO RÉGIMEN DE IRRESPONSABILIDAD ESTATAL

En el denominado antiguo régimen, que inició en la antigüedad y perduró hasta la Edad Media, se puede apreciar un disímil tratamiento entre la responsabilidad generada por las actuaciones entre los individuos, en la que ya se consagraron principios y máximas para el resarcimiento de los daños (responsabilidad privada), y la responsabilidad de los gobernantes quienes ejercieron el poder sin responder, ni jurídica ni políticamente, por la consecuencia de sus actos bajo el entendido que el poder les era conferido por la divinidad (irresponsabilidad pública).

Desde el ámbito de la responsabilidad privada el autor español García Goyena afirma que:

...La pretensión resarcitoria encierra una máxima de jurisprudencia universal y se apoya en un principio eterno de justicia, cuál es que se concreta en que *sua cuique culpa nocet* (*Digesto 9,2,5,1*) tesis que procedente del Derecho de Roma acoge el Ordenamiento Alfonsino, al sancionar que *aquel que ficiere daño a otro por su culpa es tenuto a fazer emienda del* (*Partida VII, Título XV, Ley 6ta*)...¹

1. García Goyena, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Zaragoza, 1974, p. 168, cita-

Tratándose de la irresponsabilidad pública en el antiguo régimen el autor español Luis Ortega Álvarez siguiendo al profesor Leguina, refiere que:

...Una primera etapa se constituye el período en el cual rige el principio de irresponsabilidad de los poderes públicos. Esta irresponsabilidad es el producto del arrastre histórico de un principio consagrado en la etapa medieval y acuñado en la fórmula inglesa *the king can do not wrong*, que se refuerza en el período del absolutismo, bajo la regla del *princeps legibus solutus*...²

En resumen, los individuos eran entre sí responsables y debían resarcirse los daños cometidos en la esfera de sus relaciones privadas, sin embargo como gobernados, dentro de las relaciones públicas con sus gobernantes, se encontraban a merced de las decisiones de los jefes feudales, monarcas y emperadores sin posibilidad alguna de objetar sus disposiciones y menos aún de hacerlos responsables por sus arbitrariedades.

LA RESPONSABILIDAD ESTATAL EN EL ESTADO DE DERECHO

El Estado, conceptualizado como la organización jurídico-política de la sociedad, surge como tal en la Edad Moderna, investido de potestades públicas emanadas del *ius imperium* ejercidas por sus agentes, a quienes inicialmente se los hizo responsables personalmente por su accionar contrario al Derecho conforme las reglas del Derecho Civil no involucrando responsabilidad estatal alguna, hasta el momento en que se estableció como principio general la responsabilidad de la administración pública.

El autor español Luis Ortega Álvarez expone este recorrido en el Derecho Francés al señalar:

...La segunda etapa se caracteriza por la imputación de los daños producidos exclusivamente a los agentes públicos culpables, habida cuenta que la propia Declaración de Derechos de 1789 se remitía a estos agentes en su artículo 15 para responsabilizarlos de los daños administrativos: *la société a le droit de demander compte á tout agente public de son administration* (...) Como es tradición en el sistema francés, la evolución de la institución de la responsabilidad de la Administración obedece a la acción jurisprudencial del Consejo de Estado. A partir del *arrét Blanco* de 1873, se afirma en Francia el principio

do por Luis Pascual Estevill, *La Responsabilidad Extracontractual, Aquiliana o Delictual*, t. II, vol. 2, Barcelona, Casa Editorial Bosch, 1990, pp. 150 y 151.

2. Luis Ortega Álvarez, "La Responsabilidad Civil de la Administración Pública", en Eduardo García de Enterría y Manuel Clavero Arévalo, dirs., *El Derecho Público de finales de siglo. Una perspectiva iberoamericana*, Madrid, Civitas, 1997, p. 767.

general de responsabilidad patrimonial de la administración sobre bases distintas a las del Derecho Civil, en las que juega un factor fundamental la incorporación, junto a la noción de culpa, la del funcionamiento de un servicio público, lo que origina el concepto de *faute de service*... Este proceso evoluciona igualmente desde el mero reconocimiento de los denominados actos de gestión, hasta que, a partir del *arrét Tommaso Greco* de 1905, se extiende la declaración de responsabilidad patrimonial a los actos de imperio...³

Sobre la responsabilidad en el Estado Moderno, podemos afirmar que desde la instauración del Estado de Derecho, entendido como aquel en el cual tanto gobernantes como gobernados se encuentran sometidos al ordenamiento jurídico, las potestades públicas son ejercidas por las instituciones (órgano estructural) a través de sus funcionarios (órgano funcional), encontrándose el Estado al servicio de las personas, razón por la cual es responsable de los perjuicios ocasionados a los particulares por el desarrollo de la actividad estatal.

En este sentido, todo órgano de poder público es responsable ante la sociedad sin excepción alguna, con el deber *a priori* de adecuar su actuación al ordenamiento jurídico, y con la obligación *a posteriori* de afrontar los perjuicios ocasionados a los particulares.

El Equipo de Investigación de la Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos del Ecuador INREDH y el Centro Ecuatoriano para la Promoción y Acción de la Mujer CEPAM, sobre los fundamentos de la responsabilidad en el Estado Moderno, han referido que:

(...) La responsabilidad suprema del Estado moderno se centra en normar la convivencia y proteger a las personas y los bienes, es decir brindar seguridad a sus asociados. El Estado tiene sentido y razón legítimos de ser, en la medida en que cumple con estos propósitos que se resumen en la noción del bien común...Consecuentemente si el Estado no cumple con su misión suprema, pierde legitimidad y se torna ineficaz, y si además se niega a reconocer y reparar las consecuencias de un ejercicio deficiente, inadecuado o arbitrario del poder, está sujeto a acrecentar sus niveles de deslegitimación (...) El segundo fundamento de la responsabilidad estatal, constituye la obligación de respetar, hacer respetar y promover los derechos humanos adquirida por el Estado ante la comunidad internacional mediante la suscripción y ratificación de instrumentos internacionales vinculantes en materia de derechos humanos(...).⁴

3. Luis Ortega Álvarez, "La Responsabilidad Civil de la Administración Pública", p. 768.

4. Equipo de Investigación de INREDH y CEPAM integrado por Patricio Benalcázar Alarcón, Romel Jurado Vargas, Lorena Salgado, María Judith Salgado y Roxana Silva, *El Derecho a la Reparación en el Procesamiento Penal*, Quito, Imprenta Cotopaxi, 2000, pp. 39 y 40.

En definitiva, podemos afirmar que la responsabilidad estatal se constituye en el contrapeso jurídico establecido a favor de las personas para hacer frente al ejercicio ilegítimo de *ius imperium* estatal que ha vulnerado sus derechos y ante la prestación deficiente de los servicios públicos que le ha causado perjuicios, debiendo asumir el Estado la reparación del daño causado por sus funcionarios en el ejercicio de la actividad estatal (responsabilidad directa) sin perjuicio de repetir lo pagado en contra del funcionario responsable (derecho de repetición), quedando en la responsabilidad personal de los funcionarios las conductas dañosas desarrolladas fuera de la órbita de sus funciones.

EVOLUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD ESTATAL. DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL INDEMNIZATORIA DEL ESTADO (CONSTITUCIÓN DE 1998) A LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA REPARADORA INTEGRAL DEL ESTADO (CONSTITUCIÓN DE 2008)

Para la doctrina y jurisprudencia especializada, la responsabilidad civil indemnizatoria del Estado en el Ecuador cursó un camino de evolución desde el tipo subjetivo, basada en la culpabilidad del agente, hacia el tipo objetivo, basada en el perjuicio.

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL INDEMNIZATORIA SUBJETIVA Y OBJETIVA

Dentro del Derecho civil se ha conceptualizado a la responsabilidad como el deber de indemnizar económicamente por el incumplimiento de obligaciones, cuya fuente puede ser un contrato –responsabilidad contractual– o un ilícito que causa un daño –responsabilidad extracontractual–, que puede ser subjetiva cuando se basa en la culpabilidad del agente u objetiva cuando, por las connotaciones del daño, no se considera la culpabilidad.

Al respecto, el autor costarricense Eduardo Ortiz Ortiz afirma:

... Llámese responsabilidad civil –en Derecho– la obligación de reparar un daño, a cargo del causante o de otro sujeto con él relacionado por un vínculo jurídico que lo obliga a la reparación del mismo daño... Esta imputabilidad puede reducirse a la culpabilidad en la responsabilidad por culpa, pero puede ser únicamente la relación de causalidad en los sistemas que prescinden de ella...⁵

5. Eduardo Ortiz Ortiz, “Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública”, en Eduardo García de

Conforme a la Constitución Política del Ecuador, promulgada en el Registro Oficial No. 1 de 11 de agosto de 1998, la responsabilidad estatal se configuró para indemnizar los perjuicios causados a los particulares, activando el derecho de repetición del Estado previa comprobación judicial de la culpabilidad del funcionario público (art. 20), por las actuaciones desarrolladas por el funcionario en el ámbito de sus atribuciones y competencias asignadas por la Constitución y la ley (art. 119), no existiendo funcionario público exento de responsabilidades en el orden administrativo, civil y penal por sus actos y omisiones en el ejercicio de sus funciones (art. 120), especialmente por el cometimiento de delitos en contra de la administración pública: peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito (art. 121).

En la concepción civilista de la responsabilidad estatal, de modo general el particular debía acreditar la ilicitud de la conducta estatal, la culpabilidad del agente público y la relación de causalidad entre el acto ilícito y el daño (responsabilidad subjetiva). Únicamente tratándose de actividades riesgosas a cargo del Estado (teoría del riesgo) se establecía la reversión de la carga de la prueba a favor del afectado (culpa presunta estatal).

En este contexto, la doctrina civilista enfatizaba ya en la necesidad de proyectarse hacia la objetivación de la responsabilidad estatal en beneficio de la víctima. Así, para el autor peruano Fernando de Trazegnies:

...El principio de responsabilidad por culpa...puede presentar una variante interesante en el caso del Estado con clara tendencia a la objetivación... Pensamos que el Estado no puede escudarse detrás de sus funcionarios para evadir sus responsabilidades. Por eso creemos que los jueces deben aplicar el principio indubio pro víctima...⁶

En el Ecuador, el Dr. Santiago Andrade Ubidia, sobre la mencionada objetivación de la responsabilidad civil extracontractual, en líneas generales expuso:

...El Código Civil se inspira en la doctrina de la responsabilidad subjetiva, aunque en ciertos casos ha establecido presunciones de culpa...que le acercan a la teoría de la responsabilidad objetiva. La teoría del riesgo, es ampliamente acogida en algunas ramas del derecho positivo, uno de los campos más notables es del derecho ecológico, igualmente, se señala, aunque se trata de responsabilidad contractual, el de los riesgos del trabajo...⁷

Enterría y Manuel Clavero Arévalo, dirs., *El Derecho Público de finales de siglo. Una perspectiva iberoamericana*, p. 778.

6. Fernando de Trazegnies, *La Responsabilidad Extracontractual*, t. II, Bogotá, Temis, 2000, 5a. ed., pp. 182 y 188.

7. Santiago Andrade Ubidia, *Material de Clase de la Cátedra de Negocios Jurídicos*, capítulo X, "Las Transgresiones Jurídicas", Quito, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 2000.

Por su parte, la doctrina del Derecho público ecuatoriana afirmaba desde entonces que la Constitución de 1998 consagró a la responsabilidad estatal como del tipo objetivo, no resultando necesario que el afectado pruebe la ilicitud y culpabilidad del agente público, sino únicamente el nexo de causalidad entre la actividad estatal y el daño ocasionado, así el referido equipo de investigación del INREDH y CEPAM expuso:

...Varias normas constitucionales recogen la responsabilidad objetiva del Estado en el caso de Ecuador (artículos 20, 21 y 22), sin embargo, el texto del artículo 20 expresa de manera amplia el alcance de la responsabilidad del Estado y determina su carácter objetivo (...) Lo que se debe demostrar: básicamente que exista un perjuicio, vulneración de derechos o daño; que se determine un nexo de causalidad y la actuación del Estado, sus agentes, concesionarios y/o delegatarios. En lo referente a la adecuada prestación de servicios públicos, el art. 92 de la Constitución establece tres formas de eximir al Estado de la responsabilidad por los daños causados en la prestación de estos servicios, que contemplan los casos en que el daño se produjo por catástrofes, caso fortuito y fuerza mayor...⁸

A nivel jurisprudencial, desde el año 2000 hasta el 2003, la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador –integrada entre otros por el Dr. Santiago Andrade Ubidia–, en un esfuerzo hacia la objetivación de la responsabilidad estatal, tomando como referencia el art. 20 de la Constitución de 1998, configuró a la responsabilidad civil extracontractual del Estado como del tipo subjetivo con reversión de la carga de la prueba (culpa presunta estatal), estableciendo que no corresponde a la víctima probar el daño, sino al Estado demostrar que ha actuado diligentemente cumpliendo a cabalidad los controles para evitar los posibles perjuicios, pudiendo entonces el Estado, que ha demostrado diligencia, alegar caso fortuito, fuerza mayor o culpa de la propia víctima en caso de acontecer el daño (eximentes).

Estos fallos de casación indemnizaron los perjuicios ocasionados a los particulares por el Estado, sus delegatarios o concesionarios, dentro del desarrollo de actividades hidrocarburíferas –calificadas como actividades riesgosas–, la construcción de obra pública (carreteras) y la separación de un puesto público (cargo en hospital público), dejando en este último caso a salvo la acción contencioso-administrativa en contra de la entidad pública, así:

8. Equipo de Investigación del INREDH y CEPAM, *El Derecho a la Reparación en el Procesamiento Penal*, pp. 45 y 56.

Resolución No. 187-2000 de 28 de abril de 2000 publicada en el Registro Oficial No. 83 de 23 de mayo de 2000. Segundo Alfonso Sánchez Monar consumidor final del gas licuado de petróleo vs. Petrocomercial y Congas S.A.

“...Petrocomercial omitió hacer el mantenimiento adecuado del cilindro de gas y su oportuno retiro de la circulación impuestas por los artículos reglamentarios citados...”

Resolución No. 63-2001 publicada en el Registro Oficial No. 37 del 17 de abril de 2001. Perjudicados de construcción vial vs. Consejo Provincial de Chimborazo

“...Y en cuanto a la responsabilidad de las personas jurídicas de derecho público conviene recordar la disposición constitucional que tampoco hace distinción, para efectos de la indemnización entre daños causados dolosa o culposamente: artículo 20...”

Resolución No. 229-2002 de 29 de octubre de 2002 y Aclaración de 25 de noviembre de 2002 publicadas en el Registro Oficial No. 43 de 19 de marzo de 2003. Comité Delfina Torres Viuda de Concha vs. Petroecuador, Petroproducción y Petrocomercial

“...Para mayor abundamiento, se transcriben las normas de derecho en que se sustenta la sentencia para declarar la responsabilidad civil extracontractual de Petroecuador, Petroproducción y Petrocomercial: artículo 20 de la Constitución Política de la República del Ecuador...”

Resolución No. 79-2003 de 19 de marzo de 2003 publicada en el Registro Oficial No. 87 de 22 de mayo de 2003. Dr. Wagner Iván Viñán Vásquez vs. Federación Médica Ecuatoriana

“...Si bien el mencionado profesional, efectivamente ha sido removido del Hospital...no es por consecuencia de la sanción disciplinaria mencionada sino por la acción administrativa seguida por el Director de dicho Hospital estatal por causas previstas en la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa. De esta resolución pudo el agraviado recurrir ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sujeción a la Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo...”

En este contexto, la doctrina del Derecho público, que ya venía planteando que el art. 20 de la Constitución de 1998 configuraba a la responsabilidad estatal como objetiva, propugnaba que la responsabilidad estatal debía regularse por las normas de la Constitución y del Derecho administrativo y separarse de la normativa de la responsabilidad civil extracontractual, destacándose la opinión del constitucionalista ecuatoriano Dr. Ernesto López Freire, quien expuso:

...La responsabilidad entraña la obligación de responder de todo perjuicio que se cause y que sufra una persona sin tener obligación legal para ello, siempre y cuando el daño provenga del ejercicio de la función pública o del concesionario o delegatario de un servicio público (...) todo daño causado por los dignatarios públicos, por sus delegatarios o concesionarios, hiere el deber del Estado de proteger a las personas y a los bienes. Por esa razón no es la causa del daño lo ilícito, sino el perjuicio en sí (...) no siendo menester que se

examine si el acto estuvo motivado por el dolo o la culpa de quien actuó (...) La responsabilidad objetiva del Estado no es un asunto sujeto a las reglas del Derecho Privado o del Código Civil, es un asunto constitucional, sujeto al cumplimiento irrestricto de sus más altos valores y principios y, desde esa perspectiva, sujeto al Derecho Administrativo, en cuanto este es el brazo ejecutor de la Constitución...⁹

El planteamiento doctrinario propugnaba que se configure a la responsabilidad estatal como objetiva, habiendo las Salas de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia establecido un solo tipo de responsabilidad objetiva (accidentes aéreos) y ratificado el criterio de la responsabilidad subjetiva con reversión de la carga de la prueba (culpa presunta estatal) para los casos de construcciones públicas (puentes) y prestación de servicios públicos (electrificación), así:

Resolución de la 1a. Sala Civil No. 20-2004 de 5 de febrero de 2004 publicada en el Registro Oficial No. 411 del 1 de septiembre de 2004. Medardo Luna vs. Autoservicios Ecuatorianos C.A. AECA).

“... En la responsabilidad objetiva, se pondera la tutela jurídica de reparación de la víctima. El damnificado debe solamente demostrar el hecho, el daño y la relación causal vinculante entre los dos primeros... Tampoco se revierte la carga de la prueba de suerte que sería inocuo y de nada serviría al agente señalado como responsable justificar que el accidente fue consecuencia de causa mayor o caso fortuito...”

Resolución de la 2a. Sala Civil expedida el 13 de abril de 2004 publicada en la Gaceta Judicial serie XVII No. 14, p. 4545. Perjudicados de construcción de puente vs. Consejo Provincial del Guayas

“... la responsabilidad extracontractual del Estado, que reconoce tácitamente el art. 20 de la Constitución...”

Resolución de la 2a. Sala Civil expedida el 19 de marzo de 2007 publicada en la Gaceta Judicial serie XVIII No. 3, p. 848. Jesús Rodríguez Moreira vs. Emelmanabí S.A.

“...esta no aplicación del criterio jurisprudencial (Resolución 229-2002) ha conducido a su vez a la no aplicación en la sentencia de lo dispuesto en el art. 2256 (actual 2229), lo que tiene obvia trascendencia, porque ha llevado al Tribunal de última instancia a revocar la sentencia del inferior y a declarar sin lugar la demanda. Aquí cabe resaltar que la parte actora, ha probado debidamente los daños causados por la negligencia de la empresa demandada...”

La desvinculación de la responsabilidad estatal de la concepción civil extracontractual se produjo desde el ámbito del Derecho Público con la expedición, por parte

9. Ernesto López Freire, “La Responsabilidad Objetiva en la Constitución Política del Ecuador”, en *Temas de Derecho Constitucional*, Quito, Publicación de la Academia Ecuatoriana de Derecho Constitucional del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco, Ediciones Legales, 2003, pp. 373, 374 y 380.

de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, de un fallo de casación en abril de 2007, en un caso de deficiente prestación del servicio público de electrificación (descarga eléctrica) que causó graves perjuicios a un menor de edad (que no tenía el deber jurídico de soportarlo).

Este fallo de casación aparta a la responsabilidad estatal de la concepción civilista y la ubica en el ámbito del Derecho constitucional y Derecho administrativo, realizando un análisis del art. 20 de la Constitución de 1998 para determinar que la administración pública debe reparar de forma directa y objetiva los perjuicios ocasionados a los particulares por los defectos funcionales del servicio y por la imposición de cargas públicas injustas que no se encuentran obligados a soportar, recurriendo al factor subjetivo únicamente para efectos del derecho de repetición en contra del funcionario público responsable, y acudiendo al art. 63 No. 1 de la Convención Americana de los Derechos Humanos, con lo cual se estableció la desvinculación entre responsabilidad civil (indemnizatoria) y responsabilidad estatal (reparadora), al siguiente tenor:

Fallo de casación de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia de 11 de abril de 2007 publicado en la Gaceta Judicial serie XVIII No. 4, pp. 1618-1626. Florencio Antonio Andrade Medina por sus propios derechos y en calidad de padre del menor Juan Pablo Andrade Bailón en contra del Conelec, Emelnanabí y Procuraduría General del Estado

“(…) El origen de la responsabilidad extracontractual del Estado no se encuentra en la ilicitud de sus actos o hechos, sino en la injusticia o ilicitud de su actividad en las personas, sus bienes o el ambiente.... De tal forma que en la búsqueda de atender a los intereses colectivos, aunque se entienda que el interés individual deba ceder a ellos, la distribución de las cargas públicas individuales está sometida a un criterio general de igualdad material o sustancial, lo que veda toda forma de sacrificio individual injusto... Por ello cuando el Estado y sus instituciones, en el ejercicio de sus potestades, provocan un desequilibrio en la distribución de las cargas públicas, que implique un sacrificio individual intolerable, está llamado a reparar los perjuicios provocados, a restablecer el balance afectado. Por esta razón, el artículo 20 de la Constitución Política no hace referencia al obrar ilícito o lícito de los funcionarios o empleados públicos, cuando asigna la responsabilidad del Estado en el evento de que cause un perjuicio a los administrados, originada en su comportamiento...

(...)En materia de responsabilidad pública por la deficiente prestación de servicios públicos o por los actos de los funcionarios y empleados públicos, de los que se desprende un perjuicio para los administrados, sería irrelevante, en lo que respecta a la obligación del Estado, la intencionalidad con la que los sujetos se comportan en el ejercicio de sus funciones. Ello no significa que esta intencionalidad no sea relevante en el sistema de responsabilidad, pues como lo establece el inciso segundo de la norma analizada (artículo 20 de la Constitución Política), la calificación de culpabilidad de los funcionarios y emplea-

dos públicos determina la posibilidad de que el Estado pueda repetir en su contra los perjuicios económicos que tuvo que asumir frente a los administrados. En este punto es preciso aclarar que la responsabilidad del Estado, tal como ha sido perfilada, no se adecúa tampoco a la idea de culpa presunta, propia, por ejemplo de las actividades de riesgo o de la responsabilidad de actos de terceros...

(...) La responsabilidad patrimonial del Estado es, en todos los casos, directa...

(...) la injusticia en la afectación se desprende ordinariamente de la vulneración del referido principio de igualdad material en la distribución de las cargas públicas. Se trata entonces de una afectación anormal, esto es, un efecto dañoso que excede manifiestamente las consecuencias generales que objetivamente se pueden esperar de la actividad pública en relación con el conjunto de los administrados... nadie está obligado a asumir un sacrificio individual sin mediar un deber constitucional que se lo haya impuesto...

(...) demostrado el daño indemnizable resta únicamente determinar la vinculación en una relación de causa-efecto de la actividad pública que se trate con el referido daño... En este sentido las Instituciones del Estado únicamente podrán oponerse a las pretensiones resarcitorias... si prueban que los efectos dañosos se derivan de fuerza mayor, caso fortuito, por el hecho de tercero o por culpa de la víctima...

(...) Cuando se alega que el Estado ha incurrido en responsabilidad extracontractual por deficiencia en la prestación de los servicios públicos... se evalúa un defecto sistémico, funcional de la actividad pública (que, se insiste, se efectúa a través de actos, hechos y contratos)... sin determinación de ninguna clase porque se los presupone para toda prestación de un servicio público como actividad pública, cuya deficiencia funcional se sostiene ha causado un daño indemnizable...

(...) Al entrar en materia de indemnizaciones esta Sala invoca la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que en su artículo 63.1 dispone la obligación del Estado, cuya responsabilidad ha sido establecida, de reparar el daño ocasionado y sus consecuencias, y la de determinar el pago de una justa indemnización (...)"

El constitucionalista ecuatoriano Luis Fernando Torres, al comentar dicho fallo, concluye:

... Los jueces dejaron en claro que la responsabilidad del Estado –perfilada en función de la afectación ilícita– no guarda correspondencia con la idea de culpa presunta, que emerge de la realización de actividades de riesgo o de responsabilidad por actos de terceros... Los demandados alegaron que los tendidos eléctricos no tenían aislantes y estaban a la intemperie en la zona de afectación al menor de edad por razones de costo-beneficio. De ello se concluía que, para los demandados, los costos de proveer mayores seguridades a los administrados, y por lo tanto, precaver los perjuicios eventuales era superior al beneficio de sostener un sistema que permita un costo de servicio eléctrico menor. Con esos argumentos resultó que, al final, la deficiencia en la prestación del servicio de

distribución de energía eléctrica fue un dato objetivo plenamente admitido por los demandados...¹⁰

La remisión que realiza la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador (integrada por el Dr. Hernán Salgado Pesantes, ex juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos –Corte IDH–) al art. 63.1 de la Convención Americana de los Derechos Humanos, aplicada por la Corte IDH en sus sentencias, resulta fundamental para entender la desvinculación entre responsabilidad civil (indemnizatoria) y responsabilidad estatal (reparadora).

RESPONSABILIDAD OBJETIVA REPARADORA INTEGRAL DEL ESTADO

De conformidad con la Constitución del Ecuador promulgada en el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008, en su art. 11.9 1er. a 3er. incisos, la responsabilidad estatal se enfoca a respetar los derechos y a reparar las violaciones a los mismos (supera el anterior concepto de indemnización civil de perjuicios), teniendo el Estado el derecho de repetir inmediatamente en contra de los responsables (aunque se haya eliminado la referencia expresa a la comprobación judicial de la culpabilidad, como se establecía anteriormente el término *responsables* implica la prosecución de un debido proceso), reparación que es integral conforme el principio garantista de protección de los derechos establecido en el art. 86 No. 3, en función de que conforme al art. 226, las potestades públicas previstas formalmente por la Constitución y la ley se ejercen para asegurar el efectivo goce y ejercicio de los derechos (traslado de la legalidad formal a la estricta legalidad).

Además, la Constitución de 2008 ha ampliado el concepto y alcance de la responsabilidad del servidor público, pues el art. 229 ha establecido que cualquier persona que a cualquier título trabaje, preste un servicio o ocupe un cargo, función o dignidad en el sector público se considera como servidor público (anteriormente se diferenciaban las calidades públicas entre dignatarios, funcionarios y servidores, en tanto que el servicio público excluía al trabajador y al contratado civilmente por el Estado), servidor público que según el art. 233 no se encuentra exento de responsabilidades administrativas, civiles y penales por sus actos y omisiones en el ejercicio de sus funciones, especialmente por el cometimiento de los delitos peculado, cohecho, concu-

10. Luis Fernando Torres, “Responsabilidad Civil Extracontractual del Estado”, en *Debate Constitucional*, No. 8, *Sección Judicial*, Quito, Fundación Hanns Seidel / Corporación Autogobierno y Democracia, marzo de 2009.

sión y enriquecimiento ilícito (incluyéndose actualmente al trabajador y contratado civilmente por el Estado).

En tal virtud, podemos afirmar que el carácter objetivo de la responsabilidad estatal, establecido en la Constitución de 1998, se mantiene en la Constitución de 2008, pero desligada de la concepción civilista indemnizatoria de los perjuicios para radicarse en la concepción reparadora de la violación de los derechos en una dimensión ampliada.

Así, en la concepción civilista, el daño existe jurídicamente cuando se cumplen ciertas condiciones que dan lugar al pago de la indemnización respectiva, restringiéndose en el mejor de los casos la indemnización del perjuicio al ámbito exclusivamente económico, estando la víctima obligada a probar los daños (responsabilidad subjetiva) o a esperar que el Estado no pruebe su prudencia, diligencia o pericia (culpa presunta estatal).

En tanto que en la concepción reparadora (establecida ya en la última Resolución de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia de 11 de abril de 2007 y consagrada en el art. 11.9 y art. 86.3 de la Constitución de 2008) se prioriza el daño causado a la víctima, que no se encuentra obligada a soportar cargas injustas por parte del Estado, razón por la cual el afectado no debe probar ni la ilicitud ni la culpabilidad de la conducta estatal, sino únicamente la relación de causalidad entre la actividad estatal dañosa y el perjuicio acontecido (responsabilidad directa y objetiva), pudiendo el Estado únicamente deducir eximentes externos para desvirtuar la relación de causalidad (fuerza mayor, caso fortuito, hecho de tercero o propia culpa de la víctima).

Respecto del alcance de la reparación integral en el contexto del sistema internacional de protección de derechos, vale citar lo expuesto por la autora colombiana Paula Ayala Rodríguez, quien señala:

... La reparación integral surge como respuesta al cambio de concepción de los derechos de las víctimas... se presentó en el derecho internacional una tendencia hacia una concepción más amplia de justicia, en la que se incluyera el derecho de las víctimas a obtener además de la indemnización económica, la verdad sobre los hechos y la garantía de seguirle un proceso adecuado y apegado a las normas al autor ... la reparación que se le debe conceder a las víctimas incluye la restitución, la indemnización, la rehabilitación, la reparación moral y la garantía de no repetición, el derecho a la verdad y el derecho a la justicia ... La restitución pretende dejar a la víctima en la misma situación en la que se encontraba antes ... La indemnización que busca tasar en dinero los perjuicios... La rehabilitación supone incluir dentro del perjuicio que se le reconoce a la víctima todos los gastos... A su vez la satisfacción y garantías de no repetición, que se dirigen principalmente

a obtener por parte de la víctima su aceptación y la prevención de sucesos violentos como los sufridos...¹¹

En el caso ecuatoriano, Ramiro Ávila Santamaría, al determinar el carácter reparador de las garantías constitucionales, señala:

...La reparación integral ha tenido un desarrollo considerable en el Derecho internacional de los derechos humanos. El principio que guía la reparación integral es que hay que procurar la “restitutio in integris”. La reparación, al contrario de la indemnización civil, que es exclusivamente patrimonial, puede ser material e inmaterial. Material es lo que se puede cuantificar. Lo inmaterial es aquello que no puede ser evaluado monetariamente como el trauma psicológico, la necesidad de una disculpa, la restitución en un cargo público. En este aspecto, se debe contar con la opinión de la víctima, la creatividad es también un imperativo, hay veces en que la sola sentencia puede ser una reparación adecuada y otras en que la reparación es tan compleja que requiere ser satisfecha en el tiempo, como la prevención de la tortura que requiere capacitación...¹²

El art. 86.3 de la Constitución vigente, que establece a la reparación integral como principio fundamental del nuevo diseño constitucional de la responsabilidad estatal, ha sido desarrollado por disposiciones del Código Orgánico de la Función Judicial que disponen la repetición de lo pagado por el Estado y la competencia de las Salas de lo Contencioso Administrativo de las Cortes Provinciales sobre las acciones de reparación estatal (art. 33 y art. 217 No. 8) y de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional que regula a la reparación integral (art. 18) y a la acción de repetición con el fin de reintegrar al Estado los recursos erogados por concepto de reparación (art. 67), así:

Código Orgánico de la Función Judicial promulgado en el Suplemento del Registro Oficial No. 544 de 09 de marzo de 2009

“Art. 33. Repetición de lo pagado por el Estado. En los casos contemplados en el artículo anterior, el Esta-

Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional promulgada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 52 de 22 de octubre de 2009

“Art. 18. Reparación integral. En caso de declararse la vulneración de derechos se ordenará la reparación integral por el daño material e inmaterial. La reparación integral procurará que la persona o personas titulares del derecho violado gocen y disfruten el derecho de la manera más adecuada posible y que se restablezca a la situación anterior a la viola-

11. Paula Ayala Rodríguez, *La reparación integral como forma de cumplir con la obligación moral de recordar*, Bogotá, Universidad de los Andes / Corcas Editores Ltda., 2005, pp. 23, 24, 25, 28 y 29.

12. Ramiro Ávila Santamaría, “Las garantías: herramientas imprescindibles para el cumplimiento de los derechos. Avances Conceptuales en la Constitución de 2008”, en *Desafíos Constitucionales. La Constitución ecuatoriana de 2008 en perspectiva*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del Ecuador, 2008, pp. 104 y 105.

do ejercerá en forma inmediata el derecho de repetición contra las personas responsables del daño producido, sin perjuicio de las responsabilidades, administrativas, civiles y penales. De haber varios responsables, todos quedarán solidariamente obligados al reembolso del monto total pagado más los intereses legales desde la fecha del pago y las costas judiciales...”

“Art. 217. Atribuciones y Deberes. Corresponde a las juezas y jueces que integren las salas de lo contencioso administrativo:

8. Conocer y resolver las acciones propuestas contra el Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, en las que se reclame la reparación de las violaciones a los derechos de los particulares por falta o deficiencia de la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarias y funcionarios y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos.”

ción. La reparación podrá incluir, entre otras formas, la restitución del derecho, la compensación económica o patrimonial, la rehabilitación, la satisfacción, las garantías de que el hecho no se repita, la obligación de remitir a la autoridad competente para investigar y sancionar, las medidas de reconocimiento, las disculpas públicas, prestación de servicios públicos, la atención de salud.

La reparación por el daño material comprenderá la compensación por la pérdida o detrimento de los ingresos de las personas afectadas, los gastos efectuados con motivo de los hechos y las consecuencias de carácter pecuniario que tengan un nexo causal con los hechos del caso. La reparación por el daño inmaterial comprenderá la compensación, mediante el pago de una cantidad de dinero o la entrega de bienes o servicios apreciables en dinero, por los sufrimientos y las aflicciones causados a la persona afectada directa y a sus allegados, el menoscabo de valores muy significativos para las personas, así como las alteraciones, de carácter no pecuniario, en las condiciones de existencia del afectado o su familia. La reparación se realizará en función del tipo de violación, las circunstancias del caso, las consecuencias de los hechos y la afectación al proyecto de vida.

En la sentencia o acuerdo reparatorio deberá constar expresa mención de las obligaciones individualizadas, positivas y negativas, a cargo del destinatario de la decisión judicial y las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que deben cumplirse, salvo la reparación económica que debe tramitarse de conformidad con el artículo siguiente.

La persona titular o titulares del derecho violado deberán ser necesariamente escuchadas para determinar la reparación, de ser posible en la misma audiencia. Si la jueza o juez considera pertinente podrá convocar a nueva audiencia para tratar exclusivamente sobre la reparación, que deberá realizarse dentro del término de ocho días”

“Art. 67. Objeto y ámbito. La repetición tiene por objeto declarar y hacer efectiva la responsabilidad patrimonial por dolo o culpa grave de las servidoras y servidores públicos en el ejercicio de sus funciones, cuando el Estado ha sido condenado a reparar materialmente mediante sentencia o auto definitivo en un proceso de garantías jurisdiccionales o en sentencia o resolución definitiva de un organismo internacional de protección de derechos...”

En virtud de que las connotaciones de la reparación integral han sido planteadas por la doctrina especializada dentro del sistema internacional de protección de derechos y las disposiciones legales se perfilan en este sentido, se podría delinear al nuevo diseño constitucional de la responsabilidad reparadora estatal bajo los parámetros del Sistema Interamericano de los Derechos Humanos, que sería al momento, en que todavía no existe jurisprudencia sobre el tema al amparo de la Constitución de 2008, la única perspectiva válida para delinear la nueva responsabilidad del Estado ecuatoriano, encontrándose, como antecedente, los casos en los que el Ecuador ha sido llamado para responder cargos ante la Comisión IDH o en procesos jurisdiccionales instaurados en su contra por la Comisión IDH ante la Corte IDH.

Tratándose de los asuntos ante la Comisión IDH, el Ecuador ha acordado con las víctimas la entrega de indemnizaciones (los casos paradigmáticos son el de los hermanos Restrepo y el de Consuelo Benavides),¹³ no habiendo llegado por esta razón a sede de la Corte IDH.

Con relación a un caso planteado por la Comisión IDH ante la Corte IDH, el Ecuador fue declarado responsable por la violación de los derechos de libertad y propiedad del ciudadano de nacionalidad francesa Daniel Tibi, reparado integralmente por medio de las disculpas públicas del Estado ecuatoriano, la difusión internacional en Francia del agravio cometido, la garantía de no repetición a través de los programas de formación del personal judicial y policial del país, la devolución de sus bienes incautados y la indemnización material y moral por los daños causados de forma personal y en su ámbito familiar.¹⁴

TÍTULOS JURÍDICOS DE IMPUTACIÓN OBJETIVA DE LA RESPONSABILIDAD ESTATAL

La falla del servicio y el desequilibrio de las cargas públicas, se constituyen en los títulos de imputación objetiva de la responsabilidad estatal, los mismos que han sido analizados por la doctrina y jurisprudencia especializadas.

13. Ernesto López Freire, *La Responsabilidad Objetiva en la Constitución Política del Ecuador*, p. 372.

14. Sentencia de 7 de septiembre de 2004 que contiene el voto concurrente del juez *ad hoc* ecuatoriano Dr. Hernán Salgado Pesantes quien expone "6...los jueces que actuaron...son responsables...en contra de ellos y de los policías que actuaron el Estado tiene el derecho de repetición de todas las indemnizaciones que haga, además de la responsabilidad penal...".

FALLA DE SERVICIO

La falla de servicio es la base fundamental del régimen de responsabilidad pública en el sistema francés y en otros ordenamientos jurídicos influenciados por sus instituciones jurídicas.

El autor español Luis Ortega Álvarez, sobre la falla de servicio del sistema francés, menciona:

... Pese a que el sistema francés parte de la noción de falta, ésta no se puede asimilar al concepto de culpa, pues como ha señalado Leguina, cuando se habla de funcionamiento *fautif* se quiere aludir no tanto a la presunta o inexistente *culpabilidad* del servicio, sino más bien a la antijuridicidad del daño soportado por la víctima, antijuridicidad que se traduce en el anormal funcionamiento del servicio. A partir de esta concepción el sistema funciona identificando un daño imputable a la administración, demostrando la existencia de un nexo causal directo entre la actividad pública y el perjuicio efectivamente padecido y la ausencia de ninguna causa externa que rompa el nexo de causalidad...¹⁵

La jurisprudencia colombiana ha enfatizado que la falla de servicio se refiere a la deficiencia del sistema estatal, más que a la incorrección individual del agente público, razón por la cual la falla puede ser anónima. Así, el Consejo de Estado de Colombia, mediante sentencia de 14 de febrero de 2002 (Expediente 5920 120549), determinó lo siguiente:

...El comportamiento de los agentes...compromete la responsabilidad de la entidad a la que pertenecían, teniendo en cuenta que para los efectos de establecer dicha responsabilidad ha de tomarse en cuenta no tanto la actuación individual de los agentes, como la falla anónima de la administración, en virtud de la cual resulta imputable al Estado el daño antijurídico sufrido por el lesionado y sus familiares...Este daño antijurídico, según se advirtió, resulta imputable a una autoridad pública... a través de la falla del servicio...¹⁶

En el Ecuador, el equipo de investigación del INREHD y CEPAM, sobre la ineficiencia en el servicio público o falla del servicio, ha opinado:

Constituye un progreso en el tema... en el sentido de que deja de ser necesaria la demostración del dolo o culpa de un funcionario individualizado y se pasa a hablar de la falla

15. Luis Ortega Álvarez, *La Responsabilidad Civil de la Administración Pública*, pp. 768 y 769.

16. Sentencia citada por Martín Bermúdez Muñoz, "El título jurídico de imputación en la responsabilidad estatal", en *Temas de Derecho Administrativo Contemporáneo*, Bogotá, Centro Editorial Universidad del Rosario, 2005, p. 327.

del servicio en cuanto tal... En este caso se debe probar el daño, la falla del servicio y la relación de causalidad entre los dos primeros elementos...¹⁷

Cabe señalar que el concepto de falla de servicio fue empleado jurisprudencialmente por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema del Ecuador en el fallo de casación de 11 de abril de 2007 antes analizado, bajo la figura de defecto sistémico funcional del servicio público, sin que sea necesario la determinación de los autores del acto o hecho administrativo, puesto que lo que se ataca es la falla sistémica del servicio prestado directamente por el Estado o por sus concesionarios o delegatarios (falla anónima).

En este sentido, la falla del servicio se puede conceptualizar como el título jurídico de imputación objetiva de la responsabilidad estatal, fundamentada en el funcionamiento anormal de un servicio público (falta o deficiencia del servicio) que provoca un daño antijurídico al particular, quien no debe probar la culpabilidad del agente público (que puede ser anónimo) sino únicamente el nexo causal entre la falta o deficiencia del servicio y el daño ocasionado.

DESEQUILIBRIO DE LAS CARGAS PÚBLICAS

El autor colombiano Ramiro Saavedra Becerra, sobre el origen del principio de igualdad ante las cargas públicas en el sistema francés recogido por la jurisprudencia colombiana, expone:

...El principio de igualdad ante las cargas públicas se ha invocado con frecuencia en la doctrina como el fundamento de la responsabilidad administrativa en su conjunto... El primero de los grandes autores en hacerlo fue TEISSIER quien, en su libro *La responsabilité de la puissance publique* (1906), presentó este principio como explicación general de la responsabilidad administrativa. Según TEISSER, *no es justo que los ciudadanos de un país tengan que sufrir, en una proporción desigual, actos del poder público y del funcionamiento de los servicios públicos de interés general establecidos para el bien de todos (...)* En Colombia, como se sabe, la teoría del daño especial fue incorporada a la jurisprudencia del Consejo de Estado desde 1947. El profesor EUSTORGIO SARRIA decía refiriéndose a ella...no es sino una derivación de la primitiva teoría de DUGUIT, quien se refirió con más propiedad a las cargas excepcionales, al perjuicio particular, que es lo mismo que el daño especial (...)¹⁸

17. Equipo de Investigación del INREDH y CEPAM, *El Derecho a la Reparación en el Procesamiento Penal*, p. 34.

18. Ramiro Saavedra Becerra, *La Responsabilidad Extracontractual de la Administración Pública*, capítulo 16, "La Responsabilidad por Ruptura de la Igualdad ante las Cargas Públicas o Teoría del Daño Especial", Medellín, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2003, pp. 429 y 430.

El Consejo de Estado de Colombia, mediante sentencia de 27 de enero de 2000 (expediente 10867), determinó que las actividades legítimas pueden desequilibrar las cargas públicas, así:

... Sin embargo, actuando en nombre y para la comunidad, ocasionó un perjuicio especial, anormal, que excede del que normalmente deben soportar los asociados en razón de la naturaleza especial de los poderes y las actuaciones del Estado, quebrantando así la igualdad de los mismos frente a las cargas públicas. La actividad desplegada por la fuerza pública era legítima y en beneficio de la comunidad, pero como en razón de ella el actor sufrió un daño que desborda los límites que normalmente están obligados a soportar los administrados, la indemnización de los perjuicios, debe correr a cargo del Estado.¹⁹

El autor costarricense Eduardo Ortiz Ortiz, con relación a la especialidad del daño, afirma:

...cuando el daño o lesión son inferidos por una conducta legítima del ente público, en uso de la autorización que le da el ordenamiento (bajo la forma de potestad si se trata de actos jurídicos, o de facultad si de actividades, comportamientos o servicios), el ofendido tiene el deber de soportar la lesión sin indemnización, y a la inversa, tendrá derecho a la responsabilidad del ente público, si no tiene tal deber... Este deber no se da cuando la lesión excede en perjuicio del ofendido, lo que es previsible como normal en el comportamiento social, de modo que la posición del ofendido sea peor que la de otros individuos en igual situación jurídica y de hecho, con violación del principio de igualdad ante la ley... No existirá el deber de soportar el daño inferido cuando no haya autorización para inferirlo (vía de hecho), cuando la autoridad use ilegalmente la autorización que tiene, o cuando la conducta pública legítima cause daño especial, en cuanto anormal o incompatible con la existencia del ejercicio del derecho dañado que coloque al individuo en situación de desigualdad respecto del resto de sujetos titulares del mismo derecho y ubicados en la misma situación de hecho...²⁰

El equipo de investigación del INREHD y CEPAM del Ecuador sobre el tema señaló:

...Se ha aceptado la responsabilidad del Estado, en los casos que, como resultado del ejercicio de la competencia de la Administración Pública, aún actuando legalmente causa un daño especial, la base de este tipo de responsabilidad está en el principio de igual distribución de las cargas públicas... Se trata de una responsabilidad objetiva del Estado en el sentido que los elementos que deben existir son la conductas o los hechos que dan lugar

19. Sentencia citada por Martín Bermúdez Muñoz, "El título jurídico de imputación en la responsabilidad estatal", p. 329.

20. Eduardo Ortiz Ortiz, "Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública", p. 796.

a la reparación; y la verificación de que el daño se ha producido, sin considerar a la licitud del hecho que lo produjo ...²¹

La Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema del Ecuador, en el fallo de casación de 11 de abril de 2007 antes mencionado, profundizó a detalle sobre la ruptura del principio de igualdad ante las cargas públicas, reafirmando que los ciudadanos únicamente se encuentran obligados a cumplir los deberes constitucionales, razón por la cual aquellas imposiciones que excedan esta previsión constitucional o aquellas situaciones que desbordan la normalidad de lo que regularmente el particular espera de un servicio público constituyen cargas públicas injustas que ninguna persona se encuentra obligada a soportar.

En tal virtud, el desequilibrio de las cargas públicas se puede conceptuar como el título jurídico de imputación objetiva de la responsabilidad estatal, fundamentado en el perjuicio ocasionado por la actividad estatal que, aunque se encontrare autorizada, coloca al afectado en una situación inesperada y desigual frente al resto de conciudadanos (daño especial y excepcional), no encontrándose el afectado obligado a soportar esta ruptura del principio de igualdad (carga pública injusta) ni a probar la juridicidad y culpabilidad del agente público, sino únicamente la causalidad entre el hecho y el daño.

Cabe señalar que la doctrina española precursora de la imputación objetiva de la responsabilidad estatal, ante el lamentable abuso de la figura, últimamente la ha reformulado para precisar su alcance. Así, el jurista Oriol Mir Puigpelat plantea el cumplimiento de requisitos:

a) Existencia de una lesión, entendida por la doctrina planteada por García de Enterría como un daño antijurídico (que es el que la víctima no tiene el deber de soportar de acuerdo con la Ley), efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas. b) Un primer nivel de imputación en el cual se atribuye la conducta de una persona física, bien sea identificada o no a la Administración. c) Un segundo nivel de imputación en el cual se atribuye el daño a la Administración. Ello se producirá cuando exista una relación de causalidad entre la conducta y el daño, y además cuando este daño sea imputable objetivamente (en sentido estricto) a la Administración.²²

21. Equipo de investigación del INREDH y CEPAM, *El Derecho a la Reparación en el Procesamiento Penal*, pp. 34 y 35.

22. Oriol Mir Puigpelat, *La responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria. Organización, imputación y causalidad*, Madrid, Civitas, 2000, p. 81, citado por Ramiro Saavedra Becerra, *La Responsabilidad Extracontractual de la Administración Pública*, capítulo 21, "Responsabilidad Objetiva por Daño Antijurídico e Imputación Objetiva hacia un Nuevo Sistema de Responsabilidad Estatal", pp. 718 y 719.

CONCLUSIONES

1. En el Ecuador, según la doctrina y jurisprudencia de casación, la responsabilidad del Estado experimentó un paulatino proceso evolutivo que, en términos generales, comienza con la promulgación de la Constitución Política del Ecuador el 11 de agosto de 1998 que consagró con rango constitucional la responsabilidad estatal (art. 20); disposición constitucional que fue considerada en las resoluciones de las salas de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia (abril de 2000 a marzo de 2007) que encuadraron a la responsabilidad estatal dentro de la esfera del Derecho civil en la responsabilidad civil extracontractual, especialmente dentro de la categoría de actividades riesgosas estableciendo la reversión de la carga de la prueba a favor de los afectados (culpa presunta estatal) y condenando a las entidades públicas al pago de indemnizaciones.

2. La concepción civil indemnizatoria de la responsabilidad estatal fue replanteada por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia (abril de 2007) al analizar el art. 20 de la Constitución de 1998 dentro de la esfera del Derecho Público y determinar que el Estado debe reparar de forma directa los perjuicios a los particulares originados por el defecto funcional del servicio público o por la imposición de cargas públicas injustas que no se encuentran obligados a soportar, constituyéndose en el último avance jurisprudencial en materia de responsabilidad estatal al realizar valiosos aportes para el entendimiento de la naturaleza jurídica constitucional del asunto, desligándola de la concepción civilista de corte indemnizatorio y basada en la culpa presunta estatal que posibilitaba que el Estado pruebe su diligencia para eximirse de responsabilidad.

3. La obligación estatal de reparar los perjuicios a los particulares se fundamenta en títulos jurídicos de imputación objetiva basados en los defectos funcionales y sistémicos de los servicios públicos (falla del servicio) y en el desequilibrio generado por las actuaciones estatales en la distribución de las cargas públicas de los ciudadanos (desequilibrio de las cargas públicas), según los cuales el afectado no debe probar la ilicitud y culpabilidad del agente público sino únicamente el vínculo entre la actividad estatal dañosa y el perjuicio (relación de causalidad), ni el Estado puede eximirse de responsabilidad probando su diligencia, sino que únicamente puede deducir eximentes externos para desvirtuar el nexo de causalidad (caso fortuito, fuerza mayor, hecho de tercero y culpa de la propia víctima).

4. A partir de la Constitución de la República del Ecuador promulgada el 20 de octubre de 2008 y conforme la doctrina inspiradora del nuevo régimen constitucional (neo-constitucionalismo garantista), se puede evidenciar que el anterior diseño constitucional sobre la responsabilidad estatal asimilado a la concepción civilista

(responsabilidad extracontractual indemnizatoria) ha sido reformulada y ampliada, habiéndose construido una nueva concepción de la responsabilidad estatal enfocada sustancialmente a reparar los derechos violados mediante medidas de restitución, compensación, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición (reparación integral objetiva), debiendo el Estado repetir en contra del funcionario responsable lo efectivamente pagado (derecho de repetición), conforme lo previsto en el art. 11 No. 9 y art. 86 No. 3 de la Constitución, art. 33 y art. 217 No. 8 del Código Orgánico de la Función Judicial, art. 18 y art. 67 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

BIBLIOGRAFÍA

- Andrade Ubidia, Santiago, *Material de clase de la cátedra de Negocios Jurídicos*, capítulo X: Las transgresiones jurídicas, Quito, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 2000.
- Ávila Santamaría, Ramiro, “Las garantías herramientas imprescindibles para el cumplimiento de los derechos. Avances conceptuales en la Constitución de 2008”, en *Desafíos constitucionales. La Constitución ecuatoriana de 2008 en perspectiva*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del Ecuador, 2008.
- Ayala Rodríguez, Paula, *La reparación integral como forma de cumplir con la obligación moral de recordar*, Bogotá, Universidad de los Andes, Corcas Editores Ltda., 2005.
- Benalcázar Alarcón, Patricio, Romel Jurado Vargas, Lorena Salgado, María Judith Salgado y Roxana Silva, *El derecho a la reparación en el procesamiento penal*, Quito, Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos, INREDH / Centro Ecuatoriano para la Promoción y Acción de la Mujer, CEPAM, 2000.
- Bermúdez Muñoz, Martín, “El título jurídico de imputación en la responsabilidad estatal”, en *Temas de Derecho administrativo contemporáneo*, Bogotá, Centro Editorial Universidad del Rosario, 2005.
- Código Orgánico de la Función Judicial publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 544 de 9 de marzo de 2009.
- Constitución de la República del Ecuador publicada en el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.
- Constitución Política de la República del Ecuador publicada en el Registro Oficial No. 1 de 11 de agosto de 1998.
- De Trazegnies, Fernando, *La responsabilidad extracontractual*, t. II, Bogotá, Temis, 2000, 5a. ed.
- García Goyena, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Zaragoza, s.e., 1974.
- Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, promulgada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 52 de 22 de octubre de 2009.

- López Freire, Ernesto, “La responsabilidad objetiva en la Constitución Política del Ecuador”, en *Temas de Derecho constitucional*, Quito, Academia Ecuatoriana de Derecho Constitucional del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco, Ediciones Legales, 2003.
- Mir Puigpelat, Oriol, *La responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria. Organización, imputación y causalidad*, Madrid, Civitas, 2000.
- Ortega Álvarez, Luis, “La responsabilidad civil de la administración pública”, en Eduardo García de Enterría y Manuel Clavero Arévalo, dirs., *El Derecho público de finales de siglo. Una perspectiva iberoamericana*, Madrid, Civitas, 1997.
- Ortiz Ortiz, Eduardo, “Responsabilidad patrimonial de la administración pública”, en Eduardo García de Enterría y Manuel Clavero Arévalo, dirs., *El Derecho público de finales de siglo. Una perspectiva iberoamericana*, Madrid, Civitas, 1997.
- Pascual Estevill, Luis, *La responsabilidad extracontractual, aquiliana o delictual*, t. II, vol. 2, Barcelona, Bosch, 1990.
- Resoluciones de las Salas de lo Civil y Mercantil y de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador, publicadas en Registros Oficiales y Gacetas Judiciales desde abril de 2000 a abril de 2007.
- Saavedra Becerra, Ramiro, *La responsabilidad extracontractual de la administración pública*, capítulo 16: La responsabilidad por ruptura de la igualdad ante las cargas públicas o teoría del daño especial, y capítulo 21: Responsabilidad objetiva por daño antijurídico e imputación objetiva hacia un nuevo sistema de responsabilidad estatal, Medellín, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2003.
- Torres, Luis Fernando, “Responsabilidad civil extracontractual del Estado”, en *Debate Constitucional*, No. 8, Quito, Fundación Hanns Seidel / Corporación Autogobierno y Democracia, marzo de 2009.

Fecha de recepción: 6 de octubre de 2009
Fecha de aceptación: 23 de octubre de 2009

Los nuevos saberes en el constitucionalismo ecuatoriano

*Jhoel Escudero S.**

RESUMEN

Para evitar una transformación formal y conducir un cambio constitucional sustancial se hace indispensable generar una construcción teórica en la que se sustenten los valores estructurales del constitucionalismo ecuatoriano como son el Sumak Kawsay y la justicia. Los nuevos saberes constitucionales son una motivación para transformar la práctica del derecho en el sistema de justicia ecuatoriano, porque no es suficiente el ejercicio tradicional del derecho para las exigencias del sistema constitucional actual. Es importante identificar que el cambio a lo nuevo ofrece resistencia en la práctica y exige creatividad para la transformación, circunstancia que se apega a la reparación integral que involucra el ejercicio de la justicia no como un ideal reservado para la teorización, sino que exige materialización.

PALABRAS CLAVE: nuevos saberes, Estado de Derecho, Estado constitucional, justicia, Sumak kawsay, reparación integral.

SUMMARY

In order to avoid a formal transformation and conduct a substantial constitutional conversion, it is necessary to generate a new theoretical construction to support structural values of the new Ecuadorian constitutionalism such as the Sumak Kawsay and justice. These new constitutional notions are a motivation to transform the practice of law in the Ecuadorian jurisdictional system, the traditional exercise of law is not enough for the new exigencies of the current constitutional system. Finally, it is important to identify that these changes will face resistance in practice, and therefore, will require creativity in order to cause a real transformation. This circumstance is close to the integral reparation, which involves the exercise of justice not as an ideal reserved only for theorization, but as an aspiration that requires materialization.

KEY WORDS: new notions, rule of law, Constitutional State of Justice, Sumak kawsay, integral reparation.

FORO

* Asesor de la Corte Constitucional, miembro de la Red de Nuevos Constitucionalistas Críticos Capítulo Ecuador.

“Lejos de las pretensiones teóricas de la justicia, [...] nos propone reconocerla no como una construcción conceptual, sino como una experiencia vital”

Gustavo Zagrebelsky

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo unifica dos aspectos que ponen de relieve el cambio de sistema constitucional en el Ecuador, que consiste en pasar de una Constitución estática, en el sentido que asumía el significado de norma subordinada a las exigencias de las fuerzas que se expresaban en la ley ordinaria, a una Constitución dinámica como una norma jurídica vinculante para los actores políticos.¹ Es sin duda un proceso de transformación político constitucional, que implica un proceso dialéctico entre: “cambio y conservación”.² En primer lugar, se trata de comunicar los nuevos pilares sobre los cuales descansa la Constitución ecuatoriana, que son los valores de la Justicia y el *Sumak Kawsay* o buen vivir.³ En ese sentido, es menester preguntarnos ¿cómo deberán ser aplicados estos valores? Los cuales constituyen un deber jurídico propio de la administración de justicia y de quienes se espera algo más que *decidir el Derecho*.⁴ La expresión “nuevos saberes”, a más de identificar el cambio de Constitución, proyecta otro sistema de aplicación y creación del derecho, lo cual genera tensión y confusión con el positivismo legal aplicado tradicionalmente por los operadores de justicia como norma general en los procesos administrativos, judiciales y constitucionales de controversia. A su vez, afecta la ubicación de la ley, se incrementan principios y métodos de interpretación y se propone una la reparación creativa e integral.

El propósito de este trabajo es generar una orientación del enfoque de las normas constitucionales con el accionar práctico; así como unificar el desarrollo doctrinario de los valores y principios, mediante la incorporación de “los nuevos saberes” constitucionales. Este enfoque permitirá proponer un cambio en las prácticas jurídicas en

1. Claudia Storini, “Criterios hermenéuticos de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional para la interpretación de las normas de reparto competencial entre Estado y comunidades autónomas”, tesis doctoral, Departamento de Derecho Constitucional y de la Administración, Valencia, 2001, p. 19.

2. Peter Häberle, *El Estado Constitucional*, Lima, Universidad Autónoma de México / Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003, p. XXVI.

3. *Sumak*: bueno, buena, bien. *Kawsay*: vida. Nace del mundo andino, “vida buena”. En <http://asambleablog.wordpress.com/2008/06/03/sumak-kawsay/>. Para el pueblo kichwa de Pastaza significa: “vida limpia y armónica”. Rafael Quintero, *La Constitución del 2008: un análisis político*, Quito, Abya-Yala, 2008, p. 38.

4. Claudia Storini, “Criterios hermenéuticos de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional para la interpretación de las normas de reparto competencial entre Estado y comunidades autónomas”, p. 13.

el Ecuador, relacionado a la interpretación de los valores antes citados y la inclusión de estos en la reparación integral, diferenciando el modelo de justicia positiva legal del modelo positivista constitucional.

LOS NUEVOS SABERES EN LA CONSTITUCIÓN ECUATORIANA

Por nuevos saberes en el constitucionalismo, se entiende la incorporación en la administración de justicia de valores y principios establecidos en la Constitución⁵ que, a diferencia del positivismo legal, no fueron tomados en cuenta debido a la obligación de la aplicación de la ley por encima de la Constitución parte de los jueces. Esto definitivamente, por un lado, afecta la ubicación de la ley, mientras que por otro materializa los contenidos de la Constitución en la aplicación del caso concreto en cuanto a afectación de derechos constitucionales se refiere. Estructuralmente, se unifican dos fuentes del constitucionalismo, el Estado de Derecho o de la razón⁶ y el Estado Constitucional de derechos y justicia, de la razonabilidad y de la racionalidad.⁷ El cambio reviste un adecuado marco de complementariedad en la aplicación de los principios constitucionales y la ley, lo cual significa el sometimiento de todos los poderes públicos y las personas a la Constitución. En este modelo la aplicación de la Constitución, constituye una obligación jurídica que implica que todos los poderes

-
5. LOS VALORES CONSTITUCIONALES. El constitucionalismo obliga a garantizar el respeto a valores supremos. La observancia de valores constitucionales implica la integración de un orden justo. (Corte Constitucional del Colombia S. T-209-60).

PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES. Se denominan principios a las normas que carecen o que presentan de modo fragmentado el supuesto de hecho o condición de aplicación, son normas téticas (principios) y no hipotéticas (reglas), así por ejemplo: la igualdad, como muchos derechos fundamentales, no puede en tales criterios observarse el juicio de especialidad, porque este requiere que la descripción de la condición aparezca explícita. Los principios también son directrices o mandatos de optimización. En los casos concretos, dos principios entran en conflicto, se expresa de forma que uno ceda en beneficio de otro; lo cual no significa que no se invalide el principio que queda desplazado, ni que en este último se haya introducido una cláusula excepcional. Lo que sucede es que uno de los principios se antepone al otro sin perjuicio de que, en los diversos casos concretos, la cuestión pueda ser solucionada de manera inversa. (Corte Constitucional del Ecuador S. 0005-2009-IC).

6. ESTADO DE DERECHOS O DE LA RAZÓN. Surgió en la época de la ilustración (Francia 1798), con la Constitución de los Derechos del Hombre, implica la separación de la Iglesia con el Estado. Se funda en la división de poderes: Ejecutivo, Legislativo y Judicial. Es de fuente constitucional y se regula mediante Ley. El papel del juez es aplicar la Ley, “es la boca de la Ley”, ya que el derecho se reduce a la Ley. Thomas Hobbes, *Un diálogo entre un filósofo y un jurista. Escritos autobiográficos*, Madrid, Tecnos, 1992, p. 20.
7. ESTADO SOCIAL O CONSTITUCIONAL. La razonabilidad hace relación a lo constitucionalmente admisible, la racionalidad hace relación a la conexidad. La primera hace referencia a la coherencia externa, esto es, con los supuestos de hecho; la otra, la segunda, hace alusión a la coherencia interna, es decir, es un fenómeno estructural. Por último, lo razonable es de la esfera de la lógica de lo humano –materialmente– mientras que lo racional es de la esfera de la lógica formal. (Corte Constitucional de Colombia S. 530-1993).

están obligados a desarrollar adecuadamente los preceptos constitucionales, dentro de su marco de acción. Si bien la Corte o el Tribunal Constitucional no disponen de una legitimación popular directa, sus decisiones pueden considerarse legítimas tan solo si aparecen como aplicación del Derecho y no como creación política de normas. Este es el presupuesto que hace que la jurisdicción constitucional llegue a ser de vital importancia. Se debe asegurar su carácter jurisdiccional porque dicho carácter constituye la fuente principal de legitimación de aquellos órganos del Estado llamados a aplicar las leyes y decidir sobre litigios concretos.⁸

Se puede decir que el constitucionalismo contemporáneo es, no de manera formal sino material, la expresión de límites a los poderes públicos y privados. Esto implica que una persona, los colectivos y los pueblos, por sus derechos reconocidos en la Constitución, a través de la justicia constitucional, puedan hacer respetar esos límites; mientras que en el Estado de Derecho, la arbitrariedad solo podía ser limitada por la ley.

Ahora bien, corresponde al *Estado constitucional de derechos y justicia*, el adecuado desenvolvimiento y desarrollo de los derechos constitucionales. La exigencia del cumplimiento de este modelo es más compleja que el anterior. En ese sentido, se evidencia la exigencia de una coordinación orquestada de todos los miembros de los poderes públicos y privados en relación con la Constitución, ya que sustancialmente es suprema. A continuación se identificaran de forma general las diferencias entre el Estado de derecho y el Estado constitucional.

1. El Estado de Derecho, según lo explicado por Montesquieu y Kant, la composición del Estado se basa en los principios reconocidos en la Constitución. De esta manera, se resalta que el poder se ejerce en el nombre y a favor del pueblo. El diseño institucional es de fuente constitucional y está regulado por las leyes que determinarían el límite al ejercicio del poder. Es a través de la democracia representativa que se crean las normas que regulan el sistema social, pues es una facultad exclusiva y excluyente del legislador (Estado de legalidad). En ese sentido, las reglas son las que rigen las sociedades, por lo tanto, es deber de todos respetar las decisiones de las mayorías legítimamente representadas en las cámaras de representantes como la Asamblea o el legislativo, ya que las leyes son creadas y se ajustan a ciertos tipos de *praxis*.⁹ En el mismo sentido, Kelsen establece que las normas, particularmente, regulan

8. Claudia Storini, "Criterios hermenéuticos de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional para la interpretación de las normas de reparto competencial entre Estado y comunidades autónomas", p. 13.

9. Jürgen Habermas, Ronald Dworkin y otros, "La Política y el Derecho, ¿se opone la Democracia y el Constitucionalismo?", en *Revista Estudios sobre el Estado y la Sociedad*, No. 4, octubre de 1998, p. 18.

su propia creación y para su aplicación dependen de la validez, es decir, deben pasar por un proceso legislativo, la sanción del ejecutivo y, finalmente, deben ser publicadas (vigentes).¹⁰ De esta manera, las reglas son directamente aplicables y exigibles (leyes en general), pero se prevé que los principios constitucionales no pueden ser directamente exigidos, sino a través de normas secundarias interpretadas por el legislador, quien desarrolla discrecionalmente los derechos contenidos en la Constitución, a lo que se conoce como un constitucionalismo clásico o débil.

El Estado de Derecho reconoció los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC), pero limitó su desarrollo jurisprudencial. En principio, fueron exigidos a través de medidas de hecho de los grupos menos favorecidos. El Estado optó por limitar estos derechos por diversos medios, las represiones e intentos de invisibilización de esos movimientos sociales. Circunstancias que se ocultaban bajo el texto literal de la Constitución, así, prevaleció por ejemplo, el adjetivo “derecho” acompañado del subjetivo del “hombre” (Francia 1789), e incluso más tarde el adjetivo “derecho” acompañado del subjetivo “ciudadano”. Es claro que estas acepciones, sin lugar a dudas, guiaban el cumplimiento de los derechos dejando de lado a grupos sociales, pueblos indígenas, mujeres, trabajadores/as, maestros/as, ambientalistas, jóvenes y, en general, a todo quien no cumpla con los conceptos que identifican al “hombre” o al “ciudadano” sin protección.

La Constitución como parte del sistema político contiene derechos, pero posee una complejidad para su aplicación o descenso a la exigibilidad social directa, lo cual permite que exista una clara división en su parte dogmática. Así, los derechos individuales (civiles y políticos) son derechos exigibles y los demás derechos, como los sociales, económicos y culturales (DESC), son considerados como programas declarativos de derechos de una manera formal o derechos programáticos. De esta forma, se consideró un reto el reconocimiento sustancial de esos derechos ya que para que el juez pudiera volverlos exigibles, se desarrollaron las denominadas estrategias de *exigibilidad indirecta*, que consistía en realizar una conexión entre un derecho civil y político para llegar a un derecho económico, social y cultural.

2. El Estado constitucional de derechos surge producto de varios cambios sociales y revolucionarios; así como producto del reconocimiento de los gobernantes de las desigualdades sociales y la necesidad de garantizar los derechos de las personas. En ese sentido, Dworkin afirma “[...] que no hay una estructura constitucional compatible con la democracia, sino una protección del amplio espectro de los Derechos Humanos que se asocian con el constitucionalismo, que van más allá de lo que real-

10. Hans Kelsen, *Teoría Pura del Derecho*, Buenos Aires, Editorial Universitaria, 1965, 4a. ed., p. 40.

mente es necesario para una democracia [...]”.¹¹ Es así que los principios en un modelo constitucional deben ser considerados como guías argumentativas y derechos exigibles directamente por los particulares y las sociedades.

En el Ecuador se incorporan las corrientes internacionales antes explicadas desde la Constitución de 1929 –con la incorporación en el texto constitucional los denominados derechos sociales–¹² y, posteriormente, en 1945 –la universalización del voto, la creación del Tribunal de Garantías Constitucionales– y las consecutivas reformas y cambios de Constitución.¹³ Actualmente, en la Constitución de Montecristi, publicada en el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008, permanece de manera fuerte esta simbiosis estructural, que se expresa en el control constitucional. Por un lado, el control concreto, que permite a todos los jueces sospechar de la constitucionalidad de las normas en el análisis de los casos que llevan en sus judicaturas; y, por otro, el fortalecimiento del ex Tribunal Constitucional, ahora Corte Constitucional –sistema constitucional concentrado–, con facultades más amplias en cuanto al control jurídico-político y la materialización de los derechos constitucionales, reconociendo que la Constitución vigente es una norma jurídica. Finalmente, la Constitución establece el control de protección de derechos por parte de todos los jueces ordinarios de forma general, el cual se ejerce en relación a todas las funciones públicas y privadas, en razón de que la Constitución es materialmente suprema.

Ahora bien, estos hechos históricos de ninguna forma significan simples copias o cambios antojados del constituyente. Se reconoce en cada letra de la Carta de derechos constitucionales una lucha histórica generada por las desigualdades estructurales y sociales que tiene su origen en el mismo proceso libertador. Así, Eduardo Galeano cita la Junta Tuitiva de 1809, la cual advertía que “[...] Hemos guardado un si-

11. Jürgen Habermas, Ronald Dworkin y otros, “La Política y el Derecho, ¿se opone la Democracia y el Constitucionalismo?”, p. 11.

12. Constitución ecuatoriana de 1929, art. 145.14, la función social de la propiedad. Los pueblos en caso de escasez de tierra tendrán derecho a que se les dote de ellas, tomándolas de las propiedades inmediatas, armonizando los mutuos intereses de la población y de los propietarios.

Art. 145.18. El Estado protegerá, especialmente, al obrero y al campesino, y legislará para que los principios de justicia se realicen en el orden de la vida económica, asegurado a todos un *minimum* de bienestar, compatible con la dignidad humana.

La ley fijará la jornada máxima de trabajo y la forma de determinar los salarios mínimos, en relación, especialmente, con el coste de las subsistencias y con las condiciones y necesidades de las diversas regiones del país. También fijará el descanso semanal obligatorio y establecerá seguros sociales.

La Ley reglamentará las condiciones de salubridad y seguridad que deben reunir los establecimientos industriales. El salario mínimo quedará exceptuado de embargo, compensación o descuento.

La Ley regulará, especialmente, todo lo relativo al trabajo de las mujeres y de los niños.

La educación libre. Libertad de asociación.

13. Reformas a la Constitución de 1979, las de 1983, 1992, 1996. En total son 19 constituciones.

lencio bastante parecido a la estupidez [...]”.¹⁴ Los cambios surgen como consecuencia de la impunidad generada por el propio sistema de justicia y las desigualdades sociales estructurales, específicamente de hechos que impedían a las víctimas el acceso a la verdad y, por lo tanto, a la justicia. De manera paradójica, la aplicación de la ley generaba más injusticia de la que prevenía.

El reconocimiento de amplios derechos en la Constitución de Ecuador ocurre por los hechos de discriminación y abuso del poder, principalmente a finales del siglo XX. Cabe resaltar lo ocurrido entre 1960 y 1990, en el contexto del autoritarismo y las dictaduras.¹⁵ Estos hechos son: las detenciones sin proceso, las ejecuciones sumarias, la tortura y la desaparición forzada de personas,¹⁶ así como la discriminación a grupos sociales, pueblos indígenas, mujeres, trabajadores/as, maestros/as, ambientalistas, jóvenes, lesbianas, gays, transexuales y bisexuales (LGTB).

Entre 1963 y 1976 varios países de América Latina atravesaron procesos dictatoriales que varían en cada país. En unos casos, los regímenes fueron más prolongados que otros. Así, por ejemplo, en Ecuador la segunda mitad del siglo anterior soportó dos procesos dictatoriales: el primero duro 2 años y el segundo 6 años (1963-1965; 1972-1978); en Argentina duró 7 años (1976-1983) y en Chile 17 años (1973-1990).¹⁷ Igualmente, los regímenes autoritarios de finales del siglo XX, en todos los países de la región, corresponden al colapso de los sistemas políticos democráticos.

Posteriormente, en las décadas de los 80 y 90, la implementación del modelo liberal, impulsado por los Estados Unidos, dio origen a la ejecución de delitos de lesa humanidad perpetrados no solo por los órganos del poder, sino también por grupos irregulares que impulsaron una lucha armada en contra de algunos gobiernos. La ejecución de los delitos señalados es una circunstancia que se reprodujo en el artificioso e indefinido estado de sitio que, en lugar de solucionar los problemas, produjo una situación adversa. Igualmente, se suscriben dentro de estos hechos históricos que re-

14. Junta Tuitiva en la Ciudad de la Paz, 16 de julio de 1809, citado por Eduardo Galeano, *Las venas abiertas de América Latina*, Montevideo, Tercer Mundo, 1995, p. 47.

“El Rey Felipe II había afirmado, ante la audiencia de Guadalajara, que ya un tercio de los indígenas de América Latina habían sido aniquilados y los que vivían estaban obligados a pagar tributos por los muertos. El monarca dijo además, que los indios eran comprados y vendidos, que vivían a la intemperie y que las madres mataban a sus hijos para salvarlos”.

15. Juan Méndez, “El derecho a la verdad frente a graves violaciones de los derechos humanos”, en Martín Abregú y Christian Courtis, comps., *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, ed. conmemorativa del 50 Aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1998, p. 518.

16. La comisión de los delitos de desapariciones y torturas, son delitos que afectan particularmente el bienestar de todos y específicamente a los niños, hijos de padres desaparecidos.

17. Manuel Alcántara Sáenz, Arturo López Nieto y María Ester del Campo, *Procesos de la transición a la democracia: estudios comparativos*, San José, IIDH-CAPEL, 1992, p. 26.

clamaban cambios, el cierre de los bancos en 1999,¹⁸ que había generado una de las más grandes crisis económicas que ha sufrido el pueblo ecuatoriano. Estos hechos explican la intolerancia del pueblo hacia los sectores de poder político, razón por la cual se instaló la Constituyente que el 20 de octubre de 2008 publicó la vigésima Constitución.

El modelo exige una coherencia con los valores y principios reconocidos en la Constitución. Como afirma Peter Häberle, “todos somos guardianes de la Constitución”. Al respecto, cabe preguntarse: ¿Qué ocurre cuando se reconocen de forma expresa en las constituciones los cambios estructurales y sociales, pero no son incorporados en el sistema de *praxis* de quienes ejercen la democracia representativa y de los sectores de poder en general? Probablemente esos cambios queden reconocidos de manera formal y sirvan como hermosas muletillas al ser incorporados en los discursos, circunstancia que implica un incumplimiento de un deber jurídico emanado del pueblo y su posterior rechazo al proyecto político, generando una brecha más amplia de distanciamiento entre gobernantes y gobernados. Al afirmarse al Estado ecuatoriano como: constitucional de derechos y de justicia (art. 1 CRE), la labor más determinante es la de los jueces como guardianes materiales de la Constitución, los cuales tienen la tarea de *saber incorporar los nuevos saberes*.¹⁹ En ese sentido, es indispensable revisar los siguientes cambios estructurales del saber:

- a) En la Constitución Política de 1998, el Preámbulo describía lo siguiente: “Fieles de los ideales de libertad, igualdad, justicia, progreso, equidad y paz [...] En esta Constitución se amparan los derechos y libertades [...]”. Estos valores, como su texto lo indica son los que guiarían el accionar nacional y el comportamiento de la estructura del Estado. Por su parte, el artículo 1 decía: “El Ecuador es un Estado Social de Derecho [...]”; y,
- b) La Constitución de la República de 2008 expresa: “Decidimos construir, una nueva forma de convivencia humana, en diversidad y armonía con la naturaleza, para alcanzar el buen vivir, el *Sumak Kawsay*; una sociedad que respeta, en sus dimensiones, la dignidad de las personas y las colectividades, nos damos la presente [...]” En su artículo 1 dice: “El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social.

Es evidente que en la práctica de la Constitución de 1998, respecto de la administración de justicia, se aplicó la frase “Estado de Derecho” sin otorgarle ninguna im-

18. El 7 de octubre de 1999. El ánimo de los ecuatorianos estaba por los suelos. Habían transcurrido 10 meses de un año terrible para las finanzas familiares y la gente caminaba por las calles con la cabeza gacha. Transcurrían los días en medio de noticias del cierre de los bancos. Diario *Hoy*, <http://www.hoy.com.ec/zhechos/2006/ecuadorsi8.htm>

19. Friedrich Nietzsche, *El gay saber o gaya ciencia*, Madrid, Colección Austral, 2001, 3a. ed., p. 77.

portancia material de la palabra “social”. Esa forma de ejercer la práctica jurídica se sustentó únicamente en la ley, que según Gustavo Zagrebelsky ubica al “principio de legalidad [...] como la hegemonía de la burguesía que se expresa en las cámaras de representantes y el retroceso del ejecutivo y de los jueces, que por ser poderes autónomos pasan a estar subordinados a la Ley”.²⁰ La ley sirve para establecer límites y poner orden; jurídicamente, la Ley lo puede todo. En el Estado, la legalidad es el concepto del positivismo.²¹

Por su parte, la justicia constitucional, bajo el concepto de derechos subjetivos, no generó la aplicación de los derechos “sociales”, restringiendo su ámbito de atención a la protección únicamente de los derechos civiles y políticos. Los jueces ordinarios, en la actualidad, se rigen bajo los preceptos anotados y las frases: “si no está escrito en la ley, no es posible proteger los derechos”, así como, “no interesa que el resultado sea injusto, pero es legal”. El concepto de seguridad jurídica se basa en la aplicación y cumplimiento de la ley. La ley, como afirma Ross, es válida y eficaz en cuanto un juez la aplica, en tanto que solo son aplicables las normas usadas por los tribunales,²² sin interesar que ésta sea justa o injusta.

Estos criterios, como era de esperarse, entraron en crisis y fue necesaria la incorporación de un nuevo modelo estructural dirigido a la protección de los derechos y la justicia, aspectos que juntos, en una interpretación integral, deben generar dignidad y provocar finalmente un buen vivir o *Sumak kawsay*.

LA APLICACIÓN DE LA JUSTICIA

La justicia que imparten los tribunales, como una finalidad, implica la proscripción de la impunidad.²³ Conforme el artículo 1 y 83.9 de la Constitución de la Repú-

20. Gustavo Zagrebelsky, *El Derecho dúctil. Ley, Derechos, Justicia*, traducción de Marina Gascón, Madrid, Trotta, 1997, 2a. ed. (1a. ed.: 1995), p. 30.

21. *Ibid.*, p. 30.

22. Hans Kelsen, Eugenio Bulygin y Roberto Walter, *Validez y eficacia del Derecho*, Buenos Aires, Astrea, 2005, p. 46.

23. IMPUNIDAD. La impunidad es una circunstancia que pone de relieve la ineficacia del sistema de estatal, ya que no garantiza un acceso efectivo a la justicia, no protege los derechos, así como, permite se vulnere los derechos fundamentales de las personas. Al no sancionar los hechos que causan dichas vulneraciones, se incumplen con los deberes estatales consagrados en la Constitución (art. 83 CRE). En definitiva, la falta de sanción a los responsables de violaciones de los derechos fundamentales y la escasez de procesos serios de investigación producen impunidad. Por un lado, consiste en negar a las víctimas o a sus familiares el acceso a recursos judiciales efectivos; y por otro, que mediante resoluciones judiciales se limite a las víctimas o sus familiares la obtención de información y el derecho a que se les proporcione verdad y justicia. La creación de un Estado Constitucional de Derechos y Justicia, al incorporar a la verdad como un derecho (art. 78 CRE), implica estructuralmente una lucha contra la impunidad. Finalmente, se resalta que el derecho a conocer la verdad consiste en que en el caso

blica del Ecuador, se establece como uno de los fines primordiales del Estado “la justicia”,²⁴ considerada dentro del marco jurídico democrático y participativo que garantiza el orden jurídico y político. Sobre la definición y alcance del término *justicia*, el profesor Carlos Santiago Nino, manifiesta:

Entre los discursos que emiten juicios de justicia, el de índole moral tiene una posición dominante en nuestra cultura. La justicia de acuerdo a reglas de juego, sociales, religiosos, jurídicas está supeditada a que las reglas en cuestión a su vez sean justas. Las únicas reglas o principios de los que no tiene sentido preguntarse si son justos son los de la moral ideal. Esto implica el concepto de justicia el cual debe analizarse en el contexto de la moral, es allí en donde ésta en su casa en donde interactúa con otros valores [...]²⁵

La justicia, definida por Rawls, es la capacidad moral que tenemos para juzgar las cosas como justas, apoyar esos juicios en razones, actuar de acuerdo con ellos y desear que otros actúen de igual modo; así, considera que el objeto primario de la justicia es ser la estructura básica de la sociedad, o sea, centra su atención en el modo en que las grandes instituciones sociales²⁶ disponen de un importante esquema de las cargas y los beneficios provenientes de la cooperación social. Es decir, que las cargas y obligaciones sean distribuidas de forma equitativa.²⁷

Al ser uno de los principales objetivos de la realización de la justicia, corresponde precisar a la luz de la posición subjetivista, como la objetivista antes explicada, que los actos sobre los cuales se juzgan deben determinar la verdad o falsedad de los hechos que se investigan y desarrollan en las controversias de justicia y, en definitiva, todos dependen de las actitudes, criterios y creencias del juzgador (juez). Un buen ejemplo de una visión meta-ética²⁸ subjetivista y, por tanto, relativista de la justicia, según el profesor Carlos Santiago Nino, es la de Kelsen que, luego de señalar las con-

concreto se haga justicia, es decir, el derecho a que no haya impunidad. En ese sentido, los llamados a proteger los derechos son los funcionarios públicos y especialmente los judiciales. (Corte Constitucional del Ecuador S. 002-2008-CN).

24. La justicia se ve como un valor necesario, aunque las concepciones sobre la misma y su relación con la legalidad varían. A veces, lo justo y lo legal no coinciden.

En, <http://www.oei.es/valores2/monografias/monografia04/reflexion05.htm>

25. Carlos Nino, “Justicia”, en: http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01360629872570728587891/cuaderno14/doxa14_05.pdf

26. John Rawls, *Teoría de la justicia*, Madrid, Tecnos, 2003, p. 62.

Por grandes instituciones, Rawls entiende la Constitución y las principales instituciones económicas y sociales.

27. La construcción de Rawls es neutral respecto del valor de la autonomía y la individualidad. Véase en Carlos Nino, “Los escritos de Derecho, moral y política”, en Gustavo Maurino, edit., *Derecho, moral y política*, I, *Metaética, ética normativa y teoría jurídica*, Buenos Aires, Gedisa, 2007, p. 78.

28. Por meta-ética, se entiende la reflexión sobre los problemas fronterizos que constituyen el horizonte último de la reflexión ética y señalan la línea de demarcación entre la reflexión puramente filosófica y la teológica.

cepciones más conocidas de justicia como la de dar a cada uno lo suyo, o la regla de oro que no se debe hacer a los otros lo que no se quiere que nos hagan a nosotros, o el imperativo categórico kantiano, que prescribe que debe operar de acuerdo a la máxima que uno desearía que se convirtiera en ley universal— son más bien expresiones vacuas que remiten al orden positivo, Kelsen afirma lo siguiente:

[...] si hay algo de la historia que el conocimiento humano puede enseñarnos, es la inutilidad de los intentos de encontrar por medios racionales una norma de conducta justa que tenga validez absoluta, es decir, una norma que excluya la posibilidad de considerar como justa la conducta opuesta. Si hay algo que podemos aprender de la experiencia espiritual del pasado es que la razón humana solo puede concebir valores relativos, esto es, que el juicio con el que se juzga algo como justo no puede pretender jamás excluir la posibilidad de un juicio de valor opuesto. La justicia como absoluta es un valor irracional [...].²⁹

Razonamiento que, según este autor, es tan subjetivo definir a la justicia que resulta imposible formar parte de la ciencia jurídica.³⁰ Esta afirmación, para el profesor Carlos Santiago Nino, confirma una visión relativista de la justicia, que lejos de ser moral, supone una moral de tolerancia democrática.

En sí, la justicia reconocida constitucionalmente, a ser aplicada por los tribunales, como nos propone *Gustavo Zagrebelsky*, “Lejos de las pretensiones teóricas de la justicia, [debemos] reconocerla no como una construcción conceptual, sino como una experiencia vital”. Sin duda, es un pilar fundamental sobre el cual se forma la sociedad ecuatoriana, posee un sentido estructural que pretende la realización de la libertad e igualdad; así como, los DESC y los derechos de la naturaleza, como el de acceso al agua, que constituyen principios hipotéticos de transformación, constituyen bienes primarios de una vida digna que proyectan un buen vivir. Así, se considera que la visión kelseniana fue un paso necesario ya superado.³¹ Para la proyección de un Estado de Justicia, la aproximación a la libertad como principio no nos dice nada de quiénes y en qué medida deben ser beneficiados de ella; y, de la igualdad, es un principio adjetivo que no nos dice nada sobre en qué respecto las personas deben ser iguales. Es deber de la justicia constitucional materializar esas asignaciones de cargas y ventajas sociales para que se distribuyan equitativamente entre ellos.³² Esto sugiere la combinación de estos valores bajo la idea de justicia, que consiste en una dis-

29. Ver, Carlos Nino, “Los escritos de Derecho, moral y política”, p. 85.

30. Hans Kelsen, *¿Qué es justicia?*, México, Fontamara, citado por Ramiro Ávila, “Ecuador, Estado constitucional de derechos y justicia”, en Ramiro Ávila, edit., *Constitución del 2008 en el contexto andino*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, p. 22.

31. Corte Constitucional del Ecuador, juez ponente, Roberto Bhrunis Lemarie, Sentencia No. 002-2008-CN.

32. Carlos Bernal Pulido, *El derecho de los Derechos*, Bogotá, Universidad Externado Colombia, 2007, p. 257.

tribución de libertad e igualdad, libertad igualitaria; así como, la condición de exigibilidad de los DESC que no son considerados como programas políticos, sino como derechos judicialmente exigibles,³³ en virtud de la denominada igualdad material de los derechos en la Constitución y la Ley.

Es también importante determinar la justicia en relación a otros valores y principios externos a ella. Un principio que suele entrar en tensión con la justicia, tanto en la teoría como en la práctica, es el de eficiencia. Este valor eficiencia (art. 172 CRE), en la administración de justicia, comprende la debida diligencia en los procesos. Constituye una base axiológica del llamado “análisis económico del derecho”;³⁴ como este valor debe relacionarse con la justicia, es motivo de controversia y hay variaciones interesantes. Algunos subsumen la eficiencia en la justicia, mientras que otros subsumen la justicia en la eficiencia, ya que ven a la justicia como el objeto de preferencias individuales que deben ser tomadas en cuenta en el cálculo de la eficiencia. En fin, otros conciben a la justicia y a la eficiencia como valores independientes; en este caso, se tiene que dar prioridad a la aplicación de la justicia sobre la eficiencia.³⁵ Se define así porque se le asigna un peso superior a la justicia de índole constitucional por ser un fin primordial por la naturaleza a la cual se pertenece el modelo de Estado ecuatoriano.

EL SUMAK KAUSAY O BUEN VIVIR Y LA REPARACIÓN INTEGRAL EN LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA

Conforme el preámbulo que inspiró el reconocimiento constitucional de las luchas de transformación social, identificó de manera muy particular al constitucionalismo, no solo inspirado en valores universales reconocidos en cartas de derechos universales y regionales, sino también en las particulares necesidades locales del pueblo ecuatoriano, cuyo fin es generar una “convivencia en diversidad y armonía con la naturaleza, para alcanzar el buen vivir, el *Sumak kawsay*”. El buen vivir como

33. Rodolfo Arango, *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Bogotá, LEGIS S.A., 2005, p. 1.

34. El Análisis Económico del Derecho, responde a dos preguntas básicas sobre el sistema y las reglas legales, a saber, cuál es el efecto que una determinada regla legal tiene sobre el comportamiento de los individuos y, en segundo lugar, si ese efecto de la regla es o no socialmente deseable. Para responder estas preguntas, positiva la primera y normativa la segunda, el enfoque que utiliza el Análisis Económico del Derecho es el que tradicionalmente ha venido utilizando el análisis económico y, particularmente, el análisis económico neoclásico. Según este enfoque, la conducta de los individuos y las firmas puede ser descrita asumiendo que se comportan racionalmente y actúan en la búsqueda de su propio bienestar.

35. Cfr. Carlos Nino, “*Justicia*”.

principio Constitucional forma parte de los denominados derechos sociales fundamentales.

El principio andino del *Sumak kawsay*, alimentado de varias fuentes, busca “la relación armónica entre los seres humanos y éstos con la naturaleza [...] Es un elemento [...] fundamental para pensar en una sociedad diferente que rescate los saberes y las tecnologías populares, la forma solidaria de organizarse, de dar respuesta[s] propia[s] [...]”³⁶ a los conflictos que se presenten en las instituciones sociales. Definitivamente, la relación del ser humano con la naturaleza y su identificación de manera integral implica varias cosas, a saber: *i*) marcar límites en la intervención del ser humano en la naturaleza, en consecuencia, están prohibidas las explotaciones indiscriminadas y la contaminación; *ii*) propender a una adecuada intervención, que se relacione el equilibrio entre la extracción racional de recursos y el nivel de afectación o modificación del ambiente (que sea reparable); *iii*) el uso de medios adecuados (técnicos y humanos), para mantener el equilibrio del ser humano y la naturaleza. Finalmente, se puede afirmar a este respecto que el ser humano es parte integral de la naturaleza y no debe asumir ninguna diferencia.

Como un fin propiamente dicho, la frase *Sumak Kawsay* posee varios significados: *i*) busca un equilibrio y relación del ser humano con la naturaleza de forma integral; *ii*) expresa la cosmovisión de la cultura milenaria indígena, “no es una cosa, es un espacio de vida”;³⁷ *iii*) se debe reconocer como un principio de vida para los indígenas, los afro y descendientes; también, los mestizos; *iv*) implica lo natural y lo sobre natural; *v*) es una base moral de las políticas indígenas; *vi*) traducida por los kichwas de Pastaza como “vida limpia y armónica”. Este principio, constitucionalmente reconocido, orienta el modo de vivir o “buen vivir”, activa todos los derechos relacionados con las libertades, los derechos sociales, la naturaleza, y posee la facultad de generar oportunidades, desarrollar las capacidades y emprender acciones, todo ello en armonía con la naturaleza.³⁸ Por esta razón, la Constitución nos plantea una forma diferente, compleja y particular de administrar justicia a los conflictos jurídicos-constitucionales. Implica necesariamente, a través de formas creativas, dentro del marco de las normas fundamentales, reparar los derechos constitucionales que se encontraran vulnerados en los casos concretos que se ponen en conocimiento de un juez, razón por la cual es necesario hablar acerca de la reparación integral.

36. Magdalena León, citado por Rafael Quintero, *La Constitución del 2008: un análisis político*, Quito, Abya-Yala, 2008, p. 38.

37. Cfr. *ibid.*, p. 40.

38. Cfr. *ibid.*, p. 40.

Para realizar un acercamiento al tema, es indispensable tener claro que la justicia puede ser incorporada como un valor moral en la administración de la misma y el valor particular del pueblo ecuatoriano que debe tender a un buen vivir. En ese sentido, se identifican las siguientes diferencias en la administración de la justicia positiva legal y la justicia constitucional:

1. Justicia positiva legal nace y termina en la Ley; se aplica mediante métodos de interpretación de la Ley (la exegesis, la subsunción, método histórico y el gramatical; su fuente se encuentra en el preámbulo del Código Civil).

La justicia positiva constitucional funciona integralmente: la Constitución es suprema, la Ley (se incorpora si es justa), los métodos de interpretación constitucional (de fuente doctrinaria), la materialización del preámbulo (*Sumak kawsay*) que forma parte de la Constitución. Implica la positivización de valores y principios universales y locales, en sentencias constitucionales.

2. Las sentencias de la justicia positiva legal, incorporan en sus textos los siguientes tipos de justicia: *i*) retributiva, el mal reclama el mal, el bien, el bien; el delito pide una pena equivalente, es la idea del contrapeso; el trueque es lo que prima; *ii*) la justicia distributiva genera sanciones y recompensas. No ofrece, sin embargo, una definición de que es el bien y que es el mal, ni una noción ética de las relaciones interpersonales. No tiene que ver con la construcción de una sociedad justa, sino con el restablecimiento de un equilibrio particular.³⁹ Los dos tipos de justicia son de fuente legal y solo se activan mediante regla.

La justicia constitucional positiva implica el reconocimiento de las antes explicadas, e incorpora los siguientes tipos de justicia: *i*) la reconciliativa o reconstructiva; repara las ofensas, se basa en la admisión de la culpa; busca el reconocimiento de la ofensa cometida, el perdón y, por tanto, la paz; *ii*) justicia restauradora, un ejemplo de ésta nos proporcionan las “comisiones de justicia y verdad”;⁴⁰ implica el reconocimiento y admisión de la culpa.

En conjunto, implican la reparación integral (art. 86.3 CRE). La Constitución ecuatoriana, en relación a este tema, se encuentra en consonancia con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos que, en su lucha contra la impunidad, aplica el concepto de reparación integral, que se basa en cumplimiento de obligaciones cuádruples: *i*) la obligación de investigar en los juicios de justicia de forma seria y responsable para dar a conocer los hechos que puedan establecer fehacientemente (verdad); *ii*) obligación de procesar y de castigar a los responsables (jus-

39. Gustavo Zagrebelsky y Carlo María Martini, *La exigencia de la justicia*, Madrid, Trotta, 2006, p. 36.

40. *Ibid.*, p. 40.

ticia); *iii*) obligación de reparar integralmente los daños morales (justicia reconstructiva) y materiales (justicia retributiva y distributiva) ocasionados (reparación); y *iv*) obligación de extirpar de los cuerpos estatales a quienes se sepa han cometido, ordenado o tolerado estos abusos en contra de las personas en general (creación de una administración pública digna de un Estado democrático).⁴¹

Finalmente, se puede decir que la reparación integral debe tener un sentido de justicia, usar medios adecuados e idóneos, apoyarse en la interpretación de la Constitución, lo cual implica descartar toda interpretación que tienda a la restricción del derecho constitucional y debe propender a generar un buen vivir, *Sumak kausay*. En definitiva, estos nuevos saberes deben ser incorporados por los operadores de justicia, abogados y estudiantes de derecho, tanto en el diario deber de resolver controversias judiciales; así como, en la práctica y el aprender diario de las ciencias jurídicas, que deben cada día estar en armonía con los aspectos que reclama la sociedad en general.

CONCLUSIONES

Los nuevos saberes en el constitucionalismo implican una simbiosis de lo nuevo y el desarrollo del derecho clásico. El constitucionalismo es un paso necesario que implica la incorporación de una creativa forma de materializar los valores y principios, reconocidos en la Constitución, en la administración de justicia.

En el cambio del positivismo legal al constitucionalismo, hay que saber incorporar los nuevos saberes que manda la Constitución en la aplicación de los casos concretos en la administración de la justicia. De forma general, el Estado Constitucional de Justicia es la proscripción de la impunidad y la propensión a desarrollar los derechos constitucionales.

La reparación integral en los tribunales de justicia, definitivamente marca la incorporación de cuatro formas de aplicar la justicia al caso concreto, esto es: la justicia retributiva, distributiva (reparación material), reconstructiva y la restauradora (reparación inmaterial). Finalmente, es indispensable recoger estas reflexiones sobre el nuevo constitucionalismo ecuatoriano para incorporarlo a las prácticas judiciales y pretender la constitucionalización de parcelas de vida de los ecuatorianos.

41. Joel Escudero, “El derecho a la verdad y su complicado reconocimiento”, tesis UASB, p. 52, cita a Juan Méndez, “Derecho a la verdad frente a graves violaciones de los Derechos Humanos”, en Seminario Internacional Retos de la Judicialización en el Proceso de Verdad, Justicia, Reparación y Reconciliación, Lima, Programa Andino de Derechos Humanos, julio de 2003, párrafo 50.

BIBLIOGRAFÍA

- Alcántara Sáenz, Manuel, Arturo López Nieto y María Ester del Campo, *Procesos de la transición a la democracia: estudios comparativos*, San José, IIDH-CAPEL, 1992.
- Arango, Rodolfo, *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Bogotá, LEGIS S.A., 2005.
- Ávila, Ramiro, “Ecuador: Estado constitucional de derechos y justicia”, en Ramiro Ávila, edit., *Constitución del 2008 en el contexto andino*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- “Cierre de los bancos”, en diario *Hoy*, <http://www.hoy.com.ec/zhechos/2006/ecuadorsi8.htm>
- Escudero, Jhoel, “El derecho a la verdad y su complicado reconocimiento”, tesis UASB, 2008.
- Galeano, Eduardo, *Las venas abiertas de América Latina*, Montevideo, Tercer Mundo, 1995.
- Häberle, Peter, *El Estado constitucional*, Lima, Universidad Autónoma de México / Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003.
- Habermas, Jürgen, Ronald Dworkin y otros, “La política y el Derecho, ¿se opone la democracia y el constitucionalismo?”, en *Revista Estudios sobre el Estado y la Sociedad*, No. 4, Barcelona, Paidós, 1998.
- Kelsen, Hans, *Teoría pura del Derecho*, Buenos Aires, Editorial Universitaria, 1965, 4a. ed.
- Kelsen, Hans, Eugenio Bulygin y Roberto Walter, *Validez y eficacia del Derecho*, Buenos Aires, Astrea, 2005.
- Méndez, Juan, “El derecho a la verdad frente a graves violaciones de los derechos humanos”, en Martín Abregú y Christian Courtis, comps., *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Edición Conmemorativa del 50 Aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1998.
- Nietzsche, Friedrich, *El gay saber o gaya ciencia*, Colección Austral, Madrid, 2001, 3a. ed. (1a. ed.: 1986).
- Nino, Carlos, “Los escritos de Derecho, moral y política”, en Gustavo Maurino, edit., *Derecho, moral y política*, I, *Metaética, ética normativa y teoría jurídica*, Buenos Aires, Gedisa, 2007.
- Pulido, Carlos, *El derecho de los derechos*, Bogotá, Universidad Externado Colombia, 2007.
- Quintero, Rafael, *La Constitución del 2008: un análisis político*, Quito, Abya-Yala, 2008.
- Rawls, John, *Teoría de la justicia*, Madrid, Tecnos, 2003 (1a. ed.: 1971).
- Storini, Claudia, “Criterios hermenéuticos de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional para la interpretación de las normas de reparto competencial entre Estado y comunidades autónomas”, tesis doctoral, Departamento de Derecho Constitucional y de la Administración, Valencia, 2001.

Zagrebelsky, Gustavo, *El Derecho dúctil: ley, derechos, justicia*, traducción de Marina Gascón, Madrid, Trotta, 1997, 2a. ed. (1a. ed.: 1995).

Zagrebelsky, Gustavo, y Carlo María Martini, *La exigencia de la justicia*, traducido por Miguel Carbonell, Madrid, Trotta, 2006.

Jurisprudencia

Corte Constitucional de Colombia S. 530-1993.

Corte Constitucional del Ecuador, juez ponente Roberto Bhrunis Lemarie, S. 002-2008-CN.

Fecha de recepción: 6 de octubre de 2009
Fecha de aceptación: 23 de octubre de 2009

El *sumak kawsay* y sus restricciones constitucionales

*Raúl Llasag Fernández**

RESUMEN

El *sumak kawsay* es un principio milenario del mundo andino. Sin embargo de ello, cuando la Asamblea Constituyente introdujo en el tapete de la discusión, aparecieron diferentes reacciones: unos que defienden al *sumak kawsay* como un modelo de vida, que rige todo un nuevo sistema económico, social y político del país; otros que asimilaron a ciertos derechos sociales; e, inclusive, llegaron a sostener que “es un invento de algún trasnochado”.¹

Trataremos de aclarar que el *sumak kawsay* en la filosofía andina es un sistema de vida, por ello, en primer lugar realizaremos un acercamiento al *sumak kawsay* desde la filosofía andina, en donde trataremos de desarrollar algunos principios que viabilizan el *sumak kawsay*; en segundo lugar, realizaremos un análisis muy breve del *sumak kawsay* recogido en la Constitución de la República y las limitaciones que ésta impone, asimilando por un lado como principio constitucional, luego como derechos del buen vivir y régimen del buen vivir.

PALABRAS CLAVE: *sumak kawsay*, filosofía andina, principio de correspondencia, principio de reciprocidad, Constitución ecuatoriana, régimen del buen vivir.

SUMMARY

Sumak kawsay is a millenary principle of the Andean world. However, since the Constitutional Assembly began the discussion around this principle, different reactions aroused: on one hand, there are people who defend *sumak kawsay* as way of living that rules over the economic, social and political systems of a country; on the other hand, there are those who have assimilated this principle to certain social rights. Someone even has affirmed that *sumak kawsay* is a late-night invent.

We will start clarifying that in the Andean philosophy, *sumak kawsay* is a system of life. Then, we will briefly analyze *sumak kawsay* as it is regulated in the Ecuadorian Constitution, referring to the limitations imposed in this instrument,

* Abogado kichwa de Cotopaxi.

1. Walter Spurrier: <http://asambleablog.wordpress.com/2008/06/03/sumak-kawsay-esta-mal-traducido/>, visitado: 6 de junio de 2009.

in which *sumak kawsay* is first assimilated to a constitutional principle, then, as a right for good living, and finally, as a regime for good living.

KEY WORDS: *sumak kawsay*, Andean philosophy, correspondence principle, reciprocity principle, Ecuadorian Constitution, regime for good living.

FORO

EL SUMAK KAWSAY EN LA FILOSOFÍA ANDINA.

Para efectos de este análisis entenderemos a la filosofía andina como el conjunto de concepciones, modelos y categorías vividos por el ser humano andino, esto es, la experiencia concreta y colectiva del ser humano andino dentro de su universo. A partir de esa concepción trataremos de acercarnos al significado del *sumak kawsay*.

Al referirnos a lo andino no estamos circunscribiendo únicamente a la concepción geográfica y topográfica, sino también a los ámbitos culturales y étnicos que dieron lugar a una concepción distinta del mundo. Ello no significa tampoco el desconocimiento de la diversidad de culturas existente en el mundo andino, pero justamente esas características geográficas, topográficas, culturales y étnicas dieron lugar al surgimiento de principios comunes y compartidos.

Desde la perspectiva referida, la traducción literal es un error, pues el *sumak kawsay* no necesariamente significa “buen vivir” o “vivir bien” o algunos derechos sociales o la satisfacción de esos derechos sociales.

En efecto, desde la filosofía andina el *sumak kawsay* es un sistema de vida que permite la armonía de la naturaleza. La naturaleza es todo lo que nos rodea y todo lo que nos rodea tiene vida. En ese sentido, el ser humano forma parte de la naturaleza. En consecuencia el *sumak kawsay* es una forma de concepción del mundo que da lugar a un modelo de vida, y que está regido por ciertos principios, que los mencionamos a continuación:

PRINCIPIOS DEL SUMAK KAWSAY

Relacionalidad del todo o principio holístico

Este principio afirma que todo está relacionado, vinculado, conectado. Por tanto, para la filosofía andina la relacionalidad del todo, la red de nexos y vínculos, es la

fuerza vital de todo lo que existe. No existe nada sin esta condición trascendental.² Por esa razón, la relacionalidad se manifiesta a todos los niveles y en todos los campos de la existencia, inclusive el ser humano y Dios están en íntima relación con todo, por ello, para la filosofía andina el individuo como tal no es nada, si no se halla dentro de una red de múltiples relaciones. Si, por ejemplo, una persona es expulsada de su comunidad equivale a una muerte.

Desde este principio, todo tiene vida y cada uno cumple su función en relación con el todo. Es como el cuerpo del ser humano que está conformado por el cuerpo físico, psíquico y astral, cada uno de estos cuerpos cumplen una función en relación con los otros cuerpos y no de manera individual. Así también el cuerpo físico está conformado por varias células, órganos, etc., y, por ejemplo, el brazo funciona porque forma parte de todo el cuerpo físico humano y en el momento en que el brazo es separado del cuerpo simplemente deja de cumplir su función y todo el cuerpo humano disminuye su capacidad y se debilita. Esa es la concepción de la naturaleza y la comunidad desde la filosofía andina.

Por otra parte, en la filosofía andina la relacionalidad, lejos de ser únicamente lógica, es *sui generis*, e implica una gran variedad de ideas extra-lógicas: reciprocidad, complementariedad y correspondencia en los aspectos afectivos, ecológicos, éticos, estéticos y productivos,³ que al mismo tiempo se manifiestan como principios derivados o secundarios:

El principio de correspondencia

Este principio, en forma general, significa que los distintos aspectos, regiones o campos de la realidad se corresponden de una manera armoniosa.

El principio de correspondencia se manifiesta en la filosofía andina a todo nivel y en todas las categorías. En primer lugar, describe el tipo de relación que existe entre macro y micro-cosmos: 'Tal en lo grande, tal en lo pequeño'. La 'realidad' cósmica de las esferas celestes (*hanan pacha*) corresponde a la 'realidad' terrenal (*kay pacha*) y hasta a los espacios infra-terrenales (*ukhu pacha*). Pero también hay correspondencia entre lo cósmico y humano, etc. El principio de correspondencia es de validez universal, tanto en la gnoseología, la cosmología, la antropología, como en la política y ética.⁴

2. Josep Esterman, *Filosofía andina: estudio intercultural de la sabiduría autóctona andina*, Quito, Abya-Yala, 1998, p. 98.

3. *Ibid.*, p. 115.

4. *Ibid.*, p. 125.

Además, hay correspondencia entre el ser humano, la familia y la comunidad que forman parte también de la naturaleza pues todo está relacionado, lo que permite una vida armoniosa.

El principio de complementariedad

Según este principio ningún ente, ninguna acción, existe por sí solo de manera individual, sino siempre en coexistencia de su complemento específico. “Este ‘complemento’ (con + plenus) es el elemento que recién ‘hace pleno’ o ‘completo’ al elemento correspondiente”.⁵

Desde esta visión nuevamente el ser humano no es un individuo autónomo y separado, porque separado no es nada o está incompleto. El ser humano, recién en familia, en la comunidad, se encuentra pleno o con su complemento; por ello, en caso de infringir las normas y principios, las comunidades andinas buscan el retorno a la armonía.

El principio de complementariedad enfatiza la inclusión de los opuestos complementarios en un ente completo e integral: cielo y tierra, sol y luna, claro y oscuro, verdad y falsedad, día y noche, bien y mal, masculino y femenino. No son para el ser humano andino contraposiciones excluyentes, sino complementos necesarios para la afirmación de una entidad superior e integral.

El principio de complementariedad se manifiesta a todo nivel y en todos los ámbitos de la vida, tanto en las dimensiones cósmicas, antropológicas, como éticas y sociales. El ideal andino no es el ‘extremo’, uno de dos opuestos, sino la integración armoniosa de los dos.⁶

El principio de reciprocidad

A cada acto corresponde como contribución complementaria un acto recíproco. Es decir, según el principio de reciprocidad, los diferentes actos se condicionan mutuamente de tal manera que el esfuerzo o una inversión en una acción será compensado por un esfuerzo o una inversión de la misma magnitud por el receptor. En el fondo, se trata de una justicia del intercambio de bienes, sentimientos, personas y hasta de valores religiosos,⁷ y ello obviamente fortalece la vida comunitaria.

5. *Ibid.*, p. 126.

6. *Ibid.*, p. 129.

7. *Ibid.*, p. 132.

En las comunidades andinas aun se practica una economía de subsistencia como el trueque, en donde el dinero no tiene valor real. Es normal que las personas que viven en los pisos ecológicos altos de los andes intercambien productos con las personas que viven en los pisos ecológicos bajos de los andes: ejemplo el trueque del maíz con la cebada o capulí con la cebolla, etc. Otro de los ejemplos es la jocha, que es una práctica de reciprocidad, es decir, hoy “A” tiene que asumir los costos de una ceremonia o fiesta, por tanto, varios productos como maíz para el mote y la chicha, papas, carne, etc., y si no puede costearlos recurre a otros miembros de la comunidad para que contribuyan con los productos que necesita con la condición de retribuir en caso de similares situaciones.

La reciprocidad como una normatividad relacional, es una categoría cósmica antes que un concepto económico. El ‘negocio’ económico (el trueque por ejemplo) no es la simple expresión de una ‘justicia económica’ (para tal cantidad de papas me debes tal cantidad de ch’arki), sino de una *justicia cósmica*. La cuantificación de los productos intercambiados no siempre es el factor decisivo; puede haber otros factores más importantes: El parentesco de los *intercambiantes*, la necesidad vital, la escasez del producto, el valor simbólico del producto, las características de las personas.

Por tanto, la base de la reciprocidad es el orden cósmico y de esa forma las sociedades andinas se mantienen y desarrollan.

EL SUMAK KAWSAY UN SISTEMA DE VIDA

Desde la filosofía andina el *sumak kawsay* es un sistema de vida. Sistema de vida entendido como el conjunto de principios, normas o reglas, que posibilitan un modelo económico, social, político de una sociedad.

Por ello, en primer lugar, el *sumak kawsay* exige una forma de organización social básica que es la comunidad. La comunidad es una forma nuclear de organización socio política tradicional de las nacionalidades y pueblos indígenas. Se denomina también ayllus o centros, porque sus miembros forman parte de una familia ampliada. Es el espacio en donde se ejerce el gobierno comunitario a través de asambleas generales. Es decir, el espacio en donde se decide la organización social, económica, política y jurídica, en donde se ejercen las facultades legislativas y la administración de justicia.⁸

8. Raúl Llasag Fernández, “La jurisdicción indígena en el contexto de los principios de plurinacionalidad e interculturalidad”, en Santiago Andrade, Agustín Grijalva y Claudia Storini, eds., *La nueva Constitución del Ecuador: Estado, derechos e instituciones*, Quito, 2009, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador / Corporación Editora Nacional, p. 188.

Si bien la comunidad es una organización social básica, ello no significa que termina en la organización social o reunión de personas, porque la comunidad, al igual que el ser humano, es parte complementaria del todo. El ser humano, como habíamos indicado, no es nada o es incompleto fuera de la comunidad, por ello, en la administración de justicia indígena, la expulsión es una de las penas más graves y se impone únicamente cuando la comunidad ha agotado todos los mecanismos de reintegración a la comunidad y retorno a la armonía.

En definitiva, en el mundo andino, el ser humano como individuo no existe, porque existe en cuanto está integrado a la comunidad, fuera de la comunidad no existe o simplemente es incompleto.

En segundo lugar, el *sumak kawsay* exige una forma de organización política. Para este efecto, se entiende por organización política a las instituciones y autoridades internas que garantizan una vida armónica y mantenimiento de la autonomía interna.

La primera institución y autoridad interna de cualquier comunidad andina es la asamblea general. La asamblea general puede adquirir otra denominación, pero está conformada por todos los hombres, mujeres, niñas, niños y adolescentes. La asamblea general decide los destinos de la comunidad, fiscaliza a sus autoridades y resuelve los conflictos internos. Las resoluciones las toman a través del consenso. Los miembros de la comunidad ejercen un fuerte control social de sus miembros y están en permanente mirada de todos, de manera especial, de aquellos que hayan infringido las normas internas.

En cada una de las comunidades existen autoridades internas que, de igual forma, adquieren diferentes denominaciones (presidente, cabildo, shaman, *kuraka*, etc.). Las autoridades generalmente son personas mayores o ancianas que han demostrado honestidad, capacidad, trabajo desinteresado. Las autoridades cumplen funciones encomendadas por la asamblea general, a quién rinden cuenta de cada una de sus actividades. El accionar de las autoridades comunitarias no es remunerado.

En tercer lugar, el *sumak kawsay* exige un modelo económico.⁹ Ese modelo económico parte de la naturalización de todo, es decir, se inicia con la concepción de que todo es parte de la naturaleza en forma complementaria: el ser humano, la tierra, el bosque, el agua, el aire, los animales, piedras, montañas, minerales, etc.

Como habíamos señalado, en la filosofía andina es fundamental el principio de relacionalidad, según el cual todo está relacionado, vinculado, conectado con todo y esa relacionalidad se da en todo nivel: físico, psíquico, afectivo, ecológico, ético, es-

9. En realidad no se podría hablar de un modelo económico andino, simplemente lo utilizo como una categoría prestada, para explicar que no responde al modelo económico capitalista desarrollado en nuestro país.

tético, productivo, espiritual y político. Bajo este principio todo lo que existe tiene vida, por tanto, nada se puede utilizar con fines mercantilistas, sino únicamente para satisfacer las necesidades vitales y así evitar el desequilibrio de la naturaleza.

En ese sentido, es incompatible el sistema económico capitalista, en el cual desde el proyecto de Descartes, se ve al *hombre* como “amo y señor de la naturaleza”. Incluso el ideal de “desarrollo sustentable” de la Comisión Brundtland no garantiza la supervivencia de la vida en el planeta tierra.¹⁰ En la filosofía andina, contrariamente a estas visiones, se considera que tanto el ser humano como los minerales tienen vida y son complementarios, cada uno de ellos cumple una función, sin la cual la vida no es armónica.

En consecuencia, el *sumak kawsay* propone una nueva forma de vida, un concepto nuevo para entender el relacionamiento del hombre con la naturaleza, con la historia, con la sociedad, con la democracia. Un concepto que propone superar el sistema capitalista, en el cual el concepto neoliberal del desarrollo y el crecimiento económico son fundamentales.

EL SUMAK KAWSAY Y SUS LIMITACIONES CONSTITUCIONALES

Si en la filosofía andina el *sumak kawsay* es un sistema de vida bajo los principios de relacionalidad, correspondencia, complementariedad, reciprocidad que exige un modelo económico, social y político diferente al modelo capitalista, debemos indagar si en la Constitución vigente se concibe al *sumak kawsay* desde la filosofía andina, y si no lo hace, cómo podría contribuir, el mismo, al desarrollo del constitucionalismo ecuatoriano.

LA CONSTITUCIÓN Y EL SUMAK KAWSAY

La Constitución de la República del Ecuador de 2008 no adopta una sola línea con respecto al *sumak kawsay*, porque en el Preámbulo lo considera un principio constitucional, pero también lo desarrolla como *derechos*, del buen vivir en la parte dogmática; y como régimen del buen vivir, en la parte orgánica.

10. Pablo Dávalos, “El ‘Sumak Kawsay’ (‘Buen vivir’) y las cesuras del desarrollo”, <http://biblioteca-virtual.clacso.org.ar/libros/dávalos/CapDavalos.pdf>, acceso: 29 de diciembre de 2009.

El *sumak kawsay* como principio constitucional

Los principios, a diferencia de las reglas, no tienen un supuesto de hecho, ni tampoco tienen prevista la consecuencia jurídica. Sin embargo en la Constitución hay principios fundamentales o especialísimos que caracterizan al Estado, denominados por algunos autores como “adjetivos”, “predicados básicos”, “Constitución de la Constitución”¹¹ o “decisiones constitucionales fundamentales”.¹² Estos adjetivos, predicados o Constitución de la Constitución tienen la característica de que son presupuestos que deben ser desarrollados de manera transversal en toda la normatividad constitucional, así como en la interpretación constitucional.

¿El *sumak kawsay* es un principio que caracteriza al Estado ecuatoriano? Si revisamos con atención el preámbulo de la Constitución, que dice: “Decidimos construir una nueva forma de convivencia ciudadana, en diversidad y armonía con la naturaleza, para alcanzar el buen vivir, el *sumak kawsay*”, el constituyente está determinando varias características del Estado: la convivencia en diversidad, la armonía con la naturaleza, todo ello para alcanzar el *sumak kawsay*, entonces el objetivo fundamental del Estado ecuatoriano es alcanzar el *sumak kawsay*, por tanto sus normas, principios deben ser interpretados en función de alcanzar el *sumak kawsay*.

Es fundamental no perder de vista que, desde la filosofía andina, el *sumak kawsay* es un sistema de vida que se rige por principios fundamentales como la relationalidad, según la cual todo está en íntima relación con el todo, que no hay seres inertes y que esa relationalidad alcanza a todos los niveles físicos, psíquicos y espirituales, así como a todos los ámbitos, sociales, culturales, económicos y políticos. En esa perspectiva, forman parte de la naturaleza todos los seres (ser humano, tierra, agua, bosques, animales, minerales, etc.). En consecuencia, cuando la Constitución decide construir una convivencia en la diversidad y armonía con la naturaleza no solo está reconociendo la existencia de la diversidad sino además adopta una forma de vida que garantice la armonía con la naturaleza en sentido amplio, para conseguir el *sumak kawsay* como sistema de vida, que no es el capitalista sino de equilibrio de todo lo existente en la naturaleza.

Este concepto constitucional desarrollado en el preámbulo de la Constitución, se repite en diferentes secciones, así, al determinar cuáles son los deberes del Estado¹³

11. Ángel Garrorena Morales, *El Estado Español como Estado Social y Democrático de Derecho*, Madrid, Tecnos, 1984, pp. 21 y 22.

12. Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución*, citado por Ángel Garrorena Morales, p. 21.

13. Art. 3.5 de la Constitución de 2008: “Planificar el desarrollo nacional, erradicar la pobreza, promover el desarrollo sustentable y la redistribución de equitativa de los recursos y la riqueza, para acceder al buen vivir”.

y al desarrollar el régimen de desarrollo,¹⁴ que aluden a la consecución del *sumak kawsay*, consecuentemente la Constitución determina al *sumak kawsay* como un principio que caracteriza al Estado, porque el objetivo es alcanzar el *sumak kawsay*.

El régimen del buen vivir en la Constitución

Siguiendo la misma línea desarrollada en el preámbulo de la Constitución, al regular el régimen de desarrollo, se deja establecido como objetivo fundamental del régimen de desarrollo la realización del *sumak kawsay*, así “El régimen de desarrollo es el conjunto organizado, sostenible y dinámico de los sistemas económicos, políticos, socio-culturales y ambientales, que garantizan la realización del buen vivir, del *sumak kawsay*”.¹⁵ En otras palabras, el *sumak kawsay* no solo está concebido como un principio que caracteriza al Estado, sino como el objetivo como meta para alcanzar el régimen de desarrollo del Estado ecuatoriano y el régimen de desarrollo entendido como la integralidad del sistema económico, político, social, cultural y ambiental.

Si así concibe la Constitución al *sumak kawsay*, deberíamos preguntarnos ¿si en la normatividad de “el régimen de desarrollo”, corresponde al sistema del *sumak kawsay*? Intentemos hacer una mirada general.

La utilización del término “desarrollo”, es contrario al *sumak kawsay* como sistema de vida ya descrito. El término desarrollo es sinónimo de crecimiento económico, por tanto, por excelencia es obra de los mercados y, a su vez, de las empresas privadas. La empresa privada y en su forma más moderna: la corporación, gracias al discurso neoliberal del desarrollo económico se cree portadora de una misión de trascendencia histórica: asegurar el cumplimiento de una de las promesas más caras de la modernidad capitalista: el desarrollo económico en condiciones de libertad individual, que significa dejar en libertad a los mercados y que el Estado respete las reglas del juego del sector privado. Es decir, el desarrollo económico, según la doctrina neoliberal, resolverá por sí solo los problemas de la pobreza, iniquidad, desempleo, falta de oportunidades, inversión, contaminación y degradación ecológica, etc.

Pero el desarrollo económico en la práctica no ha resuelto los problemas y ha significado la acumulación del capital, y la acumulación de capital a su vez ha implicado, por definición, la ampliación de las fronteras de la explotación y de la enajenación humana. A más desarrollo, más acumulación de capital; y, por tanto, más explotación, más degradación, más enajenación. En consecuencia, el desarrollo economi-

14. Art. 275 de la Constitución de 2008.

15. *Ibid.*

co encubre las relaciones de poder que genera la acumulación del capital en su momento especulativo y es contrario a los principios del *sumak kawsay*: relacionalidad, correspondencia, complementariedad y reciprocidad.

Pero lo que pretende el *sumak kawsay* es justamente terminar con esa visión de desarrollo y así tienen que ser interpretadas las normas constitucionales en su integralidad y de manera especial el título del “régimen de desarrollo” que regula: la planificación participativa para el desarrollo; la soberanía alimentaria; sistema económico y política económica; política fiscal; endeudamiento público; presupuesto general del Estado; régimen tributario; política monetaria, cambiaria, crediticia y financiera; política comercial; sistema financiero; sectores estratégicos, servicios y empresas públicas; formas de organización de la producción y su gestión; tipos de propiedad; formas de trabajo y su retribución; democratización de los factores de producción; e intercambio económico y comercio justo. Capítulos que aun mantienen visiones de desarrollo capitalista, como por ejemplo al regular los sectores estratégicos, servicios y empresas públicas, como lo veremos a continuación.

Según la Constitución,¹⁶ se consideran sectores estratégicos la energía en todas sus formas, las telecomunicaciones, los recursos naturales no renovables, el transporte y la refinación de hidrocarburos, la biodiversidad y el patrimonio genético, el espectro radioeléctrico, el agua y los demás que determine la ley. Desde la visión de la filosofía andina, no existen sectores estratégicos porque todo, incluidos los denominados “sectores estratégicos”, está regido por los principios del *sumak kawsay*: relacionalidad, correspondencia, complementariedad y reciprocidad. Si todo, incluido los denominados “sectores estratégicos” están regidos por los principios del *sumak kawsay*, no son susceptibles de comercio y de explotación con fines comerciales, sino únicamente para satisfacer las necesidades elementales de la vida y mantener el equilibrio de la naturaleza. La Constitución no prohíbe la explotación con fines comerciales, lo que hace es reservar para el Estado la administración, regulación, control y gestión de los mismos. Pero la explotación o aprovechamiento de esos *sectores estratégicos*, lo puede delegar a la empresa pública y privada.¹⁷

En consecuencia, pese a que se establece que los fines del régimen de desarrollo es alcanzar el *sumak kawsay*, en el proceso normativo no hay una correspondencia con los principios del *sumak kawsay*, sin embargo de ello, la interpretación de las normas del título de “régimen de desarrollo” y toda la Constitución tiene que ser interpretado en función de alcanzar el *sumak kawsay*.

16. Constitución de la República del Ecuador de 2008, artículo 313 inciso final.

17. *Ibid.*, artículos 315 y 316.

Los derechos del buen vivir

Parecería que la Constitución no toma una posición clara con respecto al *sumak kawsay* porque, como hemos visto, por un lado, lo establece como un principio que caracteriza al Estado ecuatoriano y dicha posición se encuentra reforzada cuando establece que el “régimen de desarrollo” tiende a alcanzar el *sumak kawsay*; y, por otro lado, desarrolla un capítulo denominado “derechos del buen vivir”, que para algunos ha sido asimilado como un cambio de denominación de derechos sociales a derechos del buen vivir.

Cuando habíamos desarrollado el *sumak kawsay* desde la filosofía andina, dejamos señalado que está regido por un principio fundamental: la relacionalidad, este principio afirma que todo está relacionado, vinculado, conectado. Que no existe nada sin esta condición trascendental. Por esa razón, la relacionalidad se manifiesta en todos los niveles y en todos los campos de la existencia. Justamente por esta concepción amplia, reducir el *sumak kawsay* (que ha sido traducido literalmente como buen vivir) a los derechos: al agua; a la alimentación; a un ambiente sano; a la comunicación; a la información; a la cultura; a la ciencia; al deporte; a la recreación; al tiempo libre; a la educación; al hábitat; a la vivienda; a la salud; al trabajo; y a la seguridad jurídica, es *desnaturalizar el verdadero significado y dimensión del sumak kawsay*.

Por otro lado, no creemos que todos los derechos sociales reconocidos en la Constitución anterior o los derechos sociales que están reconocidos en los instrumentos internacionales se hayan transferido a los derechos del “buen vivir”. Veamos:

Como afirma Carolina Silva Portero, no todos los derechos sociales que constaban en la Constitución de 1998 son derechos del buen vivir, puesto que tres constan en nuevas clasificaciones: propiedad, familia y grupos de atención prioritaria. En el caso del derecho a la propiedad, de acuerdo con la clasificación internacional, no es un derecho social, así que bajo el supuesto de que los derechos del buen vivir son derechos sociales, es atinado que se haya reubicado a este derecho en otra clasificación. El derecho a la protección a la familia y los derechos de los grupos de atención prioritaria, en el derecho internacional son derechos sociales, pero en la Constitución vigente, el derecho a la protección a la familia consta dentro del derecho de libertad; mientras que el derecho de los grupos de atención prioritaria constan en un capítulo específico. En consecuencia, no todos los derechos sociales de la Constitución de 1998 se transfirieron a los derechos del buen vivir de la actual Constitución.

Si la comparación se realiza con los derechos sociales previstos en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos, casi todos los derechos que integran el buen vivir son derechos sociales, excepto los derechos a la comunicación e informa-

ción. Pero al mismo tiempo, no todos los derechos encasillados como sociales en los instrumentos internacionales, constan en el buen vivir, como es el caso del derecho a la protección a la familia.¹⁸

En consecuencia, la clasificación que realiza la Constitución vigente en la categoría de derechos del buen vivir, categoría en el cual se integra solamente diecisiete derechos, desnaturaliza el verdadero sentido del *sumak kawsay*, tendiendo a confundir su verdadero sentido, lo cual conlleva a confundir o pensar que los derechos sociales equivalen a derechos del buen vivir.

CONCLUSIONES

1. Desde la filosofía andina el *sumak kawsay* es un sistema de vida que permite la armonía de la naturaleza. La naturaleza es todo lo que nos rodea y todo lo que nos rodea tiene vida. En ese sentido, Dios, el ser humano, el agua, los recursos naturales, bosques y todas las cosas forman parte de la naturaleza.
2. En la filosofía andina el *sumak kawsay* está regido por el principio fundamental: la relacionalidad u *holístico*, según la cual todo está relacionado, vinculado, conectado con todo y la relacionalidad se manifiesta a todos los niveles y en todos los campos de la existencia. Este principio fundamental, lejos de ser únicamente lógico, es *sui géneris*, que implica una gran variedad de extra-lógicas: reciprocidad, complementariedad y correspondencia en los aspectos afectivos, ecológicos, éticos, estéticos y productivos,¹⁹ que al mismo tiempo se manifiestan como principios derivados o secundarios.
3. El *sumak kawsay*, desde la concepción de la filosofía andina propone una nueva forma de vida, un concepto nuevo para entender el relacionamiento del hombre con la naturaleza, con la historia, con la sociedad, con la democracia. Un concepto que propone superar el sistema capitalista, en donde el concepto neoliberal del desarrollo y el crecimiento económico son fundamentales.
4. Pese a que la Constitución pretende en un momento reducir el *sumak kawsay* a los derechos del buen vivir, tanto en el preámbulo como en el “régimen de desarrollo”, deja establecido como un principio que caracteriza al Estado ecuatoriano y como fin u objetivo del régimen de desarrollo, lo cual implica que es

18. Carolina Silva Portero, “Qué es el buen vivir en la Constitución?”, en Ramiro Ávila Santamaría y Julio César Trujillo Vásquez, eds., *Constitución del 2008 en el contexto andino: análisis de la doctrina y el derecho comparado*, Serie justicia y derechos humanos, neoconstitucionalismo y sociedad, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009, pp. 130 y 131.

19. *Ibid.*, p. 115.

un principio transversal que debe ser desarrollado en las normas e interpretación constitucional y legal.

BIBLIOGRAFÍA

- Andrade, Santiago, Agustín Grijalva y Claudia Storini, eds., *La nueva Constitución del Ecuador: Estado, derechos e instituciones*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar / Corporación Editora Nacional, 2009.
- Ávila Santamaría, Ramiro, edit., *Constitución del 2008 en el contexto andino: análisis de la doctrina y el Derecho comparado*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- Constitución de Ecuador de 1998.
- Constitución de Ecuador de 2008.
- Dávalos, Pablo, “El “Sumak Kawsay” (“Buen vivir”) y las “censuras del desarrollo”, <http://biblioteca-virtual.clacso.org.ar/libros/dávalos/CapDavalos.pdf>, acceso: 29 de diciembre de 2009.
- Esterman, Josep, *Filosofía andina: estudio intercultural de la sabiduría autóctona andina*, Quito, Abya-Yala, 1998.
- Garrorena Morales, Ángel, *El Estado español como Estado social y democrático de Derecho*, Madrid, Tecnos, 1984.
- Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales de la Organización de Naciones Unidas (PIDESC).
- Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”.
- Spurrier, Walter, <http://asambleablog.wordpress.com/2008/06/03/sumak-kawsay-esta-mal-traducido/>, visitado: 6 de junio de 2009.

Fecha de recepción: 6 de octubre de 2009
Fecha de aceptación: 23 de octubre de 2009

La defensa judicial de la Constitución en el constitucionalismo colombiano. Balances y perspectivas después de dos décadas

*Claudia Escobar García**

RESUMEN

Este artículo pretende explicar el auge que, en Colombia, ha tenido la defensa judicial de la Constitución. Para tal efecto, se hace una breve caracterización del constitucionalismo colombiano, identificando y explicando ocho de sus rasgos: la existencia de una historia y de una tradición de control constitucional, la defensa de la Constitución como asunto público, la Carta Política como norma *invasiva* de la vida social, económica y política del país, la desconcentración del control constitucional, la construcción permanente y progresiva del constitucionalismo por vía judicial, el diálogo con otros sistemas constitucionales, la existencia de una *identidad* constitucional, y la continuidad relativa con el sistema y la tradición jurídica. Con fundamento en esta caracterización, se obtendrán algunas conclusiones sobre la defensa judicial de la Constitución.

PALABRAS CLAVE: constitucionalismo colombiano, defensa judicial de la Constitución, activismo constitucional, justicia constitucional invasiva, identidad constitucional.

SUMMARY

This article intends to explain the peak that judicial defense of the Constitution has experienced in Colombia. For such purpose, the study starts with a brief characterization of the Colombian Constitutionalism, identifying and explaining eight features of this phenomenon: the existence of a history and a tradition of constitutional control; the defense of Constitution as a public issue; the Constitution as an invasive rule in the social, economical and political destiny of the country; the dispersal of constitutional control; the permanent and progressive judicial construction of constitutionalism; the dialogue with other constitutional systems; the existence of a constitutional identity; and, the relative continuity with the juridical system and tradition. Over the basis of this characterization, we will obtain several conclusions around the judicial defense of the Constitution.

* Docente de Argumentación Jurídica y Derecho Constitucional, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador y varias universidades del país.

KEY WORDS: Colombian constitutionalism, Juridical defense of the Constitution, constitutional activism, invasive constitutional justice, constitutional identity.

FORO

INTRODUCCIÓN

El constitucionalismo colombiano ha capturado la atención del mundo entero, no solo por el origen de la actual Constitución, ligado al movimiento estudiantil de la Séptima Papeleta y a la conclusión del proceso de paz con el movimiento guerrillero M-19, sino sobre todo por las consecuencias que de ella ha extraído el órgano rector del sistema: la Corte Constitucional. Abogados dedicados a la academia y al litigio; juristas, sociólogos, antropólogos y economistas; colombianos, ecuatorianos, peruanos, españoles y alemanes; mujeres y hombres; mayores y menores de edad; constitucionalistas, civilistas, tributaristas y laboralistas; académicos y activistas; liberales y conservadores, de derecha y de izquierda; creyentes, agnósticos y ateos; todos, sin excepción, han tenido algo que decir. La justicia constitucional ha sido blanco de todo de tipo de alabanzas, críticas, análisis y estudios: calificada como la mejor Corte de América Latina por unos, por otros tildada como un conjunto de “burriconsultos”.¹ En cualquier caso, la justicia constitucional colombiana, y en particular la Corte Constitucional, constituye un referente obligado en el constitucionalismo contemporáneo.

El presente escrito pretende ofrecer una explicación a este fenómeno: ¿por qué la justicia constitucional colombiana ha marcado un hito en el constitucionalismo contemporáneo?

La respuesta a este interrogante se estructura en torno a ocho rasgos de la defensa judicial de la Constitución en Colombia: la existencia de una historia y de una tradición de control constitucional, la defensa de la Constitución como asunto público, la Carta Política como norma “invasiva” de la vida social, económica y política del país, la desconcentración del control constitucional, la construcción permanente y progresiva del constitucionalismo por vía judicial, el diálogo con otros sistemas constitucionales, la existencia de una “identidad” constitucional, y la continuidad relativa con el sistema y la tradición jurídica. Una vez definidos y explicados estos ras-

1. Expresión utilizada por el ex ministro de Hacienda y Crédito Público, Rudolf Hommes Trujillo, para referirse a las decisiones económicas de la Corte Constitucional. Cfr. diario *El Colombiano*, 4 de julio de 1999.

gos, se extraerán algunas conclusiones sobre la defensa judicial de la Constitución en general, y en particular en Colombia.

CARACTERIZACIÓN DE LA DEFENSA JUDICIAL DE LA CONSTITUCIÓN EN COLOMBIA

HISTORIA Y TRADICIÓN DE CONTROL CONSTITUCIONAL

Se suele suponer que la expedición de la Constitución Política de 1991, y con ella la creación de la Corte Constitucional, marca el nacimiento del constitucionalismo colombiano. Se tiende a creer que éste se encontraba en una especie de letargo durante los dos siglos de existencia republicana, y que con el nacimiento de la Corte floreció y nació a la vida con una fuerza inusitada. El “auge” del constitucionalismo colombiano, según esta versión, se explicaría por un nuevo texto constitucional ejemplar en la región, y por una corte sin precedentes.

Si bien es cierto que la nueva Constitución marcó un verdadero hito, y que la Corte Constitucional colombiana ha llevado a límites insospechados su misión de garantizar la vigencia de los derechos y la supremacía constitucional, también lo es que en el país existe una auténtica, compleja y rica historia y tradición constitucional que descarta esta hipótesis. Una superficial revisión de la historia colombiana revela que la defensa judicial de la Constitución se remonta hasta los inicios de la República, y que a partir de entonces ha existido un permanente y progresivo proceso de expansión en el control constitucional. De este modo, las evidentes fortalezas del constitucionalismo colombiano (y de la Corte Constitucional) no son un “milagro” ni un fenómeno casual o azaroso, sino el resultado de esta lenta pero continua e ininterrumpida evolución.

En primer lugar, el control constitucional tiene ya una larga historia.² Incluso antes de la independencia definitiva del país en 1919, la Constitución de la provincia de Cundinamarca de 1811 estableció una especie de control constitucional del sistema jurídico. En efecto, el Senado de Censura y Protección, que pese a su denominación tenía una eminente naturaleza jurisdiccional, debía declarar la “infracción o usurpación de todos o cada uno de los tres poderes ejecutivo, legislativo y judicial”, de oficio o a solicitud de cualquier ciudadano, y debía resolver sobre los vicios de los proyectos de ley objetados por el gobierno nacional por vicios materiales o procedi-

2. Cfr. Manuel José Cepeda, “La Defensa Judicial de la Constitución. La Gran Fortaleza Colombiana”, en Armin von Bogdandy, Flavia Piovesan y Mariela Morales Antoniazzi, *Direitos Humanos, Democracia e Integração Jurídica na América do Sul*, Rio de Janeiro, Ed. Lumen Juris, 2009, pp. 581-628.

mentales. De igual modo, diversas Constituciones a lo largo del siglo XIX consagran ciertas modalidades de control; así, la Constitución de 1863 atribuyó a la Corte Suprema de Justicia la competencia para suspender provisionalmente los actos proferidos por las autoridades estatales, mientras el Senado adoptaba una decisión definitiva; al amparo de este modelo, en tan solo tres años (1875-1878) fueron suspendidos 52 leyes estatales por la justicia constitucional.³

A partir de la expedición de la Constitución de 1886, cuya vigencia perduraría hasta el año de 1991, se fortaleció progresivamente la defensa judicial de la Carta Política, y se definieron los grandes lineamientos del control constitucional, que en su gran mayoría permanecen aún vigentes. Inicialmente la Constitución de 1886 dispuso que la Corte Suprema de Justicia debía resolver de manera definitiva sobre las objeciones presidenciales a los proyectos de ley, cuando el Congreso rechazara la respectiva objeción. La Corte Suprema debía entonces realizar un control previo y abstracto de constitucionalidad activado por el Presidente de la República, y sus fallos tenían efectos generales. Esta previsión normativa no se quedó en el papel, y por el contrario, en el 71% de las sentencias se declaró la inconstitucionalidad de la respectiva ley; así, en 1887 se declaró la inconstitucionalidad de una ley que concedió una pensión a la familia de un sargento (Ricardo O'Levy), fundada en la disposición constitucional que impedía las denominadas "pensiones gratuitas". En otros casos se pronunció sobre la constitucionalidad de otras pensiones gratuitas, sobre la rendición de honores a personas ilustres que habían muerto, y sobre decretos dictados por un Presidente encargado que no se había posesionado como tal ante la propia Corte Suprema de Justicia. Podría incluso hablarse de una suerte de "activismo judicial", como cuando la Corte se pronunció oficiosamente sobre la constitucionalidad de unos decretos legislativos de estado de sitio referidos a términos judiciales, sin que mediara ninguna objeción presidencial.⁴

El año de 1910 marca un hito en la historia constitucional colombiana: por un lado, el Acto Legislativo No. 3 introdujo la conocida "excepción de inconstitucionalidad", en virtud de la cual los jueces deben inaplicar las disposiciones infraconstitucionales que consideren incompatibles con la Carta Política en los casos concretos sometidos a su conocimiento, sin tener que remitir en consulta o enviar un informe especial a la Corte Suprema de Justicia para que resuelva de manera general sobre la inconstitucionalidad de la respectiva disposición. Por otro lado, consagró la famosa "acción pública de inconstitucionalidad", que faculta a cualquier ciudadano a demandar ante la Corte Suprema de Justicia, la inconstitucionalidad de las leyes. El año de

3. Manuel José Cepeda, "La Defensa Judicial de la Constitución. La Gran Fortaleza Colombiana", pp. 587-589.

4. *Ibid.*, pp. 589-590.

1910, entonces, marca el nacimiento de los controles concreto y abstracto de constitucionalidad, tal como existen hoy en día en el país. Así pues, paradójicamente el control abstracto de constitucionalidad nació en Colombia mucho antes de que fuese ideado por su padre, Hans Kelsen, y de que fuese implementado en los países europeos a mediados del siglo XX.

A partir de entonces comenzó a ampliarse vertiginosamente el espectro del control constitucional. Con la introducción del Estado social de Derecho en 1936 y la correspondiente ampliación del catálogo de derechos y principios orientadores del Estado colombiano, el control constitucional se tornó más estricto, pues los parámetros de control resultaron ahora sustancialmente más exigentes. Con la reforma constitucional de 1945 se atribuyó el control de los actos administrativos al Consejo de Estado, para evitar los recurrentes conflictos de competencia que se presentaron entre este órgano y la Corte Suprema de Justicia; con este nuevo diseño, a la Corte Suprema de Justicia únicamente se le atribuyó la competencia sobre las leyes y sobre tres categorías de decretos: los decretos de estado de sitio, los decretos extraordinarios dictados en virtud de una delegación legislativa, y los decretos de autorización para negociación de empréstitos y ejercer otras funciones presidenciales. Con la reforma constitucional de 1968, el control constitucional de los decretos de estado de sitio (hoy “estados de excepción”) pasó a ser automático, y expresamente se estableció el control procedimental de las leyes.⁵

Así pues, dentro de este marco normativo, Corte Suprema de Justicia y Consejo de Estado cumplieron la función de garantizar jurisdiccionalmente la supremacía constitucional durante todas estas décadas. En promedio, la Corte Suprema de Justicia expidió alrededor de 24 sentencias de constitucionalidad por año, aunque con un margen de desviación notable: mientras en los primeros años el promedio fue de 7, entre 1975 y 1991 alcanzó un promedio de 94.⁶ Estas variaciones se explican no solo por la “inflación legislativa” de las últimas décadas, sino también por la importancia que progresivamente adquirió el control de constitucionalidad del sistema jurídico en Colombia.

Dentro de estos fallos se destacan los referidos a los decretos legislativos (estados de excepción) y a los decretos dictados con fundamento en las leyes de facultades extraordinarias. En promedio, el 25% de dichos actos fueron declarados inconstitucionales. Y aunque en términos generales la Corte Suprema de Justicia fue “complaciente” y “tímida” en el desempeño de su labor (como cuando declaró la constitucionalidad de múltiples decretos legislativos restrictivos de las libertades públicas, o

5. *Ibid.*, pp. 591-599.

6. *Ibid.*, pp. 610-623.

como cuando se inhibió de pronunciarse sobre la ley aprobatoria del tratado por medio del cual se cedió Panamá a Estados Unidos), su desempeño no puede ser despreciado. En diversas oportunidades declaró la inconstitucionalidad de leyes y decretos contrarios a la Constitución (como lo demuestra el hecho de que aproximadamente el 25% de las sentencias declararon la inexecutable total o parcial), e incluso, sin estar expresamente facultada para ello, declaró la constitucionalidad condicionada de diversas disposiciones mediante lo que hoy se conoce como “sentencias interpretativas”,⁷ y asumió la competencia sobre las leyes aprobatorias de tratados internacionales y las reformas constitucionales; precisamente, con fundamento en esta competencia, impidió diversas reformas constitucionales durante la década de los 70, declaró la inconstitucionalidad del famoso y controvertido tratado de extradición con Estados Unidos, y finalmente avaló la convocatoria para la Asamblea Constituyente que dio lugar a la actual Constitución.

De esta manera, la defensa de la Constitución por vía judicial tiene ya una larga historia en el constitucionalismo colombiano. El modelo previsto en la Constitución de 1991 (como la distribución de competencias entre la Corte Constitucional y la jurisdicción de lo contencioso administrativo, o el alcance del control sobre las reformas constitucionales y los tratados internacionales) se explica por referencia a este desenvolvimiento histórico. Lo anterior de ningún modo significa que la Constitución del 91 sea una mera reproducción del sistema anterior, sino más bien que la experiencia permitió identificar las debilidades, las necesidades y las fortalezas existentes, y que a partir de este diagnóstico se establecieron los actuales lineamientos del sistema de control constitucional en el país.

Pero no solo ha existido una larga y continua tradición en la defensa judicial de la Constitución, sino que además se han dado las condiciones institucionales y culturales para el fortalecimiento de la justicia constitucional. Entre otras cosas, el nivel de institucionalidad y de independencia judicial, al menos en el contexto regional, es excepcionalmente alto. Esta institucionalidad e independencia de la justicia se pone en evidencia cuando se constata que nunca en la historia se ha registrado el enjuiciamiento político o la destitución de sus miembros, pese a las muy controvertidas decisiones que la justicia ha adoptado a lo largo del tiempo en las más diversas cuestiones: relaciones internacionales, estrategias de ataque a los grupos armados, manteni-

7. Muchas sentencias de este tipo se encuentran en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado. Este es el caso de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 2 de agosto de 1912, en la que se dispone que el artículo 2 de la Ley 40 de 1905 no comprende a los propietarios de minas de esmeraldas que hayan redimido antes de la vigencia del Decreto No. 48 de 1905.

Cfr. Manuel José Cepeda Espinosa, “Sentencias con implicaciones económicas: reflexiones con ánimo constructivo”, ponencia presentada en las XXVIII Jornadas Colombianas de Derecho Tributario, 2004. Disponible en: <http://www.webpondo.org/filesoctdic2004/cepeda2.pdf>. Último acceso: 12 de marzo de 2010.

miento del orden público, intervención del Estado en la economía, reformas constitucionales, las relaciones entre el Estado y la Santa Sede, entre otros. Ni las decisiones de la Corte Suprema de Justicia que impidieron las reformas constitucionales o que declararon la inconstitucionalidad de tratados internacionales que establecían la extradición de narcotraficantes a Estados Unidos, ni las decisiones de la Corte Constitucional que declaran inexecutable Actos Legislativos que reforman la Constitución, declaratorias de estado de excepción o de leyes del sistema financiero en materia de vivienda, ni las tutelas que al reconocer los derechos sociales han establecido múltiples obligaciones a cargo del Estado, han dado lugar al cuestionamiento de la justicia constitucional.

Un hecho reciente es bien significativo: hace unas pocas semanas, la Corte Constitucional expidió la hoy famosa sentencia C-141/10 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto), en la que se declaró la inconstitucionalidad de la ley 1354 de 2009, expedida por el Congreso para convocar un referendo, reformar la Constitución y admitir una nueva reelección del presidente Uribe. Pues bien, pese a la amplia popularidad del presidente Uribe, al esfuerzo económico y político que se hizo para tramitar la recolección de firmas y el trámite de la respectiva ley, y al amplio respaldo institucional con el que contaba la reelección, la decisión fue respetada sin ningún tipo de cuestionamientos. El mismo presidente Uribe, minutos después de que la Corte difundió su decisión a través de un comunicado de prensa, se presentó por los medios televisivos aceptando la decisión de la justicia y destacando la prevalencia del estado de derecho sobre el estado de opinión en una democracia como la colombiana.

Así pues, la legitimidad de la Corte Constitucional es algo que ella misma se ha ganado a pulso, pero también el resultado del alto nivel de institucionalidad e independencia que históricamente ha tenido el Poder Judicial en Colombia.

Por lo demás, condiciones de tipo cultural explican el desarrollo del constitucionalismo colombiano. En efecto, la confianza que en Colombia se ha depositado en el Derecho en general, ha provocado, entre otras cosas, el alto nivel judicialización de conflictos de orden político, económico y social, así como una marcada actividad intelectual que comprende fenómenos como traducción de obras jurídicas, producción académica, cierto nivel de rigor en la enseñanza universitaria, entre otros. De esta manera, el “auge” del constitucionalismo colombiano hace parte y se inscribe dentro de este fenómeno más amplio.

Lo anterior significa que el constitucionalismo de un país no es algo que se construya a base de “golpes de suerte”, con el diseño de una buena Constitución o con la genialidad de 9 magistrados. Por el contrario, un texto constitucional adecuado o la genialidad de 9 magistrados solo son posibles en contextos que ofrecen estas condiciones de tipo cultural e institucional; solo a partir de esta plataforma y de este am-

plio y complejo proceso de construcción, es posible el desarrollo normativo, jurisprudencial y doctrinal del derecho constitucional.

LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN COMO ASUNTO PÚBLICO

Otro de los rasgos característicos es que la defensa judicial de la Constitución constituye un asunto público al que todas las personas tienen acceso. Como en ninguna otra rama del derecho, las personas en general, y no solo los abogados, se encuentran involucrados de una u otra manera con la defensa judicial de la Constitución: amas de casa, movimientos y organizaciones sociales, estudiantes de colegio, universitarios, pequeños y grandes empresarios, desempleados, trabajadores, personas privadas de la libertad, políticos, gremios profesionales, grupos étnicos, académicos, comerciantes informales, entre muchos otros, acuden a la justicia constitucional y depositan en ella la esperanza de encontrar solución a sus problemas. En otras palabras, los conflictos sociales, políticos y económicos del país suelen ser entendidos e interpretados como asuntos constitucionales, y de este modo son judicializados ante la justicia constitucional.

Esta suerte de “activismo constitucional” se encuentra determinado por distintos factores. Entre otras cosas, el diseño normativo de los mecanismos de defensa de la Constitución ha contribuido a que la sociedad se involucre con el litigio constitucional. Como se explicó anteriormente, históricamente estos mecanismos han tenido una gran amplitud, especialmente el relativo al control abstracto de constitucionalidad. Desde 1910, la acción de inconstitucionalidad puede ser promovida por cualquier ciudadano y a partir de 1991, la acción de tutela puede ser propuesta por cualquier persona cuyos derechos se encuentren amenazados o violados, incluso a través de agentes oficiosos y sin necesidad de abogado; y las denominadas acciones populares, diseñadas para proteger los derechos colectivos, no solo pueden ser propuestas por cualquier persona sin necesidad de abogado, sino que además se ha fijado un estímulo económico significativo para sus promotores, como se explicará más adelante.

Con respecto al control abstracto de constitucionalidad, a partir de 1910 se consagró una acción de inconstitucionalidad pública y abierta, de modo que por regla general cualquier ciudadano puede proponer una acción en contra de las reformas constitucionales, de las leyes y de los decretos con fuerza de ley ante la Corte Constitucional (art. 242.1 C.P.), o de cualquier otro acto normativo ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo (jueces y tribunales administrativos y Consejo de Es-

tado).⁸ De igual modo, cualquier ciudadano puede participar en el respectivo proceso de inconstitucionalidad mediante las denominadas “intervenciones ciudadanas”, presentado sus argumentos y razones para defender o impugnar la constitucionalidad de la disposición sujeta a control (art. 242.1 C.P.), todas las cuales deben ser tenidas en cuenta por el juez constitucional al momento de resolver los problemas jurídicos. Como la constitucionalidad del sistema jurídico es un asunto público que interesa a todos, no se requiere ni indicar ni demostrar interés legítimo en la cuestión, y mucho menos actuar a través de abogado. De este modo, mientras en otras latitudes el control constitucional es activado por órganos del Estado como el Presidente de la República o el Parlamento, o en el mejor de los casos la participación ciudadana se condiciona al cumplimiento de cargas especiales (como la obtención de cierto número de firmas de respaldo), en Colombia cualquier ciudadano puede hacerlo.

Esto explica que el nivel de litigio constitucional en el país sea excepcionalmente alto, y que gran parte de los conflictos que se originan en la producción normativa sean canalizados a través de este mecanismo judicial. De esta manera, las inconformidades con el proceso de producción normativa o con su contenido o las luchas entre partidos y movimientos políticos o entre los grupos mayoritarios y las minorías, se traducen en vicios de inconstitucionalidad que se canalizan mediante un proceso de inconstitucionalidad abstracta. En otras palabras, en Colombia este tipo de problemas no se solucionan con marchas, protestas o artículos de periódico, sino fundamentalmente con demandas.

Bastante significativo es el hecho de que en procesos de inconstitucionalidad abstracta con alto impacto político o que se refieren a temas sensibles, como la reelección presidencial, la ley de justicia y paz o los tratados de libre comercio, la participación ciudadana tenga niveles sorprendentes de participación. Este es el caso de la sentencia C-551/03, en la que se estudió la constitucionalidad de la ley que convocaba al referendo promovido por el gobierno de Uribe Vélez para reformar la Constitución; dentro de las intervenciones ciudadanas se encuentran personas vinculadas al gobierno nacional o a los gobiernos locales, sindicalistas, empresarios y comerciantes, estudiantes de derecho, organizaciones sociales, profesionales, profesores de colegio y de universidades, trabajadores del sector privado, entre muchos otros. Pero sin lugar a dudas, las participaciones públicas dentro del proceso que dio lugar a la

8. Se afirma que *en general* las acciones de inconstitucionalidad pueden ser propuestas por cualquier ciudadano, puesto que en los casos de control automático ello no es necesario. En el caso colombiano existe un control automático de los decretos legislativos (que declaran y se dictan con fundamento en los estados de excepción), de las leyes aprobatorias de los tratados internacionales, de las leyes estatutarias, de las leyes que convocan un referendo, entre otras. En los demás casos el control debe ser activado mediante una demanda de inconstitucionalidad.

despenalización parcial del aborto en Colombia, no tiene precedentes en la historia constitucional: nacionales y extranjeros,⁹ hombres y mujeres, personas naturales y personas jurídicas, instituciones públicas¹⁰ e instituciones privadas, mayores y menores de edad, médicos¹¹ y abogados, estudiantes y profesores,¹² religiosos¹³ y laicos, organizaciones sociales,¹⁴ reconocidos activistas,¹⁵ movimientos de mujeres¹⁶ y movimientos de hombres,¹⁷ institutos de investigación¹⁸ y ONG, personas reconocidas en el mundo académico¹⁹ y político, y ciudadanos del común, redes internacionales²⁰ y asociaciones de padres de familia de jardines infantiles, concurren para presentar todo tipo de razonamientos, argumentos, estadísticas, estudios, definiciones, referencias jurisprudenciales y doctrinales, entrevistas y estudios empíricos. Tampoco es extraño encontrar sentencias que han sido promovidas por “ciudadanos de la calle”; este es precisamente el caso de la sentencia expedida recientemente por la Corte, en la que se declaró la inconstitucionalidad del artículo del Código Civil que impedía

-
9. Este es el caso de Linda Flowers, Michel Scarpelanda, Gianfranco Mazzanti, Stephan Presser o Ann Moore.
 10. Este es el caso del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), de la Defensoría del Pueblo, del Ministerio de Protección Social y del Ministerio del Interior y de Justicia.
 11. Este es el caso la Academia Nacional de Medicina, de la médica peruana Maita García Trovatto, de los miembros de la Sociedad Peruana de Ginecología y Obstetricia y de la Asociación Americana de Obstetricia y Ginecología Por Vida.
 12. Entre ellos, profesores de la Universidad de Valparaíso, Harvard, Abat Oliba CEU, Saint Thomas, Valencia, República de Uruguay, Andes de Chile, Georgetown, Zaragoza, Bolivariana de Medellín, Santiago de Cali, Sabana, Católica Petrópolis de Brasil, y de Costa Rica.
 13. Este es el caso de la Conferencia Episcopal Colombiana y de los miembros de la Iglesia Cristiana Carismática Tabernáculos de la Fe.
 14. Este es el caso de la Fundación Derecho a Nacer, Corporación Humanas (Centro Regional de Derechos Humanos y Justicia de Género), Society for the Protection of Unborn Children, Comité Nacional Provida, Fundación Amor y Vida, Centro de Ayuda para la Mujer.
 15. Este es el caso de Bernard Nathanson, el famoso norteamericano conocido por ser el director de la clínica de abortos más grande del mundo y fundador de “NARAL Pro Choice America”, que posteriormente se incorporó a masivas y agresivas campañas en contra del aborto. También es el caso del abogado argentino Jorge Rafael Scala, quien ha realizado una importante investigación histórica sobre el origen de las campañas a favor del aborto, y de la colombiana Ilva Miriam Hoyos Castañeda.
 16. Este es el caso del Comité de Derechos de las Mujeres y Equidad de Género del Parlamento Europeo, Real Women of Canadá, Women’s Forum Australia, Feminist for Life y Católicas por el Derecho a Decidir.
 17. Este es el caso de la red Men and Abortion Network, encargada de conocer y difundir el impacto del aborto en los hombres.
 18. Este es el caso del Centro de Investigación sobre Dinámica Social de la Universidad de Columbia, del Elliot Institute, del Institute for Integrated Social Analysis y de American Center of Law and Justice.
 19. Este es el caso de los reconocidos Rafael Nieto Navia, Christian Courtis, Rodrigo Uprimny Yepes y Javier Hervada, reconocidos internacionalmente en materias relacionadas con la filosofía del derecho, el derecho internacional, los derechos humanos (especialmente los derechos sociales) y el derecho constitucional, respectivamente.
 20. Este es el caso de la Red Latinoamericana de Abogados Cristianos, Men and Abortion Network, la Red Colombiana de Mujeres por los Derechos Sexuales y Reproductivos, Women’s Health Advocacy Foundation, Corporación Casa de la Mujer, Corporación Cisma Mujer, entre muchas otras.

declarar la nulidad de un matrimonio contraído por una menor, cuando la mujer se encuentra en estado de embarazo; el demandante en este caso fue un joven de tan solo 21 años de edad, estudiante de Derecho de la Universidad Industrial de Santander.²¹

Lo realmente importante de esto no radica en la posibilidad formal de presentar demandas de inconstitucionalidad o de participar en el respectivo proceso, sino en que cualquier persona tiene la capacidad para activar el aparato judicial en asuntos tan importantes como la constitucionalidad de las leyes y las reformas constitucionales, y en que la justicia constitucional está obligada a tener en cuenta y considerar los argumentos y razones expuestas en las intervenciones públicas.²²

Algo semejante puede predicarse de las acciones de tutela, que pueden ser presentadas por cualquier persona sin necesidad de abogado. Esta acción, diseñada para la protección de lo que la Constitución denomina “derechos fundamentales”, ha logrado tener un alto nivel de penetración en la vida de los colombianos, de modo que todas las relaciones sociales, por vía de tutela, han tenido una mayor o menor grado de “constitucionalización”.

Estas acciones han sido utilizadas por los “ciudadanos del común” para resolver todo tipo de conflictos: personas a las que la Administración Pública no les resuelve en los términos legales una petición,²³ participantes en procesos de contratación que están inconformes con la adjudicación de algún contrato estatal,²⁴ mujeres que son despedidas de su trabajo por su estado de embarazo,²⁵ universitarios que alegan haber sido sancionados sin el cumplimiento de las garantías del debido proceso,²⁶ padres de familia cuyos hijos han dejado de recibir el servicio de educación por el incumplimiento en el pago de la pensión,²⁷ estudiantes que se oponen a recibir clases de baile incompatibles con sus creencias religiosas,²⁸ pensionados cuyas mesadas no son pagadas a tiempo, personas que entran en conflicto con sus vecinos por tener perros que

21. Sentencia C-008/10, M.P. Mauricio González Cuervo.

22. Es por esta razón que la actual tendencia de la Corte de rechazar demandas de inconstitucionalidad y de preferir fallos inhibitorios porque a su juicio la demanda no cumple con las cargas de precisión, especificidad, claridad y certeza, es incompatible con el carácter público e informal de las acciones de inconstitucionalidad abstracta. Esto ha hecho que los asuntos de constitucionalidad abstracta se estén convirtiendo en asuntos técnicos solo accesibles a abogados constitucionalistas con refinados conocimientos en el litigio constitucional.

23. Sentencia T-464/09, M.P. José Ignacio Pretelt Chaljub.

24. Sentencias T-337/05 (M.P. Jaime Araujo Rentería) y T-147/96 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

25. Sentencia T-005/09, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

26. Sentencia T-768/09, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

27. Sentencia T-452/97, M.P. Hernando Herrera Vergara.

28. Sentencia T-588/98, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

ladran fuerte,²⁹ menores que se oponen a transfusiones de sangre por razones religiosas,³⁰ vecinos que se quejan del ruido de las campanas de la iglesia,³¹ deudores del sistema financiero por créditos de vivienda cuyos bienes han sido embargados, trabajadores sindicalizados que alegan recibir un trato discriminatorio por la empresa empleadora,³² “perdedores” de procesos judiciales que consideran injusta o arbitraria la decisión del juez, jóvenes que se oponen a la prestación del servicio militar obligatorio por su incompatibilidad con sus creencias religiosas,³³ hombres o mujeres obesas que buscan la realización gratuita de la cirugía bariátrica o de by pass gástrico,³⁴ son tan solo algunas hipótesis que son resueltas a diario por los jueces de tutela. La expresión “tutelitis” no solo pone en evidencia el abuso de esta figura, sino también el impacto que ha tenido entre los colombianos, y la profunda confianza que en ella se tiene como instrumento para constitucionalizar las relaciones de la vida social.

No menos importante han sido las denominadas “acciones populares”, diseñadas para garantizar los derechos e intereses colectivos como el medio ambiente, el espacio público, la moralidad administrativa, el patrimonio público, la seguridad y la salubridad pública, los derechos de los consumidores y la libre competencia económica. Estas acciones no solo pueden ser presentadas por cualquier persona (dado el interés colectivo subyacente), sino que además se han establecido estímulos especiales. Este es precisamente el caso del incentivo de tipo económico previsto en los artículos 39 y 40 de la Ley 472 de 1998; allí se dispone que el demandante tiene derecho a recibir una suma de dinero que oscila entre los 10 y los 150 salarios mínimos mensuales, y que cuando se refieran a la moral administrativa, el demandante tiene derecho a recibir el 15% del valor que la entidad pública recupere como consecuencia de la acción popular. Si bien estos estímulos han dado lugar a ciertas “mafias” encargadas de escudriñar sistemáticamente posibles irregularidades y de hacer de las fallas de la administración pública un negocio muy lucrativo, lo cierto es que la ley, con muy buen sentido, entendió que lo realmente importante es la protección objetiva de los derechos colectivos, al margen del móvil económico que puedan tener los promotores de estas acciones, y que por el contrario, no se deben buscar héroes y filántro-

29. Sentencia T-119/98, M.P. Fabio Morón Díaz.

30. Sentencia T-659/02, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

31. Sentencia T-1205/03, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

32. Sentencia T-390/98, M.P. Fabio Morón Díaz.

33. Sentencias T-409/92 (M.P. Alejandro Martínez Caballero y Fabio Morón Díaz), T-534/92 (M.P. Ciro Angarita Barón), SU-277/93 (M.P. Antonio Barrera Carbonell), C-511/94 (M.P. Fabio Morón Díaz), T-363/95 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo) y C-740/01 (M.P. Álvaro Tafur Galvis).

34. Sentencia T-055/09, M.P. Jaime Araujo Rentería.

pos sino ciudadanos corrientes dispuestos a dedicar parte de su tiempo a los derechos e intereses colectivos, a cambio de una retribución.³⁵

En estas circunstancias, acciones populares se han propuesto con muy diversos fines y propósitos, y sobre una amplia variedad de asuntos: descontaminación de los ríos Bogotá³⁶ y Cauca,³⁷ la suscripción del Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos, la señalización del tránsito en calles de Quibdó, la instalación de alumbrado público o de barandas en malecones de ciudades y municipios, la tala de árboles en Bogotá a través del programa “Bogotá se viste de verde”,³⁸ el vertimiento de aguas residuales en los humedales de Bogotá,³⁹ la suspensión del programa radial “El Mañanero de la Mega” por su alto contenido sexual,⁴⁰ la entrada en funcionamiento de los juzgados administrativos,⁴¹ la construcción de puentes peatonales,⁴² los estándares de calidad del agua para el consumo humano,⁴³ la creación del Comité de Reclamos previsto en el Estatuto Nacional del Usuario en Telecom,⁴⁴ la explotación de la reconocida marca Juan Valdez,⁴⁵ las alamedas perimetrales a clubes y cementerios en Bogotá,⁴⁶ entre muchos otros, han sido objeto de acciones populares.

-
35. En diversas oportunidades se ha buscado la eliminación del mencionado incentivo. De hecho, se alcanzó a solicitar la declaratoria de inconstitucionalidad de la norma que lo consagra, pero la Corte, con buen criterio, desestimó la pretensión en la sentencia C-459/2004 (M.P. Jaime Araujo Rentería). De igual modo, se han tramitado infructuosamente distintos proyectos de ley que prevén la eliminación del incentivo, como los siguientes: Proyectos de ley 96 de 2004-Senado, 43 de 2005-Senado, 52 de 2005-Cámara, 74 de 2006-Cámara, 23 de 2006-Senado, 87 de 2007-Cámara.
 36. Sentencia de la Sub-sección B de la Sección Cuarta del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, exp. 01-479, 25 de agosto de 2004, M.P. Nelly Yolanda Villamizar de Peñaranda.
 37. Sentencia de la Sala Plena del Consejo de Estado, 14 de enero de 2007, exp. AP-0154072007, C.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.
 38. Sentencia de la Sección Primera del Consejo de Estado, exp. AP-150/2001, 26 de julio de 2001, C.P. Olga Inés Navarrete Barrero.
 39. Sentencia de la Sección Primera del Consejo de Estado, exp. AP-083/2000, 21 de septiembre de 2000, C.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.
 40. Sentencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, exp. AP-2003/2004, 29 de julio de 2004, C.P. Germán Rodríguez Villamizar.
 41. Sentencia de la Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado, exp. AP-503/2002, 18 de julio de 2002, C.P. Ana Margarita Olaya Forero.
 42. Sentencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, exp. AP-0353/2002, 24 de enero de 2002, C.P. Ricardo Hoyos Duque.
 43. Sentencia de la Sección Primera del Consejo de Estado, exp. AP-1652/2005, 3 de noviembre de 2005, C.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.
 44. Sentencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, exp. AP-/2005, 14 de junio de 2001, C.P. Alier Hernández Henríquez.
 45. Sentencia de la Sala Plena del Consejo de Estado, exp. AP-00739, 24 de marzo de 2009, C.P. Mauricio Torres Cuervo.
 46. Sentencia de la Sección Primera del Consejo de Estado, exp. AP-00491-2002, 10 de diciembre de 2008, C.P. Marco Antonio Velilla Moreno.

Todo lo anterior significa que la defensa de la Constitución no es un problema que atañe exclusivamente a un reducido círculo de abogados y jueces, sino que ante todo es un asunto público que sirve para canalizar los propios intereses y necesidades individuales y colectivas. Pero significa también que el constitucionalismo es el resultado del debate, de la confrontación, del diálogo, y en general de procesos participativos y democráticos, y no simplemente el conjunto de verdades canónicas y absolutas dictadas por unos cuantos estudiosos y sabios. Por último, significa también que en los sistemas políticos contemporáneos la democracia no se agota en las urnas y en el sufragio, sino que existen múltiples y diversas maneras de hacer efectivo el principio democrático.

UNA JUSTICIA CONSTITUCIONAL INVASIVA

Íntimamente relacionado con el rasgo anterior, se encuentra otra de las particularidades del constitucionalismo colombiano: el carácter “invasivo” de la Constitución y de la justicia constitucional. Significa esto que progresivamente la Constitución se filtra en todos los escenarios de la vida social, económica y política del país, presentándose una especie de constitucionalización de las relaciones sociales.

Con mucha frecuencia ocurre que los conflictos sociales, económicos y políticos son puestos rápidamente en términos constitucionales, y como consecuencia de ello son judicializados y resueltos por instancias jurisdiccionales, bien sea por la propia Corte Constitucional, por la jurisdicción ordinaria o por la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Un breve repaso de la historia reciente muestra una abundante masa de casos de este tipo: temas como la reelección presidencial,⁴⁷ las fumigaciones con glifosato,⁴⁸ los procesos penales iniciados por la Corte Suprema de Justicia a los congresistas que ordenaron la preclusión de la investigación en contra del ex presidente Samper por infiltración de dineros del narcotráfico en su campaña presidencial,⁴⁹ el aborto y la objeción de conciencia de los médicos frente a su realización,⁵⁰ la eutanasia,⁵¹ la ley de justicia y paz para viabilizar la negociación con los

47. Sentencias C-141/10 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto), C-1153/05 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra) y C-1053/05 (M.P. Álvaro Tafur Galvis).

48. Sentencia SU-383/03, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

49. Sentencia SU-047/99, M.P. Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero.

50. Sentencias T-388/09 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto), T-946/08 (M.P. Jaime Córdoba Triviño), T-209/08 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández), T-988/07 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto), C-355/06 (M.P. Jaime Araujo Rentería y Clara Inés Vargas Hernández), C-198/02 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández), C-647/01 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra), C-013/97 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo), C-133/94 (M.P. Antonio Barrera Carbonell).

51. Sentencia C-239/97, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

grupos guerrilleros y paramilitares,⁵² los conflictos entre las petroleras y los indígenas, el impacto social y ambiental de construcción de mega-proyectos hidroeléctricos,⁵³ la cadena perpetua para quienes abusan sexualmente de menores, la flexibilización laboral,⁵⁴ el sistema de salud,⁵⁵ los disensos al interior de los partidos políticos,⁵⁶ entre muchos otros, han sido resueltos y definidos en los estrados judiciales.

De igual modo, la vida ordinaria del “ciudadano de la calle” ha estado sometida a un proceso análogo, pues especialmente mediante la acción de tutela, la Constitución Política ha “invadido” las relaciones de la vida ordinaria. Este es el caso, por ejemplo, del derecho al libre desarrollo de la personalidad, que se ha proyectado en todos los espacios de la vida social con unos alcances insospechados: la educación, la familia, la salud, el trabajo, las cárceles, las fuerzas armadas, los parques y otros espacios públicos, entre muchos otros. Con fundamento en este derecho, la Corte Constitucional ha “irrupido” en todo tipo de conflictos sociales: infantes de cuatro años que se oponen a que se les corte el cabello para impedir el contagio de los molestos piojos,⁵⁷ la obligatoriedad del uso de la toga,⁵⁸ la exigencia de llevar falda a las cárceles como condición para realizar visitas a los privados de libertad,⁵⁹ la prohibición del uso de aretes o piercings en los colegios,⁶⁰ la penalización del consumo de sustancias estupefacientes y psicotrópicas,⁶¹ la tenencia de animales domésticos en las zonas comunes de las unidades de propiedad horizontal,⁶² la revocación de donaciones a menores que contraen matrimonio sin el consentimiento de sus padres,⁶³ las sanciones a los estudiantes por su conducta y vida sexual por fuera de las instalaciones del colegio,⁶⁴ entre muchos otros, ponen en evidencia la manera en que el texto constitucional y el discurso de los derechos constitucionales ha logrado permea la vida social.

52. Sentencia C-370/06, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, Rodrigo Escobar Gil, Jaime Córdoba Triviño, Marco Gerardo Monroy Cabra, Álvaro Tafur Galvis y Clara Inés Vargas Hernández.

53. Sentencia T-652/98, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

54. Sentencias C-257/08 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández), C-038/04 (M.P. Eduardo Montealegre Lynett), C-801/03 (M.P. Jaime Córdoba Triviño).

55. Sentencia T-860/08, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

56. Sentencia T-141/10, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

57. Sentencia SU-642/98, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

58. Sentencia C-728/06, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

59. Sentencia T-624/05, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

60. Sentencias T-839/07 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández) y T-1086/01 (M.P. Rodrigo Escobar Gil).

61. Sentencias C-101/04 (M.P. Jaime Córdoba Triviño) y C-221/04 (M.P. Carlos Gaviria Díaz).

62. Sentencia T-035/97, M.P. Hernando Herrera Vergara.

63. Sentencia C-1264/00, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

64. Sentencia T-491/03, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

Con razón se ha hablado de una “constitucionalización de la vida cotidiana” en Colombia:⁶⁵ si bien es cierto que ni los problemas de desigualdad económica, ni los relativos a la distribución de la riqueza o al nivel de violencia o corrupción se han reducido o transformado en estas dos décadas gracias a las decisiones de la Corte, también es cierto que la justicia constitucional se ha instalado de otro modo en la vida de los colombianos, quizás de una manera mucho más sutil, imperceptible y silenciosa, pero al mismo tiempo más profunda, aguda e intensa. Cuando la Corte decide sobre un caso particular, aparentemente insignificante, en realidad no se limita a solucionar ese problema específico, sino que incorpora una dimensión constitucional a la relación social subyacente; y es por esta vía que el texto constitucional se ha “filtrado” en todos los espacios de la vida social.

Es decir, la justicia constitucional ha logrado ganarse un puesto importante al intervenir activa y directamente en la comprensión de nuestra propia realidad, y en nuestra comprensión de lo que nosotros somos como nacionales o extranjeros, como pobres o como ricos, como desempleados o como trabajadores, como desplazados o como migrantes, como indígenas, afro-descendientes o como mestizos, como padres o como hijos, como heterosexuales o como homosexuales. La Constitución, y con ella la Corte Constitucional, se ha convertido en un actor importante en la definición de nuestra propia identidad. Con absoluta seguridad la Corte no ha transformado a Colombia en Dinamarca, con absoluta seguridad la violencia provocada por la guerrilla y los paramilitares allí permanece, con absoluta seguridad los pobres siguen siendo pobres y los ricos, ricos. Pero a pesar de lo anterior, la Corte ha provocado una transformación básica en nuestra manera de entendernos a nosotros mismos y al entorno en el que nos desenvolvemos. Y eso sí tiene un impacto en la vida de las personas. Las decisiones de la Corte, a pesar de su carácter simbólico, o más bien, precisamente por su carácter simbólico, tienen la potencialidad de transformar realidades y de tener una eficacia real.

Lo anterior de ningún modo significa que la constitucionalización de la vida social, económica y política de un país sea un proceso pacífico y desprovisto de conflictos y problemas. Por el contrario, la experiencia en Colombia demuestra que se trata de un proceso intrínsecamente problemático y que por su propia naturaleza tiende a provocar disensos, crisis y disyuntivas difíciles de resolver y superar. Examinemos dos de las dificultades de la justicia constitucional en Colombia.

65. Esteban Restrepo, “Reforma Constitucional y Progreso Social: la ‘Constitucionalización de la Vida Cotidiana’ en Colombia”, en Roberto Saba, edit., *El Derecho como objeto e instrumento de transformación*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2003, pp. 73-78.

La intervención de la justicia constitucional en la economía

El reconocimiento del valor normativo de la Constitución Política ha tenido también unos costos. Una de las aristas más problemáticas en el constitucionalismo colombiano reciente se refiere al impacto económico de sus decisiones. Asuntos como el sistema de financiación de vivienda,⁶⁶ las enfermedades catastróficas de personas que no han cumplido con el período mínimo de cotización al sistema de salud,⁶⁷ el servicio educativo frente al incumplimiento en el pago de la pensión,⁶⁸ los bonos exigidos en los colegios privados como condición para el ingreso a la institución,⁶⁹ los regímenes pensionales especiales, la indexación salarial en el sector público en situaciones de déficit fiscal,⁷⁰ las enfermedades cuyo tratamiento se encuentra excluido del Plan Obligatorio de Salud (POS),⁷¹ la intervención del gobierno nacional en las finanzas de los gobiernos distritales y municipales, las obligaciones del Estado frente a los desplazados por la violencia,⁷² la ventas ambulantes y la economía

66. Las sentencias que declaran la inconstitucionalidad (parcial o total) del sistema de financiación de vivienda en Colombia son: C-136/99 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo), C-383/99 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra), C-700/99 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo), C-747/99 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra) y C-955/00 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo).

Sentencias de tutela que definen cuestiones particulares en relación con la financiación de vivienda bajo el sistema UPAC y el sistema UVR, se encuentran en las sentencias T-1226/05 (M.P. Jaime Araujo Rentería), T-597/06 (Álvaro Tafur Galvis), T-850/07 (M.P. Nilson Pinilla Pinilla) y T-092/08 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra).

67. La sentencia que declaró la constitucionalidad de la disposición legal que establece los períodos mínimos de cotización es la C-112/98, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

Sentencias de tutela al respecto son, entre otras, las siguientes; T-370/98 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra), T-691/98 (M.P. Antonio Barrera Carbonell), T-133/03 (M.P. Jaime Araujo Rentería), T-1152/03 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra), T-744/04 (M.P. Manuel José Cepeda), T-946/05 (M.P. Jaime Araujo Rentería), T-510/05 (M.P. Álvaro Tafur Galvis) y T-760/08 (M.P. Manuel José Cepeda).

68. Sentencias T-1227/05 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández) y T-339/08 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández).

69. Sentencia C-567/97, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

70. Sentencias C-1433/00 (M.P. Antonio Barrera Carbonell), C-1064/01 (M.P. Manuel José Cepeda y Jaime Córdoba Triviño) y C-1017/03 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y Rodrigo Escobar Gil).

71. Sobre los tratamientos y medicamentos no contemplados en el Programa Obligatorio de Salud se encuentran, entre otras, las siguientes sentencias: SU-480/97 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), T-086/05 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto), T-946/05 (M.P. Jaime Araujo Rentería), T-1008/06 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández), T-016/07 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto), T-539/07 (M.P. Nilson Pinilla Pinilla), T-752/07 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández), T-1078/07 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto) y T-760/08 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa).

72. Sentencias T-085/09 (M.P. Jaime Araujo Rentería), T-038/09 (M.P. Rodrigo Escobar Gil), T-1135/08 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), T-1105/08 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto), T-647/08 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández), T-391/08 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra), T-496/07 (M.P. Jaime Córdoba Triviño) y T-025/04 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa).

Autos 176 (M.P. Manuel José Cepeda), 177 (M.P. Manuel José Cepeda), 178 (M.P. Manuel José Cepeda), 218 (M.P. Manuel José Cepeda) y 266 (M.P. Manuel José Cepeda) de 2005, 081 de 2007 (M.P. Manuel José Cepeda);

informal,⁷³ la flexibilización laboral, el ajuste fiscal en las entidades territoriales, la extensión del IVA a bienes y servicios de primera necesidad,⁷⁴ la subordinación de los Planes de Ordenamiento Territorial de los municipios y distritos a los macroproyectos de interés social nacional definidos por el gobierno nacional,⁷⁵ son tan solo algunos de los problemas sobre los cuales se ha pronunciado la Corte Constitucional, y que tienen un evidente e importante impacto macro y micro económico.

El debate teórico sobre la conveniencia de la intervención de la justicia constitucional en la economía es de vieja data.⁷⁶ Por un lado, se sostiene que en general no son las cortes y tribunales constitucionales los llamados adoptar decisiones en materia económica; las razones que respaldan esta tesis son muchas y variadas: carencia de legitimidad democrática y de idoneidad técnica, irresponsabilidad en el manejo de las finanzas públicas, fomento de la inseguridad jurídica, resquebrajamiento de la participación democrática, rigidez en el modelo y el sistema económico, son algunas de los cuestionamientos que se hacen a esta “intromisión”. Del otro lado, se sostiene que la fuerza normativa de la Constitución, incluso de los principios y en especial de los llamados derechos económicos, sociales y culturales, torna inevitable la intervención de la justicia constitucional en la economía; se sostiene que la abstención de las cortes y tribunales en estos asuntos equivaldría a convertir la Constitución en un documento retórico, pero sin ninguna capacidad para regir la vida social, situación del todo inaceptable en un Estado constitucional de Derecho.

Pero, más allá del debate teórico y de la necesidad de tomar partido en la disputa, lo realmente interesante es comprender el conflicto en el contexto del constitucionalismo colombiano. Quizás dos referencias permitan ilustrar las dificultades. La primera se refiere a las decisiones de la Corte Constitucional en torno al sistema de financiación de vivienda. Las sentencias expedidas entre 1998 y 2000 reconfiguraron la totalidad del sistema de financiación de vivienda en Colombia; así, la Corte Constitucional decidió, entre otras cosas, obligar al sistema a aceptar los prepagos de la deuda,⁷⁷ y declarar la inconstitucionalidad de la disposición que ataba el valor de la unidad de pago destinado a la financiación de la vivienda a la tasa de interés real en

004 (M.P. Manuel José Cepeda), 005 (Manuel José Cepeda), 092 (M.P. Manuel José Cepeda) y 237 de 2009 (M.P. Jorge Iván Palacios).

73. Sentencias T-146/04 (M.P. Jaime Araujo Rentería), T-772/03 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa) y T-372/93 (M.P. Jorge rango Mejía).

74. Sentencia C-776/03, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

75. Sentencia C-149/10, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

76. Cfr. Rodrigo Uprimny Yepes, “Legitimidad y conveniencia del control constitucional a la economía”, en *Revista de Derecho Público*, No. 12, *Justicia constitucional y política económica*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2001, pp. 145-195.

77. Sentencia C-252/98, M.P. Carmenza Isaza de Gómez.

la economía,⁷⁸ la capitalización de los intereses,⁷⁹ y en general el sistema diseñado para la financiación de la vivienda, el denominado UPAC.⁸⁰

Uno de los efectos de estas decisiones, fue la obligación de reliquidar las deudas de vivienda a partir de los parámetros por ella establecidos y por los definidos posteriormente en la Ley 546/99, y el otorgamiento de créditos subsidiados para aliviar la deuda. Sin embargo, como estos beneficios fueron *generalizados*, y no se dirigieron únicamente a los deudores de menores ingresos, el efecto práctico de las decisiones de la Corte y de la ley que desarrolló sus directrices, fue que “los estratos más altos se llevaron la mayor cantidad de los subsidios otorgados mediante las reliquidaciones” y que “el pago de estos subsidios requirió de un mayor esfuerzo tributario, en términos relativos, por parte de las clases menos pudientes”.⁸¹ Por un lado, entonces, la Corte encontró que el sistema de financiación de vivienda en Colombia era claramente violatorio del derecho a la propiedad privada y del derecho a la vivienda, pues las deudas terminaban por no tener ninguna proporción con el crédito otorgado por las instituciones financieras (Corporación de Ahorro y Vivienda) ni con valor del inmueble adquirido. Por otro lado, sin embargo, la supuesta equidad en el sistema se vio desdibujada cuando al amparo de las reliquidaciones de deuda y los subsidios otorgados para su alivio, los beneficiarios de las medidas fueron los estratos altos y medios, y no los bajos; así, bajo las consideraciones de equidad de la Corte, se obtuvo un efecto regresivo que perjudicó la distribución del ingreso, en clara oposición al principio de igualdad sustancial y el propio derecho a la vivienda.

Otro caso, quizás aún más traumático que el anterior, se refiere al sistema de salud en Colombia. El sistema establecido en la Ley 100/93 fue resultado de la adopción del denominado “pluralismo estructurado”,⁸² que pretende articular las fortalezas de los sistemas altamente estatizados y los sistemas altamente flexibles del mercado, como estrategia para superar los problemas estructurales que afrontaba el país en la década de los 90, especialmente con respecto a la inequidad en el sistema: por un lado, los ricos contaban con los recursos para financiar por su propia cuenta su salud, las clases medias asalariadas estaban vinculadas a un sistema de seguridad social suministrado por el Instituto de Seguros Sociales (ISS), cajas y fondos de previsión so-

78. Sentencia C-383/99, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

79. Sentencia C-747/99, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

80. Sentencia C-700/99, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

81. Sergio Clavijo, “Fallos y fallas económicas de las Altas Cortes. El caso de Colombia 1999-2000”, en Claudia Escobar, edit., *Teoría y práctica de la justicia y el control constitucional*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009, pp. 45-88.

82. Juan Luis Londoño y Julio Frenk, “Pluralismo estructurado: hacia un modelo innovador para la reforma de los sistemas de salud en América Latina”, en http://www.iadb.org/research/pub_desc.cfm?language=Spanish&PUB_ID=WP-353 [Banco Interamericano de Desarrollo, Documento de trabajo No. 253, 1987].

cial, y la amplia clase baja, por carecer de recursos económicos y de una vinculación a la economía formal, se encontraba desprotegida.⁸³ En definitiva, “el sistema resultaba segmentado, inequitativo, ineficiente y de bajísimos niveles de cobertura poblacional”.⁸⁴

Bajo la inspiración del pluralismo estructurado, la Ley 100 de 1993 se articuló a partir de las siguientes directrices:⁸⁵ en primer lugar, la *universalidad*, que implica que todas las personas deben estar afiliadas al sistema, bien sea al régimen contributivo o al subsidiado; en segundo lugar, la *solidaridad*, que implica que las personas de mayores ingresos deben contribuir a la financiación de la salud de los de menores recursos y todas reciben las mismas prestaciones independientemente del nivel de contribución económica; en tercer lugar, la *sostenibilidad*, mediante la definición de un paquete cerrado de prestaciones (a través de los Planes Obligatorios de Salud –POS– y de los Planes Obligatorios de Salud para el Régimen Subsidiado –POS-S–), y la existencia de Empresas Promotoras de Salud (EPS) y de Administradoras del Régimen Subsidiado (ARS), encargadas de articular la demanda y la oferta de servicios en salud y de la “contención” de los costos del sistema; éstas, al recibir un pago mensual unificado por cada persona afiliada a cambio de la prestación de los servicios definidos en el POS y en el POS-S, de modo que los recursos financieros recibidos por las EPS son independientes de los costos efectivos y del número de prestaciones efectuadas, las EPS tienden a contenerlas.

A pesar de las bondades del sistema, como el evidente aumento en la cobertura⁸⁶ y el componente solidario e igualitario que la atraviesa, en la práctica resultó insuficiente para garantizar las demandas del derecho a la salud: negaciones arbitrarias en la prestación del servicio, baja calidad, entrega de medicamentos inoportuna, restricciones en el Plan Obligatorio de Salud (POS), diferencias en el contenido de Plan Obligatorio de Salud del régimen contributivo y del régimen subsidiado, restricciones a la prestación del servicio como la exigencia de períodos mínimos de cotización, entre otros, impidieron la garantía plena del derecho a la salud.

83. Diego Eduardo López Medina, “El derecho fundamental a la salud y el sistema de salud: los dilemas entre la jurisprudencia, la economía y la medicina”, en Christian Courtis y Ramiro Ávila Santamaría, eds., *La protección judicial de los derechos sociales*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009, p. 380.

84. *Ibid.*, p. 380.

85. *Ibid.*, pp. 380-386.

86. La ampliación en la cobertura a partir de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 es más que significativa: mientras en 1990 únicamente el 16% de la población se encontraba afiliada al sistema, en el año 2000 la proporción era cercana al 56%, en el 2006 al 75% y hoy está cerca al 90%. Cf. Alberto Carrasquilla, “Diagnóstico y perspectivas del sector salud en Colombia”, ponencia presentada dentro del Foro: “Estado Económico del Sector Salud”, 2009.

En este contexto, la tutela comenzó a ser utilizada como vía de escape, y la jurisprudencia de la Corte Constitucional no solo reconoció que el derecho a la salud era justiciable, sino que comenzó a extender su alcance, más allá de lo establecido por el sistema previsto inicialmente. Por esta vía, entonces, se ha logrado ordenar la entrega oportuna de medicamentos, la realización de exámenes de diagnóstico o de tratamientos no previstos en el POS o de tratamientos en el exterior;⁸⁷ el suministro de medicamentos sin haberse cumplido el período mínimo de cotización,⁸⁸ la equiparación parcial entre los planes del régimen contributivo y del subsidiado,⁸⁹ e incluso, el suministro del transporte y alojamiento para los pacientes cuando se requiere el traslado de ciudad⁹⁰ o la realización de intervenciones o tratamientos con un componente estético.⁹¹ Sin duda alguna, la acción de tutela, y con ella la jurisprudencia de la Corte Constitucional, ha servido para frenar los abusos de las instituciones del sistema de salud y garantizar la vida y la integridad de muchas personas, que de otro modo no podrían lograrlo.

Sin embargo, y al margen de los problemas estructurales de la Ley 100 de 1993, lo cierto es que las decisiones de la justicia constitucional han tenido también un efecto desestabilizador del sistema, y por consiguiente, han tenido también un alto costo en términos del derecho a la salud y del derecho a la igualdad. Mencionemos tan solo tres de las razones.

En primer lugar, el reconocimiento y protección del derecho a la salud por vía judicial ha profundizado los problemas de inequidad y de desigualdad en el sistema. En efecto, se ha demostrado que quienes recurren a la acción de tutela son fundamentalmente las personas que pertenecen al régimen contributivo, mientras que quienes hacen parte del régimen subsidiado o del régimen de los vinculados, recurre solo de manera excepcional, a pesar de que estos últimos conforman la mayor parte de la población colombiana; así, para el año 2003 el 78% de las acciones de tutela resueltas en el país fueron propuestas por personas afiliadas al régimen contributivo, mientras que al régimen subsidiado y de los vinculados únicamente corresponden al 2,9 y el 13,4% de las tutelas respectivamente;⁹² es decir, la tasa de uso de tutela por cada

87. Sentencias T-304/98 (M.P. Fabio Morón Díaz) y T-597/01 (M.P. Rodrigo Escobar Gil).

88. Sentencias T-760/2008 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), T-1245/05 (M.P. Jaime Araujo Rentería), T-571/01 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra), T-230/99 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), T-016/99 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), T-691/98 (M.P. Antonio Barrera Carbonell) y SU-480/97 (M.P. Alejandro Martínez Caballero).

89. Sentencia T-760/08, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

90. Sentencia T-201/07, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

91. Sentencias T-1251/00 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), T-935/01 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra) y T-822/07 (M.P. Jaime Córdoba Triviño).

92. Rodrigo Uprimny Y., *El derecho a la salud en perspectiva de derechos humanos y el sistema de inspección, vigi-*

100.000 usuarios para el régimen contributivo es de 184, mientras que para los subsidiados y vinculados es tan solo de 33.⁹³ Ahora bien, en la medida en que quienes hacen parte del régimen contributivo pertenecen a los estratos socio-económicos más altos,⁹⁴ la conclusión necesaria e inexorable es que la justicia constitucional y los recursos que ésta ha ordenado, han estado al servicio de este pequeño y privilegiado segmento social.

En segundo lugar, la lógica subyacente a las decisiones de la Corte Constitucional ha provocado un efecto *distorsionador* en la distribución de los recursos de la salud, minando los recursos provenientes del sistema contributivo y del presupuesto general de la Nación y de las entidades territoriales destinados a la salud. Entre otras, dos tipos de decisiones han contribuido a este resultado. Por un lado, la Corte Constitucional ha establecido que cuando una persona padece una enfermedad catastrófica, como cáncer, SIDA o insuficiencia renal crónica, y no ha cumplido el período mínimo de cotización de 100 semanas previsto en la ley, la EPS debe suministrar el tratamiento requerido, debiendo el paciente asumir el costo proporcionalmente a las semanas que faltan para completar el período mínimo de cotización, y la EPS todo lo demás; sin embargo, cuando el paciente carece de la capacidad económica, la EPS lo debe asumir en su integridad, sin perjuicio del derecho de repetición en contra del ente articulador financiero del sistema, el Fosyga (Fondo de Solidaridad y Garantías).⁹⁵ Otro tipo importante de decisiones se refiere a las órdenes de suministrar tratamientos y medicamentos que se encuentran por fuera del Plan Obligatorio de Salud (POS) y del Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado (POS-S); así, la Corte ha establecido en distintas oportunidades que las dolencias que afectan directamente la vida, la integridad personal y la salud, cuyo tratamiento ordenado por el médico tratante no se encuentre contemplado en el POS o en el POS-S, debe ser suministrado por las EPS y las ARS, cuando el paciente no tiene la capacidad económica para asumir el costo correspondiente; en este caso, al igual que en el de las en-

lancia y control del Estado colombiano en materia de quejas en salud, Bogotá, Procuraduría General de la Nación / Agencia Catalana de Cooperación al Desarrollo de la Generalitat de Catalunya –CCD– / Centro de Estudios Derecho, Justicia y Sociedad –Dejusticia–, 2008, p. 170.

93. *Ibid.*, p. 173.

94. Así por ejemplo, para el año 2003 el 43% de las personas vinculadas al régimen contributivo pertenecía a su vez al quintil de mayores ingresos de toda la población colombiana. Por el contrario, este mismo quintil solo representó el 3% de los subsidiados, y el 9% de los vinculados.

Cfr. Rodrigo Uprimny Y., *El derecho a la salud en perspectiva de derechos humanos y el sistema de inspección, vigilancia y control del Estado colombiano en materia de quejas en salud*, p. 175.

95. Sentencias T-760/2008 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), T-1245/05 (M.P. Jaime Araujo Rentería), T-571/01 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra), T-230/99 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), T-016/99 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), T-691/98 (M.P. Antonio Barrera Carbonell) y SU-480/97 (M.P. Alejandro Martínez Caballero).

fermedades catastróficas para las que no se ha cumplido con el período mínimo de cotización, las EPS y ARS pueden repetir contra el Fosyga o contra las entidades territoriales, según el caso.⁹⁶ En uno y otro caso, entonces, las prestaciones se sufragan, por orden de la propia Corte, con los recursos destinados a financiar el sistema subsidiado de salud y a garantizar la solidaridad en el sistema; es decir, lo que inicialmente estaba destinado a cubrir los requerimientos de salud de todas las personas, especialmente de las que pertenecen al régimen subsidiado, ahora se destina a cubrir tratamientos, intervenciones y medicamentos de alto costo de unas pocas personas, especialmente del régimen contributivo.

En tercer lugar, las decisiones de la Corte han atacado, por así decirlo, las bases sobre las cuales se asentaba el sistema de salud en Colombia: el igualitarismo, la contención en los costos del sistema por parte de las EPS y la definición de un paquete cerrado de prestaciones. Como se expuso anteriormente, el sistema de salud se sustentaba en la idea de que todas las personas deberían tener acceso efectivo a las prestaciones básicas de salud, lo cual implicaba definir un paquete cerrado de prestaciones, pues “un sistema de salud no es pagable, ni siquiera en las sociedades más ricas, bajo el modelo de ‘todo para todos’ ”;⁹⁷ por su parte las EPS, entes articuladores entre la oferta y la demanda de salud, serían los encargados de contener efectivamente los costos, pues el sistema las incentivaba a ello al pagarles, no por las prestaciones brindadas a los usuarios, sino por número de afiliados. Sin embargo, las decisiones de la Corte de algún modo han acabado con estos supuestos: se ha abierto la puerta para el cubrimiento de prestaciones no previstas en el POS, la diferencia entre el POS y el POS-S tiende a diluirse, y el incremento en los costos de la salud es ahora una especie de incentivo para las EPS al acudir al Fosyga, en casos como las prestaciones no-POS.

Lo anterior no significa que las decisiones de la Corte sean incorrectas o inadecuadas. Por el contrario, debido a la carencia de un adecuado sistema de vigilancia y control y de resolución de conflictos, la tutela se ha convertido en el único mecanismo con el que cuentan las personas para sobrevivir a la enfermedad. Personas con cáncer a las que se les niega el tratamiento, medicamentos vitales que no son entregados oportunamente, citas médicas que se requieren con urgencia y que se “conceden” después de 3 o 4 meses, exámenes de diagnóstico cuya realización es negada,

96. Sentencias T-921/08 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra), T-760/08 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), T-139/08 (Clara Inés Vargas Hernández), T-372/08 (M.P. Mauricio González Cuervo), T-523/07 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández), T-085/07 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández), T-159/06 (M.P. Humberto Sierra Porto) y T-237/03 (Jaime Córdoba Triviño).

97. Diego López Medina, “El derecho fundamental a la salud y el sistema de salud: los dilemas entre la jurisprudencia, la economía y la medicina”, p. 381.

terapias alternativas frente a tratamientos que han resultado ineficaces, son algunas de las hipótesis que los jueces de tutela han tenido que resolver. Son dramas humanos verdaderos frente a los cuales la justicia constitucional ha respondido.

El resultado de todo esto ha sido, una vez más, una Colombia paradójica. Por un lado, una Corte generosa que literalmente salva vidas y que ordena sofisticadas intervenciones quirúrgicas, exóticos tratamientos en el exterior, exámenes de diagnóstico desconocidos en el propio país, suministro de medicamentos comerciales en sustitución de los genéricos,⁹⁸ e incluso prestaciones como el pago del transporte entre la ciudad de residencia y el lugar del tratamiento, o la realización de la costosa cirugía bariátrica para atacar la obesidad, la reducción del tamaño del busto, los famosos cambios de sexo o los tratamientos de desintoxicación y rehabilitación por adicción a sustancias estupefacientes y psicotrópicas.⁹⁹ Por otro lado, sin embargo, un sistema de salud ineficiente, que demora meses en otorgar una cita al médico general o a un especialista, incapaz de entregar los medicamentos esenciales de manera oportuna, que se niega a suministrar vacunas indispensables para la conservación de la vida de menores especialmente vulnerables, e incapaz de atender adecuadamente emergencias de infantes. Al lado de los problemas estructurales que han hecho insostenible el sistema,¹⁰⁰ lo cierto es que la justicia constitucional, pretendiendo garantizar el derecho a la salud de las personas que han propuesto tutelas en Colombia, ha terminado por afectar el derecho de todos los colombinos a la salud, la vida y la integridad personal.

La situación hoy en día es, cuando menos, angustiante. El 23 de diciembre de 2009 el gobierno nacional declaró el estado de emergencia en el sistema de seguridad social en salud, mediante el decreto 4975 de 2009. Aunque ya la Corte Constitucional declaró su inexequibilidad,¹⁰¹ la realidad que allí se expone habla por sí sola: en el régimen contributivo, los recobros presentados al Fosyga por eventos no POS se incrementó entre el 2007 y el 2009 en un 239%, equivalente a \$ 1,86 billones de pesos; mientras que 376.000 afiliados extrajeron del sistema \$ 1,86 billones en un

98. Sentencia T-733/06, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

99. Sentencia T-814/08, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

100. Uno de los problemas estructurales más importantes se refiere al bajo nivel de personas afiliadas al régimen contributivo. El sistema de salud plasmado en la Ley 100 suponía un incremento relativo constante en el número de afiliados al régimen contributivo y una migración del régimen subsidiado al contributivo. Sin embargo, el alto nivel de desempleo y la existencia de una fuerte economía informal ha hecho que esto no ocurra.

101. Mediante la sentencia C-252/10 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio), la Corte Constitucional declaró la inconstitucionalidad del decreto 4975 de 2009, debido a que los hechos que originaron la declaratoria del estado de emergencia no tenían el carácter de "sobreviniente", y que además podían ser enfrentados mediante los mecanismos ordinarios del Estado. Véase al respecto el Comunicado de Prensa No. 20 de la Corte Constitucional de Colombia, del 21 de abril de 2010.

solo año, 18 millones de personas recibieron 10 billones de pesos, en una escandalosa proporción de 1 a 11: mientras que un ciudadano “normal” recibe en promedio \$ 450.000, unas pocas reciben anualmente \$ 480.000.000. En el régimen subsidiado ha sucedido algo semejante: el incremento en los recobros por medicamentos y servicios no incluidos en el POS-S ha contribuido al déficit de los departamentos y distritos, incrementándose entre el 2008 y el 2009 en un 129%, déficit que se traduce en la incapacidad para transferir los recursos a las ARS, encargadas de la prestación del servicio de salud a la población subsidiada, la más vulnerable; así, las cuentas por cobrar de las entidades asociadas a los departamentos, municipios y distritos por servicios no incluidos en el POS-S, pasó de \$ 3726 millones a \$ 37266 millones en tan solo 6 meses, es decir, un incremento en la deuda de un 899%. En definitiva, se anuncia la insostenibilidad financiera del sistema de salud, a pesar de los generosos aportes que se hacen en el régimen contributivo (entre el 12 y el 13% del salario), y a pesar de que el componente de salud representa el 8% del PIB, más de lo que representa en Chile (6,1%), similar al que representa los países de la Unión Europea (8,65%), y muy superior a lo que representa en la mayor parte de países de América Latina.¹⁰²

Lo anterior demuestra que las respuestas simplistas que sugieren la abstención de los jueces en cuestiones con impacto económico, o que por el contrario suponen que el debate se agota con la idea de que los derechos sociales son justiciables y que en cada caso el juez deberá resolver del mejor modo posible, son tan superficiales como irresponsables y nocivas. Los jueces tienen el deber ineludible de garantizar los derechos constitucionales, pero sus decisiones no pueden constituirse en un obstáculo para la satisfacción de los derechos de todas las personas. En este sentido, las objeciones de los economistas no son exclusivamente “problemas económicos” ajenos al Derecho, sino cuestiones que pueden ser traducidas en términos jurídicos como acceso a bienes básicos, equidad en la distribución de la riqueza e igualdad sustancial; tan importante es la defensa de un derecho en un caso particular, como el impacto de esa decisión en los derechos de las demás personas. Así pues, la idea de que los derechos sociales son justiciables de ningún modo puede constituirse en el punto final de la discusión; ésta es quizás el punto de partida del debate, pero nunca su conclusión; cuestiones como la forma de incorporar el análisis económico del derecho a las decisiones judiciales o la forma en la que se puede entablar un diálogo productivo entre el derecho y la economía, deben ser analizadas con profundidad y cautela para obtener soluciones creativas e ingeniosas que permitan solucionar los problemas y los dramas reales de las personas, y de *todas* las personas.

102. Alberto Carrasquilla, *El régimen contributivo en el sistema de salud de Colombia: situación actual, perspectivas y desafíos*, Bogotá, Informe preparado para ACEMI, 2008.

Los dilemas de la justicia constitucional frente a las reformas constitucionales

Otro de los mayores “dilemas” de la justicia en el constitucionalismo colombiano se refiere al control de las reformas constitucionales. Al menos tres factores determinan estas dificultades.

En primer lugar, aunque con muy buen sentido se dotó de cierta flexibilidad a la Constitución,¹⁰³ permitiendo su reforma por vía parlamentaria (por medio de los Actos Legislativos) o por medio de un referendo, y el cambio constitucional mediante la Asamblea Constituyente, el énfasis en la intervención parlamentaria y en la iniciativa del gobierno, unida a los altos índices de abstencionismo en el país, contribuyen a que el texto constitucional sea fácilmente modificable cuando existen mayorías parlamentarias consolidadas, y más aún, cuando existe una coalición entre el partido del gobierno y estas mayorías.¹⁰⁴ En estas circunstancias, la reforma constitucional puede convertirse en un mecanismo para desdibujar fácilmente la Constitución.

Algo de esto ha ocurrido en el país. Un análisis cuantitativo es bien revelador: la Constitución Política ha sido reformada en promedio 1,5 veces por año de manera continua e ininterrumpida desde su expedición hasta el día de hoy, con las únicas excepciones de los años 1992, 1994, 1998 y 2006, y de sus 380 artículos, 47 han sido reformados, es decir, casi un 8% de sus disposiciones.¹⁰⁵ Tal ha sido la magnitud de este proceso, que incluso algunos artículos han sido modificados en más de una oportunidad, y que se ha necesitado añadir artículos, incisos, párrafos transitorios y disposiciones transitorias a la Constitución; este es el caso, por ejemplo, del artículo 356, que ha sido reformado en 5 oportunidades;¹⁰⁶ también es el caso del artículo 263A, que nació a la vida en el año 2003,¹⁰⁷ y del artículo 48, que pasó de tener 123

103. En efecto, una de las razones de la permanencia de la anterior Constitución durante más de 100 años (1886-1991), fue su relativa flexibilidad. Aunque no se consagró la figura de la Asamblea Constituyente, el esquema de reforma por vía parlamentaria, mediante los denominados “Actos Legislativos”, permitió su actualización permanente, como ocurrió en 1910, 1936, 1845 y 1886.

104. En efecto, además de la reforma por vía parlamentaria, tanto en el referendo como en la convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente se requiere de una ley aprobatoria, y dado que el voto en Colombia no es una obligación y dados los altos índices de abstención en el país, la reforma constitucional por iniciativa ciudadana es francamente imposible, salvo que cuente con el propio patrocinio del gobierno nacional. En definitiva, las reformas a la Constitución son viables cuando media la voluntad política del Congreso y, en el caso del referendo, solo son viables cuando son de iniciativa o tienen el apoyo del gobierno nacional.

105. Se trata de los artículos 15, 24, 35, 48, 52, 58, 93, 96, 107, 108, 109, 111, 112, 116, 122, 125, 127, 134, 135, 152, 160, 161, 176, 197, 204, 221, 250, 251, 258, 261, 263, 264, 266, 299, 300, 303, 306, 312, 313, 314, 318, 322, 323, 328, 347, 356 y 357 de la Constitución Política.

106. Actos Legislativos No. 1 de 1993, No. 1 de 1995, No. 1 de 2001, Nos. 2 y 4 de 2007.

107. Acto Legislativo No. 1 de 2003.

palabras en 4 incisos, a 1325 palabras, 13 incisos, 2 párrafos y 6 párrafos transitorios, que representan un incremento de más del 1.000% de su contenido inicial.¹⁰⁸ Los temas más recurrentes y frecuentes, y los que han sufrido transformaciones más profundas, se refieren al sistema electoral¹⁰⁹ y a la asignación de recursos a las entidades territoriales.¹¹⁰ Las tendencias también son reveladoras: mientras durante la primera década de vida de la Carta los cambios se concentraron en aspectos puntuales y específicos de la parte dogmática de la Constitución (como la nacionalidad, la extradición, la propiedad privada y la expropiación sin indemnización), a partir del siglo XXI las reformas han sido más “invasivas”, profundas y desestructuradoras, y se concentran en la parte orgánica, especialmente en el sistema electoral y en la distribución de recursos entre las entidades territoriales.

Sin embargo, solo a partir de un análisis cualitativo es posible dimensionar el alcance de estas reformas. Estas alteraciones han logrado “transfigurar” la Carta Política, hasta el punto de que hoy en día, al menos en algunos aspectos, resulta irreconocible frente al documento original que fue expedido en 1991. Tanto en la parte dogmática como en la parte orgánica se han introducido profundos cambios, incluso en aspectos en los que Colombia había tenido una larga y consolidada tradición constitucional. Desde temas meramente nominales, como el cambio de “Santafé de Bogotá” a “Bogotá”,¹¹¹ hasta profundas reformas en el sistema electoral,¹¹² en la organización territorial y el sistema transferencias hacia las entidades territoriales,¹¹³ la representación y la conformación del Poder Legislativo,¹¹⁴ el alcance del control político ejercido por el Congreso,¹¹⁵ el sistema pensional¹¹⁶ y el procedimiento penal,¹¹⁷ pasando por temas como el porte y el consumo de sustancias estupefacientes o sicotrópicas,¹¹⁸ el deporte y la recreación,¹¹⁹ la extradición,¹²⁰ el fuero penal militar,¹²¹ el procedimiento parlamentario,¹²² la carrera administrativa en la Registraduría Nacio-

108. Acto Legislativo No. 1 de 2005.

109. Acto Legislativo No. 1 de 2003 y Acto Legislativo No. 1 de 2009.

110. Acto Legislativo No. 1 de 2001, Acto Legislativo No. 2 de 2004 y Acto Legislativo No. 4 de 2007.

111. Acto Legislativo No. 1 de 2000.

112. Actos Legislativos No. 1 de 2003, Nos. 1 y 2 de 2004 y No. 1 de 2009.

113. Actos Legislativos No. 1 de 1993, No. 1 de 1995, No. 1 de 2001 y Nos. 2, 3 y 4 de 2007.

114. Acto Legislativo No. 3 de 2005.

115. Actos Legislativos No. 1 de 2003 y No. 1 de 2007.

116. Acto Legislativo No. 1 de 2005.

117. Acto Legislativo No. 3 de 2002.

118. Acto Legislativo No. 2 de 2009.

119. Acto Legislativo No. 2 de 2000.

120. Acto Legislativo No. 1 de 1997.

121. Acto Legislativo No. 2 de 1995.

122. Acto Legislativo No. 1 de 2003.

nal del Estado Civil,¹²³ los requisitos para adquirir la nacionalidad colombiana,¹²⁴ la Corte Penal Internacional,¹²⁵ el incremento en el Presupuesto General del Estado para gastos generales entre los años 2002 y 2008,¹²⁶ los planes nacionales, departamentales, municipales y distritales de desarrollo para los años 1993 y 1994,¹²⁷ son tan solo algunos de los aspectos que han sido objeto de reformas constitucionales.

Un segundo problema se refiere a la inexistencia de criterios claros e inequívocos sobre el alcance del control constitucional que debe ejercer la Corte. Aparentemente, la cuestión se encuentra resuelta de antemano en la propia Constitución: el artículo 241 expresamente dispone que la competencia de la Corte respecto de los actos reformativos de la Constitución, convocatorias a referendo para reformar la Constitución o a Asamblea Constituyente se limita a los “vicios de procedimiento en su formación”; por su parte, el artículo 379 ratifica lo anterior al disponer que “los Actos Legislativos, la convocatoria a referendo, la consulta popular o el acto de convocación de la Asamblea Constituyente solo podrán ser declarados inconstitucionales cuando se violen los requisitos establecidos en este título”, requisitos que se refieren a cuestiones de orden procedimental exclusivamente.

Sin embargo, a pesar de la aparente claridad del texto constitucional, las cosas en la práctica han resultado mucho más complejas y difíciles de resolver. Era claro que la Corte no debía obstaculizar los procesos de reforma constitucional amparada en la defensa de la Constitución, pues precisamente este mecanismo está diseñado para modificarla, y además el texto constitucional le asignaba expresamente un control de tipo procedimental. Por otro lado, sin embargo, como guardiana de la Constitución, tampoco debería permitir que el simple juego de las azarosas y a veces poco transparentes mayorías parlamentarias, pudiese desfigurar el texto constitucional.

Así, el control procedimental resultó ser más problemático de lo inicialmente previsto. La Corte, mediante la postulación del principio de instrumentalidad de las formas y el procedimiento, había establecido que no toda irregularidad formal y procedimental daba lugar a la invalidación del proceso parlamentario, sino únicamente cuando la irregularidad implica también la afectación de un principio sustancial. Ahora bien, ¿este principio es aplicable únicamente a los procesos parlamentarios de producción legislativa, o también aplicable a las reformas constitucionales? ¿El control formal y procedimental debía ser igual o más estricto que el efectuado a la producción legislativa? ¿Cómo y a partir de qué criterios es posible determinar cuándo

123. Acto Legislativo No. 1 de 2003.

124. Acto Legislativo No. 1 de 2002.

125. Acto Legislativo No. 2 de 2001.

126. Acto Legislativo No. 1 de 2001.

127. Acto Legislativo No. 2 de 1993.

una irregularidad formal implica también la vulneración de un principio sustancial?

Por otro lado, aunque la Constitución hablaba de un control de tipo procedimental, ya la teoría constitucional había diseñado un mecanismo para imprimirle una dimensión material. Según esta teoría, aunque en principio la justicia constitucional no puede efectuar un control material de las reformas constitucionales, uno de los vicios formales es la carencia de competencia; ahora bien, cuando un órgano de reforma constitucional excede sus competencias materiales alterando uno de los elementos estructurales del texto constitucional, y pasando de una simple reforma a una auténtica sustitución, la respectiva reforma carece de validez. Pues bien, ¿podía la Corte adoptar esta teoría y establecer límites al poder de reforma del Congreso? ¿era posible postular la existencia de “cláusulas pétreas” en la Constitución, no susceptibles de reforma?. Y en caso afirmativo, ¿cuáles eran estas cláusulas? ¿Y cuáles debían ser los límites al poder de reforma?

En definitiva, la Constitución parecía dejar más interrogantes que respuestas: Pues bien, ¿Cuál debería ser el papel de la Corte Constitucional frente a estos procesos? ¿Debería la Corte obstaculizarlos y mantener el texto original? ¿O debería ser una espectadora más o un “invitado de piedra” y dar vía al libre juego de las mayorías? ¿Es viable el control material de las reformas constitucionales o es admisible únicamente el control de tipo procedimental y formal? ¿Existen “cláusulas pétreas” que no pueden ser reformadas, o cualquier disposición puede ser alterada en su contenido? ¿Qué nivel de rigidez debe tener el control formal y procedimental de las reformas constitucionales y qué papel juega el principio de instrumentalidad de las formas y el procedimiento?

Una tercera dificultad se refiere al *contenido* de las reformas constitucionales. Un fenómeno “inquietante” es que muchas de las reformas no han buscado tanto modificar o alterar el contenido del *texto* constitucional, como las *interpretaciones* y las *consecuencias* que de éste ha derivado la Corte Constitucional. En este sentido, las reformas vienen a ser, no una derogación del texto constitucional propiamente dicho, sino una “derogación” de los precedentes constitucionales sentados por la propia Corte. Y cuando esto sucede, la Corte ha tenido la difícil función de controlar aquellos textos que contravienen directamente sus propias directrices jurisprudenciales.

Este es el caso, por ejemplo, de algunas de las reformas contenidas en el Acto Legislativo No. 1 de 2005, referidas al sistema pensional. Así, la prohibición de recibir más de 13 mesadas pensionales al año, salvo las destinadas a personas que reciben como pensión menos de 3 salarios mínimos y las pensiones que se haya causado antes del año 2011, tiene origen en la propia Corte Constitucional. En efecto, en los años 80, época de una inflación sin precedentes en el país, se previó la existencia de 14 mesadas pensionales como mecanismo para neutralizar los efectos de la pérdi-

da del valor adquisitivo de las pensiones; ahora bien, como a partir de la década de los 90 este fenómeno fue desapareciendo progresivamente, a nivel legislativo se consideró que las personas no debían recibir las 14 mesadas sino únicamente hasta 13. La Corte Constitucional, sin embargo, fundamentada en consideraciones relativas al derecho a la igualdad y en las teorías de los derechos adquiridos y las expectativas legítimas, extendió este beneficio de las 14 mesadas a todas las personas. Como esto afectaba la sostenibilidad del sistema a corto, mediano y largo plazo, se recurrió a la reforma constitucional para hacer desaparecer el fundamento normativo de la decisión de la Corte. Algo semejante sucedió con el Acto Legislativo No. 1 de 2008, que pretendía “dar de baja” la orden de la Corte Constitucional de vincular a las personas a la carrera administrativa mediante un concurso público, acto que finalmente fue declarado inconstitucional.

De esta manera, la Corte Constitucional ha tenido que “lidiar” con reformas constitucionales que explícitamente buscan alterar sus decisiones y precedentes. Esto evidentemente representa otra dificultad.

Ahora bien, en medio de todas estas dificultades, ¿qué tipo de control ha efectuado la Corte? ¿Qué balance puede hacerse? En primer lugar, la Corte ha viabilizado la mayor parte de reformas constitucionales; prueba de ello es que la mayor parte de actos legislativos han sido declarados constitucionales, con algunas pocas excepciones; así, en diferentes oportunidades la Corte ha “pasado por alto” diversas irregularidades en el trámite parlamentario para la aprobación de Actos Legislativos, a partir del principio de la instrumentalidad de las formas y el procedimiento, y en otras ocasiones ha considerado que las modificaciones no alteran ningún elemento estructural de la Carta Política.

En segundo lugar, las consideraciones vertidas por la Corte en el examen de las reformas constitucionales, se han convertido en parámetros útiles para direccionar la actividad parlamentaria y la iniciativa del gobierno en esta materia. Así por ejemplo, los criterios vertidos en la sentencia C-551/03 sobre la libertad del elector son hoy en día estándares que deben ser tenidos en cuenta para la formulación de cualquier proceso de participación popular directa. Exigencias como la de que las notas introductorias a las preguntas puestas a consideración de la ciudadanía estén formuladas en un lenguaje descriptivo y valorativamente neutro, que se exista conexidad directa entre el texto normativo propuesto y la finalidad que allí en ellas se señala, que no induzcan respuestas en el elector y que no proporcionen información superflua o sin relación directa e inmediata con el texto normativo, definitivamente constituyen estándares en procesos futuros procesos políticos de esta naturaleza.¹²⁸ Algo análogo

128. Estas reglas jurisprudenciales, incluso, han trascendido las fronteras nacionales. Así, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional del Ecuador (LOGJCC) trasladó directamente los paráme-

ocurre con las reglas jurisprudenciales para verificar la regularidad del procedimiento parlamentario de aprobación de reformas constitucionales, que necesariamente se deben tener en cuenta por el gobierno nacional y el Congreso de la República, si aspiran a la declaratoria de constitucionalidad del respectivo acto reformativo. Otra “guía” muy importante se refiere a los límites en el poder de reforma del Congreso: según la Corte, la Constitución Política únicamente otorga al parlamento la facultad para *reformularla*, pero no para sustituirla o cambiarla, y por tanto, cuando introduce una modificación que entraña una sustitución de principios estructurales, el órgano de reforma excede sus competencias y el respectivo acto es inconstitucional; estos límites de tipo sustancial deben y deberán ser tenidos en cuenta por el Congreso y el gobierno nacional.

En tercer lugar, en diferentes oportunidades los criterios vertidos por la Corte se han traducido en decisiones concretas que han limitado y restringido las reformas constitucionales. Así, en la sentencia C-551/03 de la Corte Constitucional se declaró la inconstitucionalidad de las propuestas que autorizaban a los integrantes de los grupos armados al margen de la ley y vinculados a un proceso de paz para ser designados como congresistas, diputados y concejales, la inclusión de una casilla para el voto en blanco y para el voto en bloque, así como la mayor parte de las notas introductorias. Consideraciones del tipo “para hacer efectiva la participación de la comunidad (...) en el control de los presupuestos y gastos del Estado (...)”, “para proteger la sociedad colombiana, particularmente su infancia y su juventud, contra el uso de cocaína, marihuana, éxtasis y cualquier otro alucinógeno (...)”, “para destinar el ahorro que produzca la supresión de las contralorías territoriales y las personerías a la educación y saneamiento básico y el sistema de seguridad social de las entidades territoriales (...)” fueron declaradas inexequibles.

De igual modo, mediante la sentencia C-816/04 (M.P. Jaime Córdoba Triviño y Rodrigo Uprimny Yepes) se declaró la inconstitucionalidad del Acto Legislativo No. 2 de 2003, mediante el cual se adoptaron diferentes medidas para enfrentar el terrorismo. Allí se establecía, entre otras cosas, la posibilidad de que se pudiese interceptar y registrar la correspondencia y demás formas de comunicación privada sin previa orden judicial y con un control judicial posterior, la autorización para llevar un informe de residencia de los habitantes del territorio nacional, la autorización para

tros vertidos en la sentencia C-551/03 a sus artículos 104 y 105; algo semejante ocurrió con la regulación del control constitucional de los estados de excepción, de la actividad parlamentaria y de las reformas constitucionales plasmadas en los artículos 103, 116, 117, 119, 120, 121, 122 y 123 de la misma ley, y que en buena parte recogen el desarrollo jurisprudencial colombiano en esta materia. Cfr. Claudia Escobar García, “Entre identidad e intercambio. El caso de constitucionalismo ecuatoriano”, en Mariela Morales Antoniazzi y Eduardo Ferrer MacGregor, eds., *Hacia un derecho constitucional común en América Latina*, México DF, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), 2010.

detenciones, allanamientos y registros domiciliarios sin previa orden judicial con aviso inmediato a la Procuraduría General de la Nación y control judicial posterior, y finalmente, la posibilidad de que el gobierno reglamente la materia en caso de omisión legislativa del Congreso.

Otro caso importante se refiere a la reciente sentencia de la Corte Constitucional en la que se declaró la inconstitucionalidad del Acto Legislativo No. 1 de 2008. En efecto, allí se daba vía libre a la inscripción en la carrera administrativa *sin concurso público*, de aquellas personas que venían prestando sus servicios desde el 2004 a título de provisionalidad; más aún, se ordenaba la suspensión de los concursos para realizar la inscripción en la carrera administrativa de quienes estaban vinculados de este modo. Pues bien, en la sentencia C-588/09 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), la Corte realiza el “juicio de sustitución” y concluye que estos nombramientos automáticos sin concurso son abiertamente incompatible con los principios que rigen la carrera administrativa como el mérito, la idoneidad y la igualdad. Por estas razones, la Corte no solo declara la inexecutable del Acto Legislativo, sino que además le dio efectos retroactivos a su decisión, dejando sin efecto las inscripciones en la carrera administrativa realizadas sin concurso y como efecto de la reforma constitucional, y ordenando la reanudación inmediata de los concursos correspondientes.

De igual modo, el Acto Legislativo No. 1 de 2009, que estableció una profunda reforma al sistema electoral, fue declarado parcialmente inconstitucional. Mediante la sentencia C-040/10 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva) se declaró inexecutable el artículo 13, mediante el cual se establecía como una excepción a la inhabilidad para ser elegido para más de un órgano de elección popular o cargo público que coinciden parcialmente en el tiempo, cuando se presenta la respectiva renuncia dentro de los 6 meses anteriores. Nuevamente, el “juicio de sustitución” arroja el mismo resultado: la excepción es incompatible con los principios esenciales del texto constitucional.

Por último, la famosa ley que convocaba a un referendo para autorizar dos reelecciones presidenciales consecutivas (y una nueva reelección del presidente Uribe) fue declarada inconstitucional por diversas razones. En primer lugar, la aprobación de la ley que convocó al referendo estuvo precedida de diversos vicios procedimentales, que lejos de ser meros ritualismos, guardan relación directa e inmediata con el principio democrático; así por ejemplo, el Comité de Promotores gastó una suma superior a 6 veces lo autorizado por el Consejo Nacional Electoral, los aportes individuales a éste fueron 30 veces superiores a lo permitido y se entregaron a una organización diferente al Comité de Promotores (la Asociación Colombia Primero), la iniciativa ciudadana no contó con la certificación del Registrador Nacional del Estado Civil ordenada legalmente, y el Congreso aprobó un texto diferente al propuesto por la iniciativa ciudadana (pues el proyecto original no autorizaba la segunda reelección

inmediata sino únicamente por período interpuesto). Pero además, la Corte Constitucional consideró que la reforma implicaba un quebrantamiento de los principios estructurales y de los elementos definitorios de la Constitución Política, como el principio de separación de poderes, el sistema de frenos y contrapesos, la regla de la alternación, los períodos preestablecidos, el derecho a la igualdad y el carácter general y abstracto de las leyes, modificación que al implicar en realidad una sustitución constitucional, no era competencia del Congreso. En estas circunstancias, la Corte Constitucional declara la inexecutable total de la Ley 1354 de 2009 mediante la sentencia C-141/10.¹²⁹

DESCONCENTRACIÓN DE LA DEFENSA JUDICIAL DE LA CONSTITUCIÓN

Aunque con mucha frecuencia se suele identificar a la justicia constitucional en Colombia con la Corte Constitucional, lo cierto es que la defensa judicial de la Constitución es mucho más compleja. Si bien es cierto que su cabeza visible es la Corte, no es menos cierto que tras ella se encuentra todo un complejo andamiaje, cuya lógica es imprescindible identificar para explicar las fortalezas del constitucionalismo colombiano, pero también su problemática y sus dificultades.

Lo primero que debe tenerse en cuenta es que toda la actividad judicial está enmarcada por la Constitución, y que por tanto debe sujetarse a las exigencias que de ella se derivan. De este postulado general tan obvio y elemental se desprenden varias consecuencias. Primero, todos los jueces deben abstenerse de aplicar las disposiciones cuyo contenido es materialmente incompatible con la Constitución Política, o aquellas cuya aplicación al caso concreto genere alguna situación de inconstitucionalidad. Este deber no se limita a aquellas disposiciones que han sido objeto de una declaratoria de inconstitucionalidad o de nulidad por el juez constitucional, y por el contrario, cobra especial relevancia cuando tal pronunciamiento no existe, y más aún, cuando se ha declarado la inconstitucionalidad *en abstracto* de la disposición, pero su aplicación en hipótesis específicas es inconstitucional. Como en estos casos procede la inaplicación directa, sin que se requiera formular consulta o enviar un informe de inaplicabilidad a la Corte Constitucional (a diferencia de lo que ocurre con otros países de la región), se trata de una tarea especialmente compleja, delicada e importante a cargo de todos los jueces, y que al menos en principio, no es “supervisada” por la Corte Constitucional.

129. Comunicado de Prensa de la Corte Constitucional de Colombia No. 9, del 26 de febrero de 2010.

Pero además, los jueces tienen la obligación de elegir aquella interpretación de las disposiciones legales e infra-legales que sean compatibles con la Constitución y que optimicen en mayor medida sus preceptos. Esto no solo implica conocer y acatar múltiples sentencias de constitucionalidad condicionada de la Corte Constitucional y de la jurisdicción de lo contencioso administrativo (Consejo de Estado y jueces y tribunales administrativos), sino además tener un amplio conocimiento del texto y de la jurisprudencia constitucional para poder emprender esta tarea de constitucionalización del derecho ordinario. Esta tarea únicamente puede ser realizada por la justicia ordinaria, pues es la que está llamada a operar el derecho civil, el derecho comercial, el derecho laboral, el derecho penal, etc.; la Corte Constitucional ofrece tan solo unos lineamientos generales, pero es en la justicia ordinaria donde se lleva hasta sus últimas consecuencias el texto constitucional.

Esta labor de adecuación e interpretación puede resultar bastante compleja. Baste para ilustrar la idea con un ejemplo. De los 72 artículos que conforman el Título Preliminar del Código Civil, 15 artículos han sido objeto de pronunciamientos de constitucionalidad, que comprenden declaratorias de inexecutableidad, de constitucionalidad condicionada y de executableidad.¹³⁰ Algo similar puede predicarse del libro I del mismo Código Civil (“Personas”), en el que al menos 55 artículos han sido objeto de un pronunciamiento constitucional de fondo, bien sea mediante una sentencia de constitucionalidad o inconstitucionalidad simple, o de una constitucionalidad condicionada.¹³¹ La jurisprudencia de la Corte ha implicado una transformación de todo el derecho de familia, configurándose una especie de renovación normativa por vía judicial. Pero además, debe tenerse en cuenta que la obligación de los jueces ordinarios no solo consiste en conocer y acatar el derecho positivo así reformulado por vía

130. Entre ellos se encuentran los artículos 9, 25, 33, 34, 38, 47, 48, 57, 59, 61, 71 y 72.

131. Entre ellos se encuentran los artículos 90, 91, 92, 93, 117, 124, 125, 145, 126, 127, 131, 140, 143, 145, 154, 156, 169, 170, 171, 173, 174, 180, 198, 214, 215, 217, 237, 244, 246, 248, 249, 253, 260, 262, 310, 312, 314, 315, 335, 411, 413, 414, 416, 422, 423, 449, 457, 519, 545, 548, 552, 554, 560, 592, 596 y 669 del Código Civil.

Este es el caso de la reciente sentencia C-144/10 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), en la que se declara la inconstitucionalidad parcial y la constitucionalidad condicionada del artículo 62 del Código Civil, que establecía que los padres de hijos extramatrimoniales no podrían tener la patria potestad cuando fueron declarados como padre o madre en juicio contradictorio. En este caso, la Corte declaró la inconstitucionalidad de aquella parte del precepto que limitaba la “sanción” a los padres de hijos extramatrimoniales, y al mismo tiempo establece que la prohibición para ejercer la patria potestad no es automática, sino que el juez debe valorar en cada caso particular si el padre o madre tiene la idoneidad para cumplir con las responsabilidades que se derivan de la patria potestad.

Otras sentencias de la Corte Constitucional sobre el Título Preliminar y el Título I del Código Civil, las siguientes: C-820/06 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra), C-804/06 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto), C-534/05 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto), C-159/04 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra), C-478/03 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández), C-983/02 (M.P. Jaime Córdoba Triviño), C-112/00 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), C-401/99 (M.P. Fabio Morón Díaz), C-004/98 (M.P. Jorge Arango Mejía), C-595/96 (M.P. Jorge Arango Mejía) y C-344/93 (M.P. Jorge Arango Mejía).

judicial, sino en emprender esta tarea por sí mismos, respecto de todas aquellas disposiciones sobre las cuales existen sentencias interpretativas de la Corte. En este contexto, los jueces constitucionales por excelencia son todos los jueces ordinarios: los que resuelven procesos ejecutivos, civiles ordinarios, laborales, penales, etc.

Como si lo anterior fuera poco, expresamente la Constitución y la ley atribuyen funciones constitucionales a jueces distintos a la propia Corte Constitucional. Este es precisamente el caso de las acciones de tutela para la protección de los llamados “derechos fundamentales”, y por extensión, de los derechos económicos, sociales y culturales.¹³² Según la Constitución Política, el decreto 2591 de 1991 y el decreto 1382 de 2000, las acciones de tutela son resueltas en primera y segunda instancia por los jueces ordinarios. El papel de la Corte Constitucional consiste en fijar las líneas jurisprudenciales que deben ser tenidas en cuenta por la justicia ordinaria, a partir de una selección discrecional de las sentencias expedidas por la justicia ordinaria; del total de sentencias de tutela, sin embargo, en promedio tan solo el 2,15% son conocidas por la Corte Constitucional,¹³³ por lo que en general son estos jueces, y no la propia Corte, los que garantizan jurisdiccionalmente los derechos de primera y segunda generación.

De igual modo, las acciones populares, diseñadas para la protección de los derechos colectivos (como el ambiente sano, la salubridad pública, el espacio público, la moralidad administrativa), son conocidas y resueltas por la jurisdicción de lo contencioso administrativo, según las reglas de competencia previstas en la ley 472 de 1998. De manera análoga a lo que ocurre con la acción de tutela, el Consejo de Estado conoce de algunos cuantos casos, mientras que son los jueces administrativos, los tribunales administrativos, los encargados de garantizar jurisdiccionalmente la eficacia de estos derechos colectivos.

Pero además, debe tenerse en cuenta que por regla general las acciones constitucionales de protección de derechos no han sido diseñadas para obtener la reparación integral (art. 25 del decreto 2591 de 1991), de modo que los eventuales daños (patrimoniales y extrapatrimoniales) deben ser reparados por la vía ordinaria; así, cuando el responsable del daño es el Estado, la reparación integral respectiva debe ser reconocida en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, normalmente a través de una acción de reparación directa; y cuando proviene de un particular, en la justicia ordinaria.

132. Sentencia T-760/08, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

133. Claudia Escobar García, “Constitucionalismo más allá de la Corte Constitucional”, en Ramiro Ávila Santamaría, edit., *Neoconstitucionalismo y sociedad*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, p. 231.

El control abstracto de constitucionalidad tampoco se encuentra concentrado en la Corte Constitucional. Ésta lo ejerce únicamente sobre las reformas constitucionales, las leyes y los decretos con fuerza de ley (decretos-leyes, decretos legislativos y decretos de planeación), mientras que la jurisdicción de lo contencioso administrativo efectúa el control de constitucionalidad de las demás disposiciones que hacen parte del sistema jurídico: decretos, resoluciones, oficios, actas, acuerdos municipales, certificaciones, circulares, directivas presidenciales, memorandos, ordenanzas departamentales, entre otras, expedidas por todas las entidades estatales del orden nacional, departamental, distrital y municipal, centralizadas y descentralizadas, son controladas en su constitucionalidad por los jueces administrativos, los tribunales administrativos y el Consejo de Estado, fundamentalmente a través de las acciones de nulidad simple y de nulidad y restablecimiento del derecho. Aunque estos actos son jerárquicamente inferiores a los controlados por la Corte, su importancia no debe ser desdeñada, pues también ahí se “juegan” los derechos de las personas.

Lo anterior no significa que la Corte Constitucional tenga un papel marginal dentro de la defensa judicial de la Constitución Política. Por el contrario, esta “racionalización” contribuye decisivamente al fortalecimiento de la Corte Constitucional, seleccionando sentencias paradigmáticas que sirvan para definir las grandes líneas de los derechos constitucionales, y resolviendo las acciones de inconstitucionalidad sobre las normas de mayor rango jerárquico del sistema jurídico. Esto significa que si bien la Corte no tiene el “monopolio”, en cualquier caso sí tiene facultades para dirigir y determinar las condiciones del control constitucional en el país.

Esta falta de monopolio, sin embargo, tiene una contrapartida. En primer lugar, los jueces de tutela no necesariamente conocen y están dispuestos a acatar las directrices fijadas por la Corte Constitucional, de modo que es posible encontrar numerosas sentencias que se apartan de estos lineamientos; aunque la Corte tiene la facultad para seleccionar, revisar y revocar aquellas sentencias de tutela que se apartan de estos lineamientos, esta facultad de ningún modo asegura el acatamiento.

En segundo lugar, la misma Corte, en virtud del principio de autonomía funcional en el ejercicio de la función judicial, admite que los jueces se aparten de sus precedentes, previo el cumplimiento estricto de las cargas de transparencia y argumentación.¹³⁴ En estos casos, entonces, resulta legítimo el alejamiento del precedente.¹³⁵

En tercer lugar, el control abstracto de constitucionalidad respecto de actos normativos y administrativos distintos las reformas constitucionales, leyes y decretos

134. Sentencias SU-640/98 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz), SU-168/99 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz), T-009/01 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz), T-068/00 (M.P. José Gregorio Hernández) y C-836/01 (M.P. Rodrigo Escobar Gil).

135. Cfr. Diego Eduardo López Medina, *El Derecho de los jueces*, Bogotá, Ed. Legis / Universidad de los Andes, 2006, pp. 73-108, 193-264.

con fuerza de ley, se encuentra atribuido a la jurisdicción de lo contencioso administrativo mediante las acciones de nulidad, y nulidad y restablecimiento del derecho, por lo cual la Corte no tiene la competencia para pronunciarse sobre ellas. Puede suceder incluso que la Corte considere que cierta disposición es inconstitucional, pese a lo cual debe atenerse al juicio que realicen los jueces y tribunales administrativos y el Consejo de Estado. Este es precisamente el caso del auto 071 de 2001, en el que la Corte ordenó la inaplicación de ciertas disposiciones del Decreto 1382 de 2000 sobre distribución de competencias en materia de acción de tutela, pero cuya constitucionalidad quedó posteriormente confirmada por el Consejo de Estado. También es el caso del decreto 4444 de 2006 del Ministerio de Protección Social, que plasmaba las directrices fijadas por la Corte Constitucional en la sentencia C-355/06 sobre el suministro de servicios de salud relacionados con el aborto, y que fue suspendido provisionalmente por el Consejo de Estado al considerar que en principio la competencia regulativa correspondía al legislador y no al gobierno nacional.¹³⁶

En cuarto lugar, es precisamente en el ejercicio de las competencias ordinarias (distintas a las estrictamente constitucionales) donde los jueces tienen una amplia posibilidad de apartarse del precedente constitucional. Cuando los jueces resuelven algún asunto en materia civil, comercial, penal, laboral o administrativa, es posible que su decisión responda a una interpretación de la ley incompatible con las directrices interpretativas establecidas por la Corte Constitucional.

Estos casos no han sido excepcionales. Así por ejemplo, la protección a la estabilidad laboral de las mujeres embarazadas contenida en el artículo 239 del Código Sustantivo de Trabajo, ha sido entendida de diferentes maneras por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia y por la Corte Constitucional: mientras para ésta carece de todo efecto el despido de una trabajadora durante el embarazo o en los tres meses posteriores al parto sin la correspondiente autorización del funcionario de trabajo competente, quien debe verificar si existe o no justa causa probada para el despido,¹³⁷ para aquella el despido sin el cumplimiento de estos requisitos únicamente acarrea el pago de la indemnización tasada legalmente.¹³⁸

Pues bien, estas decisiones de la justicia ordinaria comenzaron a ser atacadas por vía de tutela, de modo que en diversas oportunidades la Corte Constitucional revocó sentencias de las Altas Cortes (Corte Suprema de Justicia y Consejo de Estado), quie-

136. Auto de la Sección Primera del Consejo de Estado, 15 de octubre de 2009, C.P. María Claudia Rojas Lasso, exp. 2008-00256-00.

137. Sentencia C-470/97, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

138. Cfr. Sentencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, Rad. 13561, 11 de mayo de 2000, M.P. Germán G. Valdés Sánchez.

nes a su turno se han negado a acatar las decisiones de aquella.¹³⁹ Si bien el decreto 1382 de 2000 alivió en alguna medida el famoso “choque de trenes”, al establecer una distribución de competencias que permite a las Altas Cortes resolver sus propios conflictos sin la injerencia directa y automática de la Corte, la tesis de que la tutela es improcedente frente a las decisiones de las altas Cortes ha impedido la resolución del conflicto. Tan es así, que el “choque de trenes” ha llegado hasta el sistema interamericano de derechos humanos.¹⁴⁰

Lo anterior significa que la defensa judicial de la Constitución trasciende por mucho los procesos constitucionales relativos al control abstracto de constitucionalidad y a las acciones de protección de derechos. Y, siendo la defensa de la Constitución un campo tan extenso y tan amplio, no es razonable suponer que esta labor pueda ser ejecutada directamente por un pequeño cuerpo de personas como la Corte Constitucional. Únicamente la adecuada articulación de todas estas instancias y la conservación del delicado equilibrio entre todas ellas hace posible el correcto funcionamiento de la justicia constitucional.

CONSTRUCCIÓN PERMANENTE Y PROGRESIVA DE LA CONSTITUCIÓN POR VÍA JUDICIAL

Hoy en día, el constitucionalismo colombiano tiene muy poco que ver con el texto constitucional. Si alguien lo quisiera conocer, al menos superficialmente, sin ningún tipo de duda la mera lectura y comprensión de la Constitución de 1991 y sus reformas resultaría absolutamente insuficiente. Pero este fenómeno no se debe al hecho de que los operadores jurídicos (legisladores, jueces, la burocracia de la administración pública, litigantes) hayan acordado desconocer la Constitución. No se trata de que la Constitución haya sido derogada por vía consuetudinaria. Es más bien lo contrario. Lo que se ha intentado es llevar hasta sus últimas consecuencias los preceptos constitucionales, traduciéndolos en reglas concretas y precisas que permitan guiar efectivamente la actuación del Estado y los particulares, y el proceso de producción normativa.

139. Cfr. Auto de la Sala Plena del Consejo de Estado, Rad. 4361-02, 20 de septiembre de 2006, C.P. Ana Margarita Olaya Forero.

140. Cfr. Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos No. 44/08, Caso 12448, Sergio Emilio Cadena Antolinez vs. Colombia, 23 de julio de 2008. En este caso, la responsabilidad del Estado colombiano se configura por impedir el acceso a la administración de justicia, en la medida en que el “choque de trenes” entre la Corte Constitucional y la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia impidió el acceso real y efectivo a la justicia y la resolución del conflicto jurídico subyacente.

En efecto, dada la naturaleza misma del texto constitucional, sus preceptos tienen un alto nivel de generalidad y abstracción que no siempre resulta útil para dirigir la actuación de las personas. Adicionalmente, los eventuales “choques” o conflictos entre principios o entre reglas constitucionales, o entre estos y aquellos, impiden resolver los problemas que se presentan en la vida real. El resultado de ello es que con fundamento en el mismo texto constitucional se pueden obtener conclusiones y soluciones diametralmente opuestas frente a los problemas concretos de la vida política, económica y social.

En estas circunstancias, se ha requerido de un proceso de concreción del texto constitucional que permita definir su alcance específico en los diferentes contextos de la realidad. La justicia constitucional, con la Corte Constitucional a la cabeza, han llevado a cabo este proceso a través de la definición de reglas jurisprudenciales que establecen el alcance del texto constitucional para las distintas hipótesis de hecho posibles. De esta manera, existe un proceso permanente de concreción y de actualización de la Constitución en diferentes sentidos: por un lado, progresivamente se especifican los preceptos constitucionales por medio de reglas que concretan su sentido y alcance; por otro lado, estas reglas son objeto de un proceso de actualización permanente a partir del texto constitucional: se modifican, se establecen excepciones a las reglas, se amplía su alcance, entre muchas otras cosas.

Por esta razón, la Constitución hoy en día rebasa por mucho el texto constitucional; así, al lado de los genéricos principios sobre la participación ciudadana, los procesos democráticos, el derecho a la salud, el derecho a la vida, la libertad de conciencia, la libertad de expresión o el derecho a un medio ambiente, tenemos el siguiente tipo de reglas: las entidades estatales deben tener una ventanilla preferencial para la atención de ancianos, discapacitados y mujeres embarazadas; las requisas en las entradas de las cárceles por medio de perros es constitucionalmente admisible únicamente cuando se hace con trailla controlada o sujetos a la correa, y no cuando son dejados libres sin que el guía ejerza dominio sobre ellos;¹⁴¹ los infantes de cuatro años tiene facultad de autodeterminación sobre su apariencia personal, incluso sobre la longitud de su cabello;¹⁴² los reglamentos de los jardines infantiles que obligan a las infantes a llevar el cabello corto para impedir el contagio de la pediculosis capilar son inconstitucionales e inaplicables;¹⁴³ las EPS tienen la obligación de suministrar a sus afiliados con enfermedades catastróficas el tratamiento ordenado por el médico tratante, aun cuando no hayan cumplido con el período mínimo de coti-

141. Sentencia T-462/09, M.P. Mauricio González Cuervo.

142. Sentencia SU-642/98, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

143. Sentencia SU-642/98, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

zación, y además deben asumir el costo financiero en proporción al período efectivamente cotizado, salvo que el afiliado carezca de la capacidad económica, caso en el cual el costo corre a cargo de la EPS, sin perjuicio del derecho de repetición con cargo al Fondo de Solidaridad y Garantías (Fosyga);¹⁴⁴ la contabilización del intervalo de ocho días, previsto en el artículo 168 de la Constitución Política, para la realización de los debates parlamentarios para la aprobación de las leyes, debe hacerse en días comunes y no en días hábiles;¹⁴⁵ la Corte Constitucional es competente para realizar el control constitucional de los decretos previstos en los artículos transitorios 10 y siguientes de la Constitución Política;¹⁴⁶ el régimen de salud previsto en la ley 691 de 2001 rige exclusivamente para las comunidades indígenas y no es extensible a las comunidades afrodescendientes;¹⁴⁷ el legislador está facultado constitucionalmente para eliminar los subsidios a la oferta y para otorgarlos exclusivamente a la demanda en la prestación de los servicios públicos domiciliarios.¹⁴⁸

De esta manera, las personas del común y los operadores jurídicos no solo se guían por estos mandatos generales contenidos en el texto constitucional, sino sobre todo por este tipo de reglas jurisprudenciales que precisan con claridad la actuación debida para cada hipótesis de hecho. La construcción ordenada y rigurosa de un sistema de precedentes es precisamente una de las fortalezas del constitucionalismo colombiano. Este proceso, entonces, es el que realmente da vida a la Constitución y permite que ella no se quede en meras palabras, sino que se traduzca en exigencias concretas en los distintos escenarios de la vida social, económica y política de un país.¹⁴⁹

Lo anterior significa que el componente normativo, aunque importante, de ningún modo agota el derecho constitucional. Éste poco tiene que ver con un documento cerrado e inflexible, sino más bien con un *proceso* en constante evolución, que acumulativa, progresiva y lentamente se construye a partir de la elaboración y reformulación permanente de estas reglas jurisprudenciales.

144. Sentencia T-190/99, M.P. Alejandro Caballero Martínez.

145. Auto 118/07, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

146. Auto 006/94.

147. Sentencia C-864/08, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

148. Sentencia C-739/08, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

149. Sobre la necesidad de reglas judiciales que precisen el contenido y alcance del texto constitucional, cfr. Claudia Escobar García, "El rol de las reglas en la era de los principios", en Claudia Escobar García, edit., *Teoría y práctica de la justicia y el control constitucional*, pp. 209-256.

DIÁLOGO ENTRE EL CONSTITUCIONALISMO COLOMBIANO Y OTROS SISTEMAS CONSTITUCIONALES

Hasta el momento se ha dicho que la efectivización de la Constitución Política requiere de un amplio y complejo proceso de concreción mediante la elaboración y reformulación permanente de reglas jurisprudenciales. Sin embargo, como estas reglas jurisprudenciales no son una mera derivación lógica y necesaria de los preceptos constitucionales, el juez constitucional debe “alimentarse” de diversas fuentes, más allá del propio texto constitucional.

Es por esta razón que la Corte Constitucional ha entablado un interesante proceso de recepción doctrinal, jurisprudencial y normativa. De este modo, la amplia producción de jurisprudencia de la Corte ha estado mediada por la recepción de estas herramientas.

El más obvio proceso de recepción proviene del mismo texto constitucional, que establece el denominado “bloque de constitucionalidad”. A partir de la conceptualización de este bloque, se ha comenzado a entablar un interesante diálogo con el sistema mundial e interamericano de derechos humanos. En repetidas ocasiones se acude a la Convención Americana de Derechos Humanos, la Convención de Derechos del Niño, la Declaración Universal de Derechos del Hombre, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, entre otros.

Y aunque la Corte Constitucional no ha llegado a reconocer que otros instrumentos internacionales de derechos humanos sean parte del bloque de constitucionalidad o que tengan fuerza vinculante, con relativa frecuencia se sirve de la jurisprudencia o de la Opiniones Consultivas de Corte Interamericana de Derechos Humanos, de los informes de la Comisión Interamericana, e incluso de las recomendaciones y observaciones generales de los comités que vigilan el cumplimiento de los tratados internacionales de derechos humanos.

Un caso emblemático de este tipo de recepción se encuentra en la sentencia T-760/08, que sistematiza los problemas relativos al derecho a la salud en Colombia. Allí se utilizan diversos instrumentos internacionales de derechos humanos, en especial el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Observación General No. 14 (2000) del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que sirven de fundamento a algunas de las reglas jurisprudenciales allí definidas. Por su parte, la sentencia T-462/09 (M.P. Álvaro Tafur Galvis), que establece algunos parámetros para el ingreso de visitantes a las cárceles, se sustenta en diversos tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia (como el

Pacto Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana de Derechos Humanos), y también en otros instrumentos que hacen parte del *soft law*, como el Informe No. 38/96 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos,¹⁵⁰ la Opinión Consultiva OC-6/86 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos,¹⁵¹ la Declaración de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre la Protección de todas las Personas contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanas o Degradantes, los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas, los Principios Básicos para el Tratamiento de los reclusos, el Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, las Reglas Mínimas para el tratamiento de los Reclusos y la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras.¹⁵² Pareciera entonces que en algunas ocasiones los intentos por definir el contenido del bloque de constitucionalidad carece de relevancia jurídica, pues todos los instrumentos, hagan o no hagan parte de éste, sirven de fundamento normativo a las decisiones de la Corte.

Pero además, la Corte ha efectuado una especie de “recepción horizontal”, con respecto a sistemas constitucionales con los cuales no guarda una relación estructural. En este sentido, se ha servido de la jurisprudencia constitucional comparada de distintos países y de órganos regionales como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). Así por ejemplo, para establecer los parámetros para que el Estado pueda sustraer a los padres del cuidado de los hijos por una situación de abandono, la Corte colombiana tuvo en cuenta una abundante jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos; en esta sentencia¹⁵³ fueron citadas al menos 11 sentencias del Tribunal de Estrasburgo.¹⁵⁴

150. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe No. 38/96, Caso 10506 X y Y vs. Argentina.

151. Opinión Consultiva OC-6/86, 9 de mayo de 1986, serie A, No. 6, párrafo 21.

152. Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, 29 de julio de 1988, serie C, No. 4, párrafo 165.

153. Sentencia T-572/09, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

154. Las sentencias del TEDH fueron las siguientes: Eur. Court H.R., Case of Buchberger v. Austria, Judgment of 20 December 2001; Eur. Court H.R., Case of T and K v. Finland, Judgment of 12 July 2001; Eur. Court H.R., Case of Elsholz v. Germany, Judgment of 13 July 2000; Eur. Court H.R., Case of Bronda v. Italy, Judgment of 9 June 1998, Reports 1998-IV; Eur. Court H.R., Case of Johansen v. Norway, Judgment of 7 August 1996, Reports 1996-IV; Eur. Court H.R., Case of Ahmut v. the Netherlands, Judgment of 27 November 1996, Reports 1996-VI; Eur. Court H.R., Case of Gül v. Switzerland, Judgment of 19 February 1996, Reports 1996-I; Eur. Court H.R., Case of Berrehab v. the Netherlands, Judgment of 21 June 1988, series A No. 138; Eur. Court H.R.; Eur. Court H.R., Case of K and T v. Finland, Judgment of 12 July 2001; Eur. Court H.R., Case of Scozzari and Giunta, Judgment of 11 July 2000; Eur. Court H.R., Case of Olsson v. Sweden (No. 2), Judgment of 27 November 1992, series A No. 250.

De igual modo, con cierta frecuencia se apela a la jurisprudencia alemana, española e italiana, en temas como la modulación de los efectos de las sentencias, las omisiones normativas inconstitucionales absolutas y relativas, el test de proporcionalidad, la ponderación, o el contenido esencial de los derechos, e incluso sobre las técnicas para el manejo del precedente judicial. Así por ejemplo, en diversas sentencias se ha utilizado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán para fundamentar ciertas reglas jurisprudenciales; este es el caso de la sentencia T-439/09 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), que se refirió a la jurisprudencia alemana sobre los conflictos entre la libertad de prensa y el derecho a la intimidad y en la que se reconoce la facultad para difundir públicamente información personal e íntima en medios de comunicación, cuando ello ha sido aceptado por el afectado, o cuando éste se encarga de desvelar la respectiva información; en la sentencia T-371/09 (M.P. Jorge Iván Palacio), por su parte, se alude a la doctrina del “*dwittwirkung der grundrechte*” o sobre el efecto directo de los derechos fundamentales, para estructurar y fundamentar la figura de la tutela contra particulares; en la sentencia C-473/94 (M.P. Alejandro Martínez Caballero) se refiere a la figura de las “resoluciones de aviso o admonitorias” de la jurisprudencia alemana, y el salvamento de voto a la sentencia C-545/08 (M.P. Nilson Pinilla Pinilla) del magistrado Humberto Antonio Sierra Porto se refiere a las “sentencias apelativas” o “sentencias de todavía constitucionalidad” de la jurisprudencia alemana, en las que el juez advierte que la norma objeto de control es aún constitucional, pero que en un futuro puede devenir en inconstitucional si no se adoptan cierto tipo de medidas en el corto plazo.

La recepción de la doctrina extranjera tampoco ha sido extraña a la justicia constitucional colombiana. Asuntos como los conflictos normativos y sus técnicas de resolución, la relación entre las reglas y los principios, el valor normativo de los principios, la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales, la modulación de los efectos de las sentencias de constitucionalidad abstracta, la interpretación constitucional, las técnicas para el alejamiento del precedente judicial, entre muchos otros, han sido definidos y desarrollados a partir de una relativamente importante recepción de la doctrina nacional y extranjera. Así, en al menos 8 sentencias se hace referencia explícita a Robert Alexy,¹⁵⁵ en al menos 25, a Hans Kelsen¹⁵⁶ y en al menos 4, al clásico Ronald Dworkin.¹⁵⁷

155. Sentencias SU-913/09 (M.P. Juan Carlos Henao Pérez), T-701/09 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto), T-264/09 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva), T-212/09 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), C-825/06 (M.P. Jaime Araujo Rentería), C-983/05 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto), T-836/04 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra) y C-873/03 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa).

156. Sentencias C-588/09 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), T-264/09 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva), C-032/09 (M.P. Jaime Córdoba Triviño), T-1159/08 (M.P. Jaime Araujo Rentería), T-1154/08 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández), C-1058/08 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), T-940/08 (M.P. Jaime Araujo Rentería), C-

Aunque estas referencias no necesariamente constituyen criterios materiales de decisión (pues en ocasiones puede tratarse referencias retóricas), y aunque la citación explícita en realidad no logra revelar el nivel de recepción doctrinal, en cualquier caso sí son indicativas de cierto nivel de intercambio y apertura. Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que la experiencia comparada demuestra que no siempre este tipo de recepción es *per se* más garantista, y que en ocasiones puede colisionar con un entendimiento local de los derechos constitucionales; así ha ocurrido en Alemania¹⁵⁸ e Italia,¹⁵⁹ donde el Tribunal y la Corte Constitucional respectivamente han visto en la integración y en el sistema europeo de derechos humanos una eventual vulneración de derechos constitucionales.¹⁶⁰

LA IDENTIDAD DEL CONSTITUCIONALISMO COLOMBIANO

Lo anterior de ningún modo significa que el constitucionalismo colombiano sea un simple agregado de figuras “importadas”. Aunque ningún sistema constitucional es enteramente autónomo, y el colombiano tampoco lo es, lo cierto es que la experiencia en el país ha dado lugar a ciertas particularidades y especificidades que revelan cierto nivel de creatividad y originalidad.

Una de las manifestaciones de este fenómeno se encuentra en la creación de categorías conceptuales propias. Conforme se ha ido complejizando el litigio constitucional en el país, la Corte Constitucional ha venido elaborando y desarrollando teorías y conceptos que respondan a estas necesidades específicas. Expresiones como “carencia actual de objeto por daño consumado o hecho superado”, “cosa juzgada aparente” o “control integral”, ponen en evidencia este nivel de conceptualización. Veamos dos ejemplos.

939/08, C-801/08 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), T-647/08 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández), C-699/07 (M.P. Rodrigo Escobar Gil), C-858/06 (M.P. Jaime Córdoba Triviño), C-1260/05 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández), C-043/04 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra), T-901/03 (M.P. Rodrigo Escobar Gil), C-873/03 (M.P. Manuel José Cepeda), C-551/03 (M.P. Eduardo Montealegre Lynett), C-618/02 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), C-760/01 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra y Manuel José Cepeda Espinosa), T-555/99 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo).

157. Sentencias T-264/09 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva), C-1057/05 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto), C-239/97 (M.P. Carlos Gaviria Díaz) y C-511/94 (M.P. Fabio Morón Díaz).

158. Cfr. Caso *Görgülü*, BVerFGE 111, 307 (323), Caso *Solange I*, BVerFGE 37, 271 (292), Caso *Solange II*, BVerFGE 73, 339 (345), Caso *Solange III*, BVerFGE 102, 147 (165) y Caso *Maastricht*, BVerFGE 89, 155 (198).

159. Cfr. la sentencia No. 311/09 de la Corte Constitucional de Italia.

160. Cfr. Armin von Bogdandy, “Pluralismo, efecto directo y última palabra: la relación entre el Derecho constitucional internacional e interno”, en Claudia Escobar, edit., *Teoría y práctica de la justicia y el constitucional*, pp. 409-432.

Una de las particularidades se refiere al denominado “control integral” en los procesos de constitucionalidad abstracta, en virtud del cual el juez constitucional debe confrontar la disposición demandada con la totalidad del Carta Política, más allá de los cargos formulados por el demandante. En estas circunstancias, es posible que una disposición sea declarada inconstitucional con fundamento en un cargo y en un argumento distinto al contemplado por el propio demandante. La existencia de un control integral es precisamente lo que ha dado lugar a que en Colombia el juez pueda declarar la constitucionalidad de las disposiciones objeto de control, mientras que usualmente las sentencias de este tipo se limitan a declarar infundados los cargos formulados por los demandantes. Es decir, mientras en general los jueces y tribunales constitucionales se limitan a aceptar o rechazar los argumentos expuestos por los demandantes, pero sin tener llegar nunca a declarar la constitucionalidad de una disposición, en Colombia, en virtud del control integral, sí existe esta posibilidad, de modo que dichas sentencias en principio hacen tránsito a cosa juzgada.

Sin embargo, el fenómeno de la cosa juzgada en las sentencias de constitucionalidad ha ocasionado cierto tipo de problemas, como cuando se declara la constitucionalidad de una disposición habiéndose realizado aparentemente un control integral, y posteriormente salta a la vista que la Corte no hizo una confrontación completa con la totalidad de las normas con rango constitucional. Para flexibilizar y relativizar los efectos de la institución de la cosa juzgada en materia constitucional, la Corte ha introducido los conceptos de “cosa juzgada real y aparente”, “cosa juzgada formal y material” y “cosa juzgada absoluta y relativa”. Estas distinciones le han permitido a la Corte, entre otras cosas, realizar nuevos exámenes de constitucionalidad de disposiciones sobre las cuales ya había existido un pronunciamiento previo a través de sentencias tipo C-. El desarrollo de las categorías de “cosa juzgada aparente”, “cosa juzgada relativa” o “cosa juzgada formal” no ha sido necesario en otros países y en otras latitudes, debido a la inexistencia del control integral y de las sentencias que declaren la constitucionalidad. En Colombia, por el contrario, fue indispensable para resolver numerosos problemas prácticos, y es por ello que existe una abundante jurisprudencia sobre el tema.¹⁶¹

Otro caso significativo se refiere a lo que hoy se conoce como “estado de cosas inconstitucional”. En ocasiones la interposición de una acción de tutela devela un

161. Cfr. Autos A-311/01 (M.P. Jaime Araujo Rentería), A-156A/03 (M.P. Rodrigo Escobar Gil), A-196/06 (M.P. Rodrigo Escobar Gil), A-299/06 (M.P. Rodrigo Escobar Gil), A-265/07 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández), A-294/07 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández), A-040/08 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa) y A-145/08 (M.P. Nilson Pinilla Pinilla). También se encuentran las sentencias C-403/01 (M.P. Álvaro Tafur Galvis), C-310/02 (M.P. Rodrigo Escobar Gil), C-036/03 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra), C-153/02 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández), C-157/02 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), C-458/02, C-337/07 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), C-695/08 (M.P. Jaime Araujo Rentería) y C-247/09 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva).

problema estructural que da lugar a una violación generalizada de los derechos constitucionales; así, cuando una persona privada de la libertad propone una acción de tutela para impedir que siga viviendo en condiciones de hacinamiento, la Corte Constitucional detecta que no se trata de un caso aislado, sino que ese caso particular es uno entre miles en las cárceles. En la medida en que las sentencias “clásicas” de tutela son insuficientes para resolver este tipo de problemas, la Corte introdujo el denominado “estado de cosas inconstitucional”. Su declaración permite a la Corte identificar los problemas estructurales y sus responsables, adoptar medidas complejas y hacer un seguimiento hasta que se verifique la cesación de la violación de derechos. Esta institución típicamente colombiana ha servido entonces como mecanismo para ir más allá de casos particulares y específicos que por casualidad llegan a la justicia constitucional, y en su lugar actuar directamente en estos complejos y profundos problemas de la sociedad colombiana. En este contexto, la Corte Constitucional ha declarado el estado de cosas inconstitucional en la carrera notarial,¹⁶² el desplazamiento forzado,¹⁶³ el pago de pensiones¹⁶⁴ y en los establecimientos carcelarios.¹⁶⁵ La jurisprudencia de la Corte contenida en las declaratorias formales y en los autos de seguimiento es un instrumento importante para que la justicia constitucional pase a tener una eficacia real y no meramente simbólica.¹⁶⁶

DIÁLOGO Y CONTINUIDAD RELATIVA CON EL SISTEMA Y LA TRADICIÓN JURÍDICA

Podría pensarse que la justicia constitucional en Colombia, con la Corte a la cabeza, han liderado un proceso de transformación radical que ha dado lugar a un “nuevo Derecho” en el país. Según esta versión de las cosas, fuertemente difundida en nuestro medio, Colombia habría vivido bajo la sombra del positivismo kelseniano, para luego ser “derrotado” por las nuevas corrientes del Derecho que defienden la necesidad de lograr una justicia material más allá del sistema positivo, la existencia de principios orientadores con un amplio valor normativo, la sustitución de un Estado legal de Derecho por un Estado Constitucional de Derecho, la superación del modelo subsuntivo del razonamiento judicial, la revalorización de la interpretación finalista y

162. Sentencia SU-250/98, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

163. Sentencia T-025/04, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

164. Sentencia SU-090/00, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

165. Sentencia T-153/98, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

166. Cfr. Marcelo Neves, “Estado Democrático de Derecho e Constitucionalismo na América do Sul”, en Armin von Bogdandy, Flavia Piovesan y Mariela Morales Antoniazzi, *Direitos Humanos, Democracia e Intregação Jurídica na América do Sul*, Rio de Janeiro, Ed. Lumen Juris, 2009, pp. 203-224.

evolutiva en lugar de la interpretación literal, y el abandono del derecho privado como criterio estructurador del sistema jurídico en su conjunto. La Corte Constitucional vendría a ser la abanderada de este proceso en Colombia.

No obstante, un estudio riguroso de su jurisprudencia descarta esta hipótesis. Por el contrario, si bien es cierto que con muy buen sentido la Corte Constitucional ha sido receptiva a nuevas teorías del derecho que se apartan de los postulados del llamado positivismo, también es cierto que esta receptividad no se ha traducido en su abandono definitivo, sino en la incorporación de nuevas herramientas y técnicas para operar el derecho positivo. Así, no es que la Corte haya sustituido la subsunción por la ponderación, sino que en ocasiones, frente a un conflicto entre principios, se efectúa una ponderación como paso previo a la subsunción; no es que la Corte abandone definitivamente las reglas en el Derecho para decidir exclusivamente a partir de los principios, sino que las reglas son entendidas y reformuladas a partir de los principios y derechos constitucionales; no es que la Corte “derogue” por vía jurisprudencial el derecho privado, sino que hace una lectura constitucional del mismo; no es que la Corte abandone la interpretación literal y la interpretación genética, sino que ahora éstos son entendidas como parte de las herramientas del complejo proceso de interpretación. Es decir, antes que una sustitución de un paradigma por otro, en realidad ha existido un proceso de enriquecimiento.

Una de las manifestaciones de este fenómeno es que la Corte Constitucional continúa haciendo uso de los métodos tradicionales de interpretación. Este es precisamente el caso de la interpretación genética, en la que el sentido y alcance de los textos constitucionales o legales se determina a partir de voluntad del constituyente o del legislador. Esto, que es visto con sospechas y reservas para muchos partidarios de las nuevas corrientes del Derecho, lo hace con frecuencia la Corte colombiana sin ningún tipo de “tabú”.

Así, Corte Constitucional ha apelado a este recurso interpretativo para fijar tanto el sentido de disposiciones constitucionales, como de las disposiciones legales objeto de control constitucional; en ocasiones la interpretación genética ha sido utilizada como criterio único de interpretación, e incluso ha prevalecido sobre otros criterios como el literal o el finalista. La Corte ha entendido que si bien la “voluntad” del constituyente o del legislador no resuelve de manera definitiva los problemas interpretativos en el Derecho, eventualmente sí constituye una herramienta importante, así como su finalidad última, su tenor literal o el contexto normativo. De esta manera, la Corte ha apelado a este criterio para resolver problemas relacionados con la distribución de competencias en el control abstracto con el Consejo de Estado,¹⁶⁷ el con-

167. Auto 006 de 1994.

trol judicial a la aplicación del principio de oportunidad por la Fiscalía General de la Nación,¹⁶⁸ la facultad del Procurador General de la Nación para solicitar la suspensión de los procedimientos administrativos en los que existen evidencias de violación del ordenamiento jurídico o de defraudación del patrimonio público,¹⁶⁹ la procedencia de la acción de tutela contra sentencias,¹⁷⁰ la objeción de conciencia en el servicio militar,¹⁷¹ las exigencias formales y procedimentales a la aprobación parlamentaria,¹⁷² el control constitucional de las reformas constitucionales,¹⁷³ las reglas procedimentales para la reforma constitucional,¹⁷⁴ la libertad económica en la prestación del servicio de salud,¹⁷⁵ el aborto,¹⁷⁶ el plazo para presentar la demanda de inconstitucionalidad por vicios formales,¹⁷⁷ el alcance del derecho de acceso a los documentos públicos,¹⁷⁸ las funciones jurisdiccionales de las Superintendencia de Industria y Comercio,¹⁷⁹ el alcance del tipo penal de receptación de autopartes de vehículos automotores,¹⁸⁰ las excepciones previas en la liquidación de la sociedad conyugal a causa de sentencias de jueces eclesiásticos,¹⁸¹ las restricciones a la integración vertical de las Empresas Promotoras de Salud (EPS),¹⁸² el sistema de subsidios a la oferta y a la demanda en los servicios públicos domiciliarios,¹⁸³ entre muchos otros.

Otra de las manifestaciones de este fenómeno se refiere al conocimiento y uso del derecho positivo. En efecto, ciertas tendencias constitucionalistas en nuestra región tienden a abstraerse completamente de las demás áreas del Derecho, hasta el punto de que los constitucionalistas solo saben derecho constitucional y pierden todo interés y conocimiento por las complejas áreas del derecho comercial, el derecho civil, el derecho tributario, el derecho de la competencia, el derecho de las telecomunicaciones, y en general, del derecho positivo. Pues bien, en contraposición a esta ten-

168. Sentencia C-979/05, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

169. Sentencia C-977/02, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

170. Sentencias C-595/95 (M.P. Carlos Gaviria Díaz) y T-427/98 (M.P. Alejandro Martínez Caballero).

171. Sentencias 409/92 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo), C-511/94 (M.P. Fabio Morón Díaz).

172. Auto 118/07, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

173. Sentencia C-1040/05, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Humberto Antonio Sierra Porto, Álvaro Tafur Galvis y Clara Inés Vargas Hernández.

174. Sentencia C-392/07, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

175. Sentencia C-955/07, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

176. Sentencia C-355/06, M.P. Jaime Araujo Rentería y Clara Inés Vargas Hernández.

177. Sentencia C-180/07, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

178. Sentencia C-872/03, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

179. Sentencia C-649/01, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

180. Sentencia C-205/03, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

181. Sentencia C-901/03, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

182. Sentencia C-955/07 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra) y C-1041/07 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto).

183. Sentencia C-739/08, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

dencia, la Corte colombiana no ha pretendido sustituir el derecho ordinario por el derecho constitucional, sino únicamente imprimirle una visión constitucional; en estas circunstancias, si bien es cierto que ha existido un profundo proceso de reformulación del sistema jurídico, como ha ocurrido con el derecho de familia, el derecho tributario y el derecho penal, también es cierto que esto solo ha sido posible gracias a que la Corte domina con mucha solvencia el marco general y las minuciosidades y complejidades de cada una de estas áreas del Derecho.

De modo que aunque muchos quieran ver en la Corte Constitucional colombiana un justicia “rupturista”, que de un día para otro cambió el paradigma jurídico, están realmente equivocados. La Corte ha sido mucho más inteligente, y en lugar de “romper” con la tradición jurídica y el sistema jurídico-positivo existente, lo ha enriquecido a partir de una perspectiva constitucional. Cuando ha existido la necesidad de declarar la inconstitucionalidad de preceptos legales, así se ha hecho, incluso con las críticas provenientes del propio legislador; cuando ha visto la necesidad de reinterpretar disposiciones legales, así lo ha hecho, incluso asumiendo el costo de un “choque de trenes”; cuando ha tenido que oponerse a las viejas estructuras ideológicas, políticas o económicas, así se ha hecho, asumiendo los costos de este enfrentamiento. Pero lo anterior de ningún modo niega la evidente continuidad que representa la justicia constitucional en Colombia.

CONCLUSIONES

El análisis anterior pone de presente las complejidades y dificultades de la defensa judicial de la Constitución, y en particular en el caso colombiano. Lo primero que debe destacarse es que pocas veces las cosas pueden ponerse en los dicotómicos términos de “bueno o malo”, y que por el contrario, resulta más útil y enriquecedor efectuar otro tipo de acercamiento a la justicia constitucional, en el que se intente develar y explicar su funcionamiento: sus dificultades, su evolución y las circunstancias que le dan origen. En cualquier caso, este acercamiento explicativo debería preceder a las aproximaciones de tipo valorativo.

En segundo lugar, la exploración anterior demuestra que la justicia constitucional es en sí misma problemática, discutible y compleja. En términos generales, ninguna decisión es auto-evidente, y casi siempre hay razones para defender una y otra opción, y toda tiene unos “costos”, además de ventajas. Una verdadera comprensión de la justicia constitucional debería ser capaz de visualizar sus potencialidades, pero también estos costos y estos límites. Se deben abandonar estas explicaciones simplistas y reduccionistas, incapaces de definir y comprender esta complejidad.

Por último, el análisis anterior pone en evidencia la gran cantidad de condiciones que hacen posible la defensa judicial de la Constitución: condiciones de tipo institucional que garanticen la independencia del poder judicial; trayectoria y experiencia que permita identificar las dificultades y las fortalezas existentes; versatilidad para poder adentrarse, desde una perspectiva constitucional, a las complejidades y sinuosidades del derecho ordinario; incorporación de categorías económicas y sociológicas al discurso jurídico; apertura y receptividad frente a otros sistemas constitucionales, y al mismo tiempo criterio, capacidad crítica y originalidad; rigurosidad en el manejo y uso del derecho positivo, y al mismo tiempo sensibilidad frente a la realidad. Evidentemente, la justicia constitucional colombiana tiene un largo camino por recorrer y aún hay muchas lecciones por aprender; pero sin duda alguna, el camino ya recorrido también es largo y hay muchas lecciones por enseñar.

BIBLIOGRAFÍA

DOCTRINA

- Bogdandy, Armin, “Pluralismo, efecto directo y última palabra: la relación entre el Derecho constitucional internacional e interno”, en Claudia Escobar, edit., *Teoría y práctica de la justicia y el control constitucional*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009, pp. 409-432.
- Carrasquilla, Alberto, “Diagnóstico y perspectivas del sector salud en Colombia”, ponencia presentada dentro del foro “Estado Económico del Sector Salud”, 2009.
- Carrasquilla, Alberto, *El régimen contributivo en el sistema de salud de Colombia: situación actual, perspectivas y desafíos*. Informe preparado para ACEMI, Bogotá, 2008.
- Cepeda Espinosa, Manuel José, “La defensa judicial de la Constitución. La gran fortaleza colombiana”, en Armin von Bogdandy, Flavia Piovesan y Mariela Morales Antoniazzi, *Direitos Humanos, Democracia e Intregração Jurídica na América do Sul*, Río de Janeiro, Ed. Lumen Juris, 2009, pp. 581-628.
- “Sentencias con implicaciones económicas: reflexiones con ánimo constructivo”, ponencia presentada en las XXVIII Jornadas Colombianas de Derecho Tributario, 2004.
- Clavijo, Sergio, “Fallos y fallas económicas de las altas cortes. El caso de Colombia 1999-2000”, en Claudia Escobar, *Teoría y práctica de la justicia y el control constitucional*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009, pp. 45-88.
- Escobar García, Claudia, “Constitucionalismo más allá de la Corte Constitucional”, en Ramiro Ávila Santamaría, edit., *Neoconstitucionalismo y sociedad*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, pp. 217-272.
- “El rol de las reglas en la era de los principios”, en Claudia Escobar García, edit., *Teoría y práctica de la justicia y el control constitucional*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009, pp. 209-256.

- “Entre identidad e intercambio. El caso del constitucionalismo ecuatoriano”, en Mariela Morales Antoniazzi y Eduardo Ferrer MacGregor, eds., *Hacia un Derecho constitucional común en América Latina*, México DF, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), 2010.
- Londoño, Juan Luis, y Julio Frenk, “Pluralismo estructurado: hacia un modelo innovador para la reforma de los sistemas de salud en América Latina”, en http://www.iadb.org/research/pub_desc.cfm?language=Spanish&PUB_ID=WP-353 [Banco Interamericano de Desarrollo, Documento de Trabajo No. 253, 1987].
- López Medina, Diego Eduardo, *El derecho de los jueces*, Bogotá, Legis / Universidad de los Andes, 2006.
- “El derecho fundamental a la salud y el sistema de salud: los dilemas entre la jurisprudencia, la economía y la medicina”, en Christian Curtis y Ramiro Ávila Santamaría, eds., *La protección judicial de los derechos sociales*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009, pp. 380-415.
- Neves, Marcelo, “Estado democrático de Direito e Constitucionalismo na América do Sul”, en Armin von Bogdandy, Flavia Piovesan y Mariela Morales Antoniazzi, *Direitos Humanos, Democracia e Integração Jurídica na América do Sul*, Río de Janeiro, Ed. Lumen Juris, 2009, pp. 203-224.
- Restrepo, Esteban, “Reforma Constitucional y Progreso Social: la ‘Constitucionalización de la Vida Cotidiana’ ”, en Roberto Saba, edit., *El Derecho como objeto e instrumento de transformación*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2003, pp. 73-78.
- Uprimny Yepes, Rodrigo, *El derecho a la salud en perspectiva de derechos humanos y el sistema de inspección, vigilancia y control del Estado colombiano en materia de quejas en salud*, Bogotá DC, Procuraduría General de la Nación / Agencia Catalana de Cooperación al Desarrollo de la Generalitat de Catalunya (CCD) / Centro de Estudios Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2008.
- “Legitimidad y conveniencia del control constitucional a la economía”, en *Revista de Derecho Público*, No. 12, Universidad de los Andes, 2001, pp. 145-195.

JURISPRUDENCIA

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA

Sentencias

Año 1992: T-534/92 y T-409/92.

Año 1993: T-372/93, C-344/93, SU-277/93, C-133/94.

Año 1994: C-511/94, C-473/94, C-221/94.

Año 1995: C-595/95, T-363/95.

Año 1996: C-595/96, T-147/96.

Año 1997: SU-480/97, C-470/97, T-452/97, C-567/97, C-239/97, T-035/97, C-013/97.
Año 1998: T-691/98, T-652/98, SU-642/98, T-588/98, T-427/98, T-390/98, T-304/98, C-252/98, SU-250/98, T-153/98, T-119/98, C-112/98, C-004/98, T-370/98.
Año 1999: C-136/99, C-383/99, C-700/99, C-747/99, T-555/99, C-401/99, T-230/99, T-190/99, SU-047/99, T-016/99.
Año 2000: C-1264/00, T-1251/00, C-955/00, C-1433/00, C-112/00, SU-090/00.
Año 2001: T-1086/01, C-1064/01, T-935/01, C-760/01, C-740/01, C-649/01, C-647/01, T-597/01, T-571/01, C-403/01.
Año 2002: C-983/02, C-977/02, T-901/03, T-659/02, C-618/02, C-458/02, C-310/02, C-198/02, C-157/02, C-153/02.
Año 2003: T-1152/03, T-1205/03, C-901/03, C-873/03, C-872/03, C-801/03, C-776/03, C-1017/03, C-873/03, T-772/03, T-676/03, C-551/03, T-491/03, C-478/03, SU-383/03, T-237/03, C-205/03, T-133/03, C-036/03.
Año 2004: C-866/04, T-836/04, C-816/04, T-744/04, C-159/04, C-101/04, C-459/04, T-146/04, C-043/04, C-038/04, T-025/04.
Año 2005: C-1260/05, T-1245/05, C-1227/05, T-1226/05, C-1153/05, C-1057/05, C-1053/05, C-1040/05, C-983/05, C-979/05, C-975/05, T-946/05, T-624/05, C-534/05, T-510/05, T-337/05, T-086/05.
Año 2006: T-1008/06, C-858/06, C-825/06, C-728/06, C-804/06, C-820/06, T-733/06, T-597/06, C-370/06, C-355/06, T-159/06.
Año 2007: T-016/07, T-092/08, T-1078/07, C-1041/07, T-988/07, C-955/07, T-850/07, T-839/07, T-822/07, SU-813/07, T-752/07, T-699/07, T-539/07, T-523/07, T-496/07, C-392/07, C-337/07, T-201/07, C-180/07, T-085/07.
Año 2008: T-1159/08, T-1154/08, T-1135/08, T-1105/08, C-1058/08, T-946/08, T-940/08, C-939/08, T-921/08, C-864/08, C-801/08, T-760/08, C-739/08, C-695/08, T-647/08, C-545/08, T-372/08, T-391/08, T-339/08, C-257/08, T-209/08, T-139/08.
Año 2009: SU-913/09, T-768/09, T-701/09, C-588/09, T-572/09, T-464/09, T-462/09, T-439/09, T-388/09, T-264/09, C-247/09, T-212/09, T-085/09, T-055/09, T-038/09, C-032/09, T-005/09.
Año 2010: C-252/10, C-149/10, C-144/10, C-141/10, C-040/10, C-008/10.

Autos

A004, A005, A092 y A237 de 2009; A145 y A040/08; A294, A265, A118 y A081 de 2007; A/299 y A196/06; A176, A177, A178, A218 y A266 de 2005; A156A/03; A311 y A071 de 2001; A006/94.

CONSEJO DE ESTADO DE COLOMBIA

- Sentencia de la Sección Primera del Consejo de Estado, exp. AP-083/2000, 21 de septiembre de 2000, C.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.
- Sentencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, exp. AP-/2005, 14 de junio de 2001, C.P. Alier Hernández Henríquez.
- Sentencia de la Sección Primera del Consejo de Estado, exp. AP-150/2001, 26 de julio de 2001, C.P. Olga Inés Navarrete Barrero.
- Sentencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, exp. AP-0353/2002, 24 de enero de 2002, C.P. Ricardo Hoyos Duque.
- Sentencia de la Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado, exp. AP-503/2002, 18 de julio de 2002, C.P. Ana Margarita Olaya Forero.
- Sentencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, exp. AP-2003/2004, 29 de julio de 2004, C.P. Germán Rodríguez Villamizar.
- Sentencia de la Sección Primera del Consejo de Estado, exp. AP-1652/2005, 3 de noviembre de 2005, C.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.
- Sentencia de la Sección Primera del Consejo de Estado, exp. AP-00491-2002, 10 de diciembre de 2008, C.P. Marco Antonio Velilla Moreno.
- Sentencia de la Sala Plena del Consejo de Estado, 14 de enero de 2007, exp. AP-015407/2007, C.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.
- Sentencia de la Sala Plena del Consejo de Estado, exp. AP-00739, 24 de marzo de 2009, C.P. Mauricio Torres Cuervo.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA

- Sentencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, Rad. 13561, 11 de mayo de 2000, M.P. Germán G. Valdés Sánchez.

TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS DE COLOMBIA

- Sentencia de la Sub-sección B de la Sección Cuarta del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, exp. 01-479, 25 de agosto de 2004, M.P. Nelly Yolanda Villamizar de Peñaranda.

OTROS TRIBUNALES

Corte Constitucional italiana: Sentencia No. 311/09.

Tribunal Constitucional Alemán: Caso *Görgülü*, BVerFGE 111, 307 (323), caso *Solange I*, BVerFGE 37, 271 (292), caso *Solange II*, BVerFGE 73, 339 (345), caso *Solange III*, BVerFGE 102, 147 (165) y caso *Maastricht*, BVerFGE 89, 155 (198).

LEGISLACIÓN

Actos Legislativos 1 y 2 de 1993, 1 y 2 de 1995, 1 de 1997, 1 y 2 de 2000, 1 de 2001, 1, 2 y 3 de 2002, 1 de 2003, 1 y 2 de 2004, 1, 2 y 3 de 2005, 1, 2, 3 y 4 de 2007, 1 y 2 de 2009.

Código Civil Colombiano.

Constitución Política de Colombia.

Decreto 2591 de 1991.

Decreto 1382 de 2000.

Decreto 4444 de 2009.

Ley 472 de 1998.

Proyectos de ley 96 de 2004-Senado, 43 de 2005-Senado, 52 de 2005-Cámara, 74 de 2006-Cámara, 23 de 2006-Senado, 87 de 2007-Cámara.

OTROS INSTRUMENTOS

Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos No. 44/08, Caso 12448, Sergio Emilio Cadena Antolinez vs. Colombia, 23 de julio de 2008.

Fecha de recepción: 6 de octubre de 2009

Fecha de aceptación: 23 de octubre de 2009

La supremacía constitucional en Bolivia*

*Carlos Alberto Goitia Caballero***

RESUMEN

Este artículo analiza la supremacía de la Constitución, en el escenario boliviano, frente al resto de las normas que integran el ordenamiento jurídico. Se estudia de manera particular a los tratados internacionales –en particular aquellos que forman parte del Derecho Internacional de los Derechos Humanos– en relación al debate sobre su jerarquía en el ordenamiento jurídico boliviano y, en particular, frente a la Constitución. Finalmente, se precisa la jerarquía que le corresponde a las normas propias de los pueblos indígenas, originarios y campesinos en el ordenamiento jurídico boliviano.

PALABRAS CLAVE: supremacía constitucional, jerarquía de los tratados de Derechos Humanos, derecho indígena.

SUMMARY

This article analyzes the supremacy of the Constitution in the Bolivian scenario over the rest of rules that are part of the juridical system. Particularly, it studies the international treaties –especially those that are part of the International Law of Human Rights– and refers to the debate around their hierarchy within the Bolivian juridical system, and specifically, in regard to the Constitution. Finally, the study establishes the hierarchy of the rules issued by the indigenous, original and rural nations in the Bolivian juridical system.

KEY WORDS: constitutional supremacy, hierarchy of Human Rights treaties, indigenous law.

FORO

* Este trabajo constituye el primer capítulo de la tesis titulada: “Control constitucional y justicia indígena, originaria y campesina”, del Programa de Maestría en Derecho Constitucional y Derecho Procesal Constitucional, Universidad Andina Simón Bolívar, La Paz, Bolivia.

** Profesor invitado de la Universidad Santo Tomás de Aquino de Bolivia - Colegio de Abogados de La Paz. Docente de la Carrera de Derecho de la UCB. Director del Estudio Jurídico Goitia y Asociados. Profesor invitado y director académico de la Maestría en Derecho Penal y Derecho Procesal Penal, UASB-LP.

INTRODUCCIÓN

Entre los múltiples ámbitos de estudio que integran el constitucionalismo¹ se encuentra el referente a las tareas fundamentales de la Constitución en el Estado, transitando de visiones que planteaban la limitación del ejercicio del poder público a otras más complejas.

En la actualidad se puede sostener, de manera general, que la Constitución tiene como funciones esenciales las de establecer y conservar la unidad política del Estado; de constituir órganos que permitan el cumplimiento de los objetivos y fines esenciales identificados por la sociedad de cada Estado; y de establecer aquellos principios fundamentales del ordenamiento jurídico para el desarrollo y la formación jurídica de la sociedad.²

Para cumplir con esas funciones la Constitución requiere gozar de un nivel real de supremacía con relación al resto de las normas que integran el ordenamiento jurídico que fundamenta,³ como se explica a lo largo del presente artículo donde abordamos el tema en el escenario boliviano.

Particular atención se brinda a los tratados internacionales –en particular aquellos que forman parte del Derecho Internacional de los Derechos Humanos– porque, al igual que en otros Estados, se ha generado un amplio debate sobre cuál es la jerarquía que tienen en el ordenamiento jurídico local y, en particular, frente a la Constitución.

Sobre esa base se precisa la jerarquía que le corresponden a las normas propias de los pueblos indígenas, originarios y campesinos⁴ en el ordenamiento jurídico boliviano.

1. Enrique Álvarez Conde señala: “El constitucionalismo, como movimiento ideológico y político, aparece ligado a los procesos revolucionarios liberales y tiene su plasmación más explícita y contundente en el artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789: ‘Toda sociedad en la que no esté asegurada la garantía de los derechos ni determinada la separación de los poderes carece de Constitución.’ Ahora bien, ello no quiere decir que el término ‘Constitución’ no fuese conocido en épocas anteriores. Incluso puede afirmarse que su propia conceptualización se produce a lo largo de todo un proceso histórico en el cual se pueden apreciar diferentes etapas” (en *Curso de Derecho Constitucional*, vol. I, Madrid, Tecnos, 2003, 4a. ed., p. 145).

2. Ver Konrad Hesse, *Constitución y Derecho Constitucional*, en AA. VV., *Manual de Derecho Constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 1996; también, Francisco Rubio Llorente, *Las formas de Poder: estudios sobre la Constitución*, obra publicada por el Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

3. Ver Ferdinand Lasalle, *¿Qué es una Constitución?* (título original *Ubre Verfassungswesen*), traducido por W. Roces, México, Editorial Coyoacan, 1999, 5a. ed., p. 45.

4. Para comprender el alcance de los términos indígena, originario y campesino cabe acudir a lo previsto en los artículos 2 y 30.I del nuevo texto constitucional:

“Artículo 2. Dada la existencia precolonial de las naciones y pueblos indígena originario campesinos y su dominio ancestral sobre sus territorios, se garantiza su libre determinación en el marco de la unidad del Estado, que consiste en su derecho a la autonomía, al autogobierno, a su cultura, al reconocimiento de sus instituciones y a la consolidación de sus entidades territoriales, conforme a esta Constitución y la ley”.

SUPREMACÍA DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO DE LA REPÚBLICA DE BOLIVIA.

Muestra evidente del dinamismo del Derecho Constitucional y la permanente evolución del constitucionalismo es el debate sobre el concepto de Constitución; apasionante y, como en el presente caso, tentador para desarrollarlo con detalle pero se excederían los objetivos que se tienen previamente establecidos.

Por ello optamos por acudir a Häberle, específicamente, cuando sostiene que en la actualidad el concepto de constitución influye en la concepción del Estado al señalar que: "...se caracteriza por la dignidad humana como premisa antropológico-cul-

"Artículo 30.I. Es nación y pueblo indígena originario campesino toda la colectividad humana que comparta identidad cultural, idioma, tradición histórica, instituciones, territorialidad y cosmovisión, cuya existencia es anterior a la invasión colonial española".

Como sostiene Xavier Albó (*La Razón*, La Paz, Bolivia, edición del 16 de noviembre de 2008, p. 5), se trata de un conjunto conceptual producto del abandono de la búsqueda de precisión técnica cuyo origen responde a otro tipo de motivaciones; así, con tono sarcástico, señala que:

"Otro ejercicio es la exégesis intercultural de una larga frase que –como un anticucho o pacumutu– reaparece una y otra y cien veces en el texto constitucional: Las naciones y pueblos indígena originario campesinos.

Constitucionalistas sofisticados habrían preferido un concepto único más genérico, quizás pueblos indígenas. Tras largos debates tal vez habrían aceptado la posibilidad de que esos pueblos fueran reconocidos como nacionalidades o –más difícil– como naciones y enseguida habrían normado los requisitos para lograrlo.

Jurídicamente perfecto. Pero no es necesariamente lo más didáctico y cercano a la población involucrada. La Ley de Participación Popular de 1994 inventó otro término impecable: 'organizaciones territoriales de base' (OTB). Pero ello causó de inmediato muchas reacciones negativas en quienes temían que se les imponería desde arriba una nueva organización, como ocurrió en 1952 cuando las comunidades originarias y ayllus tuvieron que encajarse en el nuevo molde 'sindical'. Fue precisa una segunda ley interpretativa para aclarar que ser OTB no sustituyó tantas otras formas organizativas muy vigentes: desde ayllu, tenta o cabildo hasta sindicato y junta vecinal.

Ahora los asambleístas, muchos de ellos de extracción popular y de toda profesión y pelaje, han optado por la solución salomónica de dejar satisfechos a todos acuñando esa larga expresión con cinco dedos –naciones-pueblos indígena-originario-campesinos (con solo una 's' final de cierre)– y otras parecidas. Lo clave y re-fundacional, expresado en el art. 2, es que la frase se refiera a los grupos descendientes de quienes ya estaban aquí desde antes de la Colonia. Pero con sus cinco dedos respeta a quienes prefieren llamarse indígenas, como en las tierras bajas; u originarios, como muchos andinos; o campesinos, como trató de rebautizarlos la Revolución del 52, vivan o no en y del campo. Al ser un concepto único, tampoco distingue si algunos son nación o solo pueblo ni entra en conflicto con el hecho de que todos ellos, junto con todos los demás bolivianos, formamos la nación boliviana".

Desde mi punto de vista, no es que los constitucionalistas exijan precisión técnica por sofisticados, exquisitos u otros adjetivos que también pueden emplearse sarcásticamente como lo hace Albó; la exigen porque ello evita que las constituciones pierdan su esencia al convertirse en fuente generadora de conflictos derivados del uso irresponsable de términos acuñados por sociólogos, antropólogos, economistas u otros, olvidando que la Constitución no es un tratado de antropología, o de sociología o de economía... son Constituciones Políticas y su esencia es, desde mi punto de vista, político-jurídica, no antropológica ni sociológica. Así, del discurso se pasa a los hechos: Será alguien (persona o ente colegiado) el que a nombre del Estado "reconozca" cual es o no "pueblo o nación".

También corresponde citar al "Censo Nacional de Población y Vivienda" que se llevó a cabo el año 2001 en Bolivia, cuyo resultado evidenció que de una población total de 8.274.325 habitantes 4.133.138 mayores de 15

tural, por la soberanía popular y la división de poderes, por los derechos fundamentales y la tolerancia, por la pluralidad de partidos y la independencia de los tribunales".⁵ Es decir, la Constitución no es únicamente un límite al ejercicio del poder, sino que: "...quiere decir orden jurídico fundamental del Estado y de la sociedad, es decir, incluye a la sociedad constituida, aunque ciertamente no en el sentido de nociones de identidad, es decir, no solo es el Estado el constituido (La Constitución no es solo Constitución 'del Estado'). Este concepto amplio comprende las estructuras fundamentales de la sociedad plural..."⁶

años se autorreconocían como pertenecientes a algún "pueblo originario-indígena" (ver Instituto Nacional de Estadísticas, *Características Sociodemográficas de la Población Boliviana*, financiado por el Fondo de Población de las Naciones Unidas (UNFPA), La Paz, Bolivia, 2003, p. 167). En torno a su denominación, se aclaraba que: "En el Censo 2001 se incorporó la pregunta relativa a la autoidentificación de la población con pueblos originarios o indígenas de Bolivia, información que permite conocer el vínculo o asociación que mantiene la población de 15 años o más de edad con las etnias o pueblos originarios del país, *debido a este hecho, esta información, por sí sola, no muestra la situación de los pueblos indígenas del país; no obstante su interrelación con otras variables (área de residencia, idioma, etc.) puede en cierto modo presentar un panorama acerca de la situación social, económica y cultural de la población indígena del país*" (*ibid.*, p. 157). A ello se agrega la precisión hecha por Rafael Loayza Bueno cuando acertadamente afirma que el sentirse indígena cultural o racialmente "tiene más que ver con la visión del 'clasificador' que con la identidad propia del colectivo", por lo que a tiempo de criticar el trabajo desarrollado por el INE sostiene la necesidad de diferenciar entre dos tipos de autoidentificación: la étnica, por un lado, y la racial, por el otro. "La diferencia en la percepción de ambas se torna crucial para entender el comportamiento social del problema indígena. Primero; el Censo indagó sobre el origen étnico de los encuestados sin proponer una alternativa al mestizaje, obligando a los encuestados a inscribirse en una de las fórmulas enlistadas (aymara, quechua o guaraní). Segundo, siendo que lo étnico tiene un significado fuertemente cultural antes que racial, el resultado de la consulta indagó sobre el ascendiente de los ciudadanos antes que sobre su identidad cultural o racial" (en *Halajtayata, Etnicidad y Racismo en Bolivia*, La Paz, FUNDEMOS / Fundación Hanns Seidel Stiftung eV / Garza Azul, 2004, p. 149).

Panorama aun más complejo si se toman en cuenta las palabras de Dick E. Ibarra Grasso cuando sostiene: "...los quichuas y aymaras no son razas sino grupos lingüísticos; pueblos incluso de origen muy distinto hoy hablan esas lenguas, y acaso la mayoría lo hacen porque las han aprendido en época reciente, incluso durante la Colonia para muchos de los núcleos hablantes de la lengua quichua [...] En segundo lugar, en Bolivia no existen pueblos originariamente de 'raza' quichua; los que hoy hablan esa lengua la hablan porque les fue impuesta, primero por la conquista Incaica y luego por la dominación española, que tuvo interés en difundir esa lengua como medio de comunicación general, ante la imposibilidad de enseñar el español [...] Existen sin duda alguna, en Bolivia, numerosos individuos descendientes de los quichua peruanos (mejor diremos Chinchas), tanto cuzqueños como provenientes de *mitimaes* incaicos, y también de las mitas españolas, pero por verdaderos quichuas originarios son del Perú, y allí eran los Chinchas, los Huancas y los Chancas quienes hablaban originariamente esa lengua; en el mismo Cuzco se hablaba originariamente la lengua aymara, y el uso del quichua fue impuesto por voluntad del Inca Huaricocha [...] Algo semejante sin duda ha ocurrido con la lengua aymara. Algunos siglos antes de la expansión Incaica se desarrolló la civilización de Tiahuanacu, y ella tuvo también su momento de expansión, por cierto más duradera que la Incaica si juzgamos por el número de los restos arqueológicos que nos han dejado unos y otros. Junto con esa expansión se difundió la lengua aymara, como posteriormente la quichua, e indudablemente muchos pueblos que originariamente hablaban de otras lenguas fueron entonces aymarizados". (En *Pueblos indígenas de Bolivia*, La Paz, Editorial Juventud, 1997, 2a. ed., pp. 27-29).

5. Peter Häberle, *El Estado Constitucional*, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú / Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, No. 47, 2003, p. 3.

6. *Ibid.*

Adicionalmente, corresponde resaltar que una Constitución, para poder ser considerada como tal, ciertamente debe reunir tres rasgos esenciales como sostiene Rodríguez-Zapata: "...formación democrática, carácter solemne y finalidad de ser tutela efectiva y real de la libertad [...] Si a un texto constitucional le falta alguna de estas características no se está ante una Constitución real, sino ante una Constitución de fachada o ante un gobierno constitucional pervertido".⁷

La Constitución viene a ser, en la actualidad, la encargada de reducir a unidad la heterogeneidad existente en el Estado que se manifiesta en lo social, lo político, lo religioso o lo económico, entre otros ámbitos. Para lograr este objetivo, en lo jurídico, es fundamental que la Constitución goce de real supremacía en el ordenamiento jurídico y tenga afianzada su fuerza normativa.⁸

En este sentido, la jurisprudencia generada por el Tribunal Constitucional boliviano con anterioridad a la vigencia de la nueva Constitución había precisado el contenido del principio de supremacía constitucional, por ejemplo, en la Sentencia Constitucional 0031/2006 de 10 de mayo de 2006,⁹ al sostener que:

El principio de supremacía constitucional significa que el orden jurídico y político del Estado está estructurado sobre la base del imperio de la Constitución Política del Estado que obliga por igual a todos, gobernantes y gobernados. Dentro del orden jurídico, la Constitución Política del Estado ocupa el primer lugar, constituyéndose en la fuente y fundamento de toda otra norma jurídica, por lo que toda ley, decreto o resolución debe subor-

7. Jorge Rodríguez-Zapata, *Teoría y práctica del Derecho Constitucional*, Madrid, Tecnos, 1996, p. 109.

8. En cuanto a los antecedentes en el Derecho Constitucional, cabe tener presente la precisión que efectúa Jorge Asbun al afirmar: "Si bien dicha supremacía estuvo presente desde los albores mismos del Estado liberal-democrático, ya que todos los teóricos de éste así lo señalaron, solo décadas después se incorporarían en las constituciones artículos que en forma expresa lo concretarían" (en *Derecho Constitucional general. Conceptos jurídicos básicos*, Santa Cruz de la Sierra, El País, 2004, 4a. ed., p. 71). A ello se agrega lo sostenido por Willman Durán Rivera cuando, con relación a los antecedentes históricos del principio de supremacía constitucional, señala: "...fue plasmado por primera vez en la Constitución Federal de 1787 de Estados Unidos, que en el art. VI.2 determinaba que: 'Esta Constitución, y las leyes de los Estados Unidos que se expidan con arreglo a ella, y todos los tratados celebrados o que se celebren bajo la autoridad de los Estados Unidos, serán la suprema ley del país y los jueces de cada Estado estarán obligados a observarlos, a pesar de cualquier cosa en contrario que se encuentre en la Constitución o las leyes de cualquier Estado' (en *Principios, derechos y garantías constitucionales*, Santa Cruz, El País, 2005, p. 93); posición coincidente con la de Humberto Nogueira Alcalá cuando señala: "En la realidad, serán los padres del constitucionalismo norteamericano de fines del siglo XVIII, entre ellos fundamentalmente Hamilton y Madison, los que precisarán el principio de Constitución como norma jurídica fundamental del ordenamiento jurídico del Estado, de lo que quedará constancia en los *Federalist Papers*..." (en *La Justicia y los Tribunales Constitucionales de Indoiberoamérica del Sur. En la alborada del siglo XXI*, Santiago, Lexisnexis, 2005, p. 14). Desde mi punto de vista las tres citas permiten una mejor aproximación al antecedente constitucional a partir del cual se irradió la supremacía de la Constitución a las constituciones latinoamericanas, incluida entre estas la boliviana.

9. <http://www.tribunalconstitucional.gov.bo/resolucion14058.html>, magistrada relatora Dra. Elizabeth Iñiguez de Salinas.

dinarse a ella. Lógicamente, la propia Constitución Política del Estado debe prever mecanismos e instituciones que garanticen su cumplimiento, sino su primacía quedaría como una declaración formal, porque siempre podría existir una autoridad u órgano de poder que incumpla sus preceptos...

También en el ámbito doctrinal boliviano resalta el énfasis en la supremacía de la Constitución con relación al ordenamiento jurídico, en particular a través de los conceptos que de ésta nos brindaron, por ejemplo, Ciro Félix Trigo¹⁰ y Alipio Valencia Vega¹¹ o en el que emplea Pablo Dermizaki.¹²

Supremacía constitucional que también se la encuentra en el ámbito normativo siendo un ejemplo incontrastable al haberse previsto expresamente en la Constitución de 2 de febrero de 1967 en su Parte Cuarta, bajo el nome iuris de “*Primacía y Reforma de la Constitución*” (n. a.: las cursivas son nuestras), el Título Primero denominado “*Primacía de la Constitución*” cuyo artículo 228 señalaba que:

La Constitución Política del Estado es la ley suprema del ordenamiento jurídico nacional. Los tribunales, jueces y autoridades la aplicarán con preferencia a las leyes, y éstas con preferencia a cualquier otras resoluciones (n. a.: las cursivas son nuestras).

Norma que había superado varias décadas de vigencia sin ser objeto de mayores modificaciones en las reformas constitucionales de 1993-1994, 2002-2004 y 2005,¹³

-
10. “...la Constitución *es la ley fundamental o superley* conforme a la cual se organizan los poderes públicos, se regulan los derechos y libertades individuales y se limita la acción del poder público; es la expresión jurídica del régimen del Estado, sujeto a limitaciones en el ejercicio de sus poderes y se la concibe como el mejor sistema de *garantías* contra la arbitrariedad y el despotismo de gobernantes” (n. a.: las cursivas son nuestras). Ciro Félix Trigo, *Derecho Constitucional Boliviano*, La Paz, Fondo Editorial de la Biblioteca y Archivo Histórico del Honorable Congreso Nacional / Atenea, 2003, 2a. ed., p. 63.
 11. “...la Constitución *es la norma o conjunto de preceptos fundamentales* de una sociedad jurídica y políticamente organizada. La ‘constitución’ es ley fundamental, porque ella establece primariamente la formación y el desarrollo del Estado y es de la Constitución de la que deriva por grados, todo el resto del orden normativo o jurídico del Estado” (n. a.: las cursivas son nuestras). Alipio Valencia Vega, *Desarrollo del Constitucionalismo*, La Paz, Editorial Juventud, 1971, p. 47.
 12. “Una constitución es el Código, norma o *ley fundamental* de un país que determina la estructura jurídico-política del Estado, la forma o sistema de su gobierno y los derechos y deberes de la población” (n. a.: las cursivas son nuestras). Pablo Dermizaky Peredo, *Derecho Constitucional*, Cochabamba, Editorial Alexander, 2002, 6a. ed., p. 47. Corresponde resaltar las palabras de Jorge Asbun (en *Derecho Constitucional general*, p. 65) cuando califica las normas de la constitución como “generadoras y legitimadoras del resto de la producción normativa”, aclarando en nota al pie No. 13 el errado uso como sinónimos de Constitución los términos *Carta Magna*, *Ley de Leyes*, *Ley Suprema*, *Ley Fundamental* y *Carta Fundamental* destacando, con relación a los tres últimos, que quienes lo emplean lo hacen con el fin de resaltar, precisamente, su supremacía. Ver también Manuel García Pelayo, *Derecho Constitucional Comparado*, Madrid, Alianza, 1984, pp. 100 y 101.
 13. Ver Marcelo Galindo de Ugarte, *Constituciones Bolivianas Comparadas 1826-1967*, Colección Jurídica Guttentag, La Paz, Los Amigos del Libro, 1991, pp. 633 y 634. También Ciro Félix Trigo, *Las Constituciones de Bolivia*, adiciones y actualización (1961-2002) de Jorge Antonio Asbún Rojas, La Paz, Fondo Editorial de la Biblioteca y Archivo Histórico del Honorable Congreso Nacional / Atenea, 2003, 2a. ed., pp. 778 y ss.

reflejando a su vez la estrecha relación con el constitucionalismo en la región¹⁴ y permitiendo que se genere una asimilación creciente que se ve reflejada, con redacción distinta pero idéntica esencia, en la Quinta Parte “Jerarquía Normativa y Reforma de la Constitución” del nuevo texto constitucional bajo el Título Único denominado “*Primacía y Reforma de la Constitución*” (n. a.: las cursivas son nuestras), donde el artículo 410 establece que:

Artículo 410. I. *Todas las personas, naturales y jurídicas, así como los órganos públicos, funciones públicas e instituciones, se encuentran sometidos a la presente Constitución.*

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

1. *Constitución Política del Estado.*

2. Los tratados internacionales.

3. Las leyes nacionales, los estatutos autonómicos, las cartas orgánicas y el resto de legislación departamental, municipal e indígena.

4. Los decretos, reglamentos y demás resoluciones emanadas de los órganos ejecutivos correspondientes (n. a.: las cursivas son nuestras).¹⁵

14. El artículo 82 de la Constitución Política del Estado de 1851 señalaba: “El Poder Judicial reside en la Corte Suprema, en las Superiores y Juzgados de la República. A ellos pertenece privativamente la potestad de juzgar y aplicar esta Constitución con preferencia a las demás leyes, y las leyes con preferencia a otras resoluciones”. Norma que en el transcurso de las reformas que le sucedieron fueron ampliando el ámbito explícito de sometimiento a la Constitución hasta llegar a la redacción señalada del artículo 228 de la Constitución de 1967. También es importante tener presente las palabras de Humberto Nogueira Alcalá cuando, al referirse a este tema en el ámbito indoiberoamericano, señala que: “Las Constituciones a partir de la segunda mitad del siglo XX se han transformado en *norma jurídica de aplicación directa e inmediata*, dotando a la Carta Fundamental de auténtica *fuera normativa* sobre gobernantes y gobernados, lo que bien es una novedad para algunos países europeos, ello constituía una regla vigente en Norteamérica y en algunos países de América Latina como Colombia y Venezuela durante el siglo XIX, en éstos el juez se entendía más fuertemente vinculado a la Constitución que a la ley, por lo que consideraban inaplicable o nula la ley que contradecía la Carta Fundamental” (en *La Justicia y los Tribunales Constitucionales de Indoiberoamérica del Sur*, p. 15).

15. Es importante resaltar que en el marco del conflictivo proceso de elaboración de la nueva Constitución, el partido en gobierno llevó a cabo una reunión de la Asamblea Constituyente con los constituyentes oficialistas impidiendo, con un grupo de gente movilizada para ese fin, el ingreso de los constituyentes de la oposición rodeando las instalaciones en las que se desarrolló. En dicha reunión se elaboró un texto de artículo 410 para la Constitución que señalaba: “La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico boliviano y goza de primacía frente a cualquier otra disposición normativa. La aplicación de las normas jurídicas se regirá por la siguiente jerarquía: 1o. La Constitución. 2o. Las leyes y los tratados internacionales. 3o. Los decretos supremos. 4o. Las normas departamentales, regionales y municipales. 5o. Normas de carácter administrativo”. Lo llamativo era que no se incluía en esa jerarquía a las normas de los pueblos indígenas, originarios y campesinos, adicionalmente a tenerse previsto como texto de artículo 193 que: “I. Toda autoridad pública o persona acatará

Como se puede apreciar de la jurisprudencia, la doctrina y la evolución de los textos constitucionales vigentes en Bolivia, en Bolivia está fuertemente arraigada la supremacía de la Constitución, base esencial para que opere como fuente y fundamento para el desarrollo normativo local¹⁶ y se convierta en la que encauce la solución de los conflictos que se presentan en las relaciones entre los particulares y los que se dan entre éstos con los poderes públicos, en ambos casos, en un ámbito opuesto al de la violencia.¹⁷ Más aun cuando los escenarios rápidamente cambiantes y cada vez más complejos que resaltan en el primer decenio del siglo XXI, parecen constituirse en la pauta de cómo se desarrollarán los siguientes años, lo cual exige respuestas también rápidas para la resolución de problemas constitucionales prácticos.¹⁸

Escenario en el que Bolivia no es una excepción, al contrario, se encuentra inmersa en él al ser, como señala Diego López Medina, una “sociedad fracturada” donde la disparidad de sus comunidades requiere para coexistir, entre otros aspectos, “una gran coalición detrás de la Constitución y del poder político”, y, consecuentemente, alejarse de lo que comúnmente se ha intentado en otras sociedades de estas características: “un tipo de constitucionalismo que la literatura política ha llamado consociacional”.¹⁹

las decisiones de la jurisdicción indígena originaria campesina. II. Para el cumplimiento de las decisiones de la jurisdicción indígena originario campesina, sus autoridades podrán solicitar el apoyo del Estado. III. El Estado promoverá y fortalecerá el sistema administrativo de la justicia indígena originaria campesina. Una ley determinará los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena originaria campesina con la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción agroambiental”. Ello derivaba en la negación de la sujeción de las normas de éstos pueblos a la Constitución convirtiendo a sus principios, valores culturales, normas y procedimientos propios (art. 191.I) en las que primaban con relación a la Constitución.

16. Esta afirmación no ignora, oculta u olvida que la supremacía de la Constitución corre el permanente riesgo de no ser observada por autoridades u órganos de poder que ceden ante afanes autoritarios. Ver Carlos Alberto Goitia Caballero, *Estado de Derecho: desafío para Bolivia en el siglo XXI*, en *Opinión y Análisis*, No. 96, *Estado de Derecho en Bolivia*, La Paz, FUNDEMOS / Fundación Hanns Seidel Stiftung eV, 2008, pp. 117-154.
17. Ello no implica desconocer ni ignorar que a lo largo de la historia de Bolivia existe un amplio número de gobernantes que accedieron a los órganos de poder cediendo ante las tentaciones de alejarse de ese marco, anteponiendo sus caprichos o discrecionales decisiones a los establecidos en los textos constitucionales.
18. Ver Konrad Hesse, en *Concepto y cualidad de la Constitución*, en la obra *Escritos de Derecho Constitucional*, selección, traducción e introducción de Pedro Cruz Villalón, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992, 2a. ed., p. 3. Ver Ricardo Guastini, “Sobre el concepto de Constitución”, en AA. VV., *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, México, Porrúa, 2002, 2a. ed., pp. 98 y 99. También considerar el concepto de “constitución viviente” sobre el cual, por ejemplo, el profesor Sagüés cita las palabras de Charles y William Beard: “La teoría de que la Constitución es un documento escrito es una ficción legal. La idea de que ella puede ser comprendida mediante el estudio de su texto y la historia de su desarrollo en el pasado es igualmente mítica. Una Constitución es lo que el gobierno y el pueblo, que gravitan en los asuntos públicos, reconocen y respetan como tal, lo que piensan que es” (en “Sobre el concepto de ‘Constitución Viviente’ (Living Constitution)”, en *Revista Argentina de Derecho Constitucional*, No. 1, directores Raúl Gustavo Ferreira y Andrés Gil Domínguez, Buenos Aires, Ediar, 2001, p. 57).
19. Diego López Medina, “Procesos Constituyentes en el Derecho comparado”, ponencia presentada en el “IX Seminario Internacional de Justicia Constitucional y Estado de Derecho”; publicada por el Tribunal

Si bien es cierto que la Constitución no es la unidad en sí misma, también lo es que su formación democrática a partir de amplios consensos establece las bases para las soluciones a los conflictos existentes de tal forma que le permite cumplir con la función de establecer y conservar la unidad política del Estado. Lógica opuesta a la imposición de planteamientos unilaterales, a la acentuación de las diferencias al grado de convertirlas en pétreas barreras o la adopción de un modelo consociativo cuyos resultados en los Estados que lo aplican no son, propiamente, exitosos.

El nuevo texto constitucional boliviano responde al segundo escenario, donde lamentablemente no se logró que sus previsiones normativas se conviertan en las que conduzcan la heterogeneidad existente a unidad con respeto por las identidades presentes en la población, así como el pleno ejercicio del derecho a la autoidentificación como componente relevante de todo Estado Constitucional y, de esta forma, superar la lógica de aplicar procesos de homogeneización de los seres humanos o de acentuación de las diferencias.

Unidad que en lo jurídico se vuelve imperiosa a partir de tenerse constitucionalmente establecida la existencia de heterogéneas fuentes de producción normativa entre las que resaltan las de los pueblos indígenas, originarios y campesinos; también por la presencia de autoridades propias de esos pueblos que administran justicia aplicando sus normas. Escenario diferente al que establecía la Constitución de 1967 según la cual la potestad legislativa era ejercida exclusivamente por el Poder Legislativo²⁰ y el Poder Ejecutivo la reglamentaría,²¹ correspondiendo al Poder Judicial la administración de justicia.²² Con la reforma llevada a cabo en 1994, en el artículo

Constitucional de la República de Bolivia. Gustavo Bonifaz resalta como características principales del modelo consociativo las siguientes: “la proporcionalidad étnico-lingüística en la conformación de gabinetes ministeriales así como en los órganos legislativo, ejecutivo, judicial y en la administración pública; la autonomía territorial y funcional para las minorías de este tipo y su derecho de veto en las decisiones colectivas que afectan a su comunidad serían las innovaciones institucionales destinadas a garantizar el ejercicio del *poder compartido* en condiciones de igualdad entre colectivos y, por sobre todo, de estabilidad política” (en “¿De la exclusión a la segmentación?: institucionalidad democrática y relaciones interétnicas en la coyuntura sociopolítica boliviana”, en Gustavo Bonifaz Moreno y Diego Ayo Saucedo, *Asamblea Constituyente: ¿hegemonía indígena o interculturalidad?*, La Paz, FES-ILDIS, 2008, p. 114. También visitar <http://diccionario.inep.org/D/DEMOCRACIA.html>).

20. “Artículo 19. Son atribuciones del Poder Legislativo: 1. Dictar leyes, abrogarlas, modificarlas e interpretarlas [...]”.
21. “Artículo 96. Son atribuciones del Presidente de la República: 1. Ejecutar y hacer cumplir las leyes, expidiendo los decretos y órdenes convenientes, sin definir privativamente derechos, alterar los definidos por ley ni contrariar sus disposiciones, guardando las restricciones consignadas en esta Constitución, [...]”.
22. “Artículo 116. El Poder Judicial se ejerce por la Corte Suprema de Justicia, las Cortes Superiores de Distrito y demás tribunales y juzgados que las leyes establecen.
La administración de justicia es gratuita, no pudiendo gravarse a los litigantes con contribuciones ajenas al ramo. No pueden establecerse tribunales o juzgados de excepción”.

171.III se reconoció a las comunidades indígenas y campesinas las potestades legislativa y reglamentaria en los siguientes términos:

Las autoridades naturales de las comunidades indígenas y campesinas podrán ejercer funciones de administración y aplicación de normas propias como solución alternativa de conflictos, en conformidad a sus costumbres y procedimientos, siempre que no sean contrarias a esta Constitución y las leyes. La Ley compatibilizará estas funciones con las atribuciones de los Poderes del Estado.

La Constitución aprobada en referéndum el 25 de enero de 2009 introdujo importantes cambios en este ámbito al caracterizar a Bolivia, en el artículo 1, como un Estado “Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, *descentralizado y con autonomías*. Bolivia se funda en la pluralidad y el pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico, dentro del proceso integrador del país” (n. a.: las cursivas son nuestras). En este contexto, conforme a lo previsto en el artículo 158.I.3 corresponde a la Asamblea Legislativa Plurinacional ejercer la atribución de “Dictar leyes, interpretarlas, derogarlas, abrogarlas y modificarlas”; al órgano Ejecutivo a partir del Presidente de la República, conforme lo prevé el artículo 172 en sus numerales 1, 7 y 8, le corresponde las atribuciones de “Cumplir y hacer cumplir la Constitución y las leyes”, “promulgar las leyes sancionadas por la Asamblea Legislativa Plurinacional”, y “Dictar decretos supremos y resoluciones”, respectivamente. Al Órgano Judicial, la de administrar justicia tal como lo prevé el artículo 179.I “La función judicial es única. La jurisdicción ordinaria se ejerce por el Tribunal Supremo de Justicia, los tribunales departamentales de justicia, los tribunales de sentencia y los jueces; la jurisdicción agroambiental por el Tribunal y jueces agroambientales; la jurisdicción indígena originaria campesina se ejerce por sus propias autoridades; existirán jurisdicciones especializadas reguladas por ley”.

Otro cambio que resalta en el nuevo texto constitucional con relación a la Constitución de 1967 y sus reformas es el reconocimiento de potestades legislativas y reglamentarias, además de las señaladas a nivel nacional, a otros niveles de gobierno tal como lo prevé el artículo 272 donde se establece que: “La autonomía implica la elección directa de sus autoridades por las ciudadanas y los ciudadanos, la administración de sus recursos económicos, y el ejercicio de las facultades legislativa, reglamentaria, fiscalizadora y ejecutiva, por sus órganos del gobierno autónomo en el ámbito de su jurisdicción y competencias y atribuciones” (n. a.: las cursivas son nuestras). Es decir, se reconoce que la autonomía implica poder ejercer potestades legislativas y reglamentarias en un ámbito territorial determinado menor al nacional: departamental, regional (con potestad únicamente reglamentaria), municipal e indígena originaria y campesina. Sin embargo, el ejercicio de esas potestades no es irres-

tricto, entre otros aspectos, porque cada régimen autonómico está sujeto a lo establecido en una Ley Marco de Autonomía y Descentralización tal como lo establece el artículo 271 que señala:

I. La Ley Marco de Autonomías y Descentralización regulará el procedimiento para la elaboración de Estatutos autonómicos y Cartas Orgánicas, la transferencia y delegación competencial, el régimen económico financiero, y la coordinación entre el nivel central y las entidades territoriales descentralizadas y autónomas.

II. La Ley Marco de Autonomías y Descentralización será aprobada por dos tercios de votos de los miembros presentes de la Asamblea Legislativa Plurinacional.

También, porque el nuevo texto constitucional despliega una clasificación de la distribución de las competencias entre lo nacional y los ámbitos autonómicos: privativas, exclusivas, concurrentes y compartidas²³ y, dentro de las primeras, es decir, las privativas (“cuya legislación, reglamentación y ejecución no se transfiere ni delega, y están reservadas al nivel central del Estado”) se encuentra, conforme lo prevé el artículo 298.I.21, la “Codificación sustantiva y adjetiva en materia civil, familiar, penal, tributaria, laboral, comercial, minería y electoral”.

Por lo tanto, conforme a esta delimitación competencial ningún ámbito de autonomía podría abordar el desarrollo de su potestad legislativa en estas materias. Sin embargo, en el caso de las autonomías indígenas se encuentra una previsión contradictoria cuando el artículo 304.I.8 reconoce como competencia “exclusiva” (“aquellas en las que un nivel de gobierno tiene sobre una determinada materia las facultades legislativa, reglamentaria y ejecutiva, pudiendo transferir y delegar estas dos últimas”) la del “Ejercicio de la jurisdicción indígena originaria campesina para la aplicación de justicia y resolución de conflictos a través de normas y procedimientos propios de acuerdo a la Constitución y la ley”. Previsiones normativas que deben ser complementadas con la del artículo 190 que señala:

23. Artículo 297.

I. Las competencias definidas en esta Constitución son:

- a) Privativas, aquellas cuya legislación, reglamentación y ejecución no se transfiere ni delega, y están reservadas para el nivel central del Estado.
- b) Exclusivas, aquellas en las que un nivel de gobierno tiene sobre una determinada materia las facultades legislativa, reglamentaria y ejecutiva, pudiendo transferir y delegar estas dos últimas.
- c) Concurrentes, aquellas en las que la legislación corresponde al nivel central del Estado y los otros niveles ejercen simultáneamente las facultades reglamentaria y ejecutiva.
- d) Compartidas, aquellas sujetas a una legislación básica de la Asamblea Legislativa Plurinacional cuya legislación de desarrollo corresponde a las entidades territoriales autónomas, de acuerdo a su característica y naturaleza. La reglamentación y ejecución corresponderá a las entidades territoriales autónomas.

II. Toda competencia que no esté incluida en esta Constitución será atribuida al nivel central del Estado, que podrá transferirla o delegarla por Ley.

I. Las naciones y pueblos indígena originario campesinos ejercerán sus funciones jurisdiccionales y de competencia a través de sus autoridades, y *aplicarán sus principios, valores culturales, normas y procedimientos propios*.

II. La jurisdicción indígena originaria campesina respeta el derecho a la vida, el derecho a la defensa y demás derechos y garantías establecidos en la presente Constitución (n. a.: las cursivas son nuestras).

Es decir, con las reformas de 1994 a la Constitución de 1967 se reconoció la existencia de dos niveles de generación normativa en el Estado donde las potestades legislativa y reglamentaria de los pueblos indígenas, originarios y campesinos eran verdaderamente amplias, en cambio con la nueva Constitución esas potestades se encuentran limitadas por diversas leyes que deberán desarrollarse pero, en ambos casos, coincidiendo en que en principio es a la Constitución a la que le corresponde ser la que permita conducir a unidad la heterogeneidad por ser la fuente y fundamento de todos los ámbitos de generación normativa legislativa o reglamentaria y, en particular, en lo referente a la que se reconoce a los pueblos indígenas, originarios y campesinos.

Criterio que es, por ejemplo, criticado por Ariza cuando sostiene que: “El pluralismo [jurídico, que reconoce la capacidad de generación normativa y de administración de justicia por parte de los pueblos indígenas, originarios y campesinos] es el reconocido por el Estado en la Constitución, pero el Estado se reserva la facultad, unilateralmente, de determinar la legitimidad y el ámbito de los demás derechos reconocidos”.²⁴ Crítica que lleva implícita la lógica de presentar a los pueblos indígenas, originarios y campesinos como extraños al Estado, es decir, como si aquellos no fueran parte de éste, a lo que se suma otro planeamiento, de base también errada, como es la existencia de un antagonismo fáctico entre esos pueblos y el Estado con un grado de unilateralidad y discrecionalidad a favor, exclusivamente de éste último.

Pero uno de los elementos del Estado es la población, es decir, todos los seres humanos que lo habitan independientemente de su pertenencia o no a uno u otro pueblo indígena, originario o campesino o a cualquier otro colectivo (v. gr.: usuarios, consumidores, jóvenes, etc.), lo que determina que la primera premisa de la crítica de Ariza sea errada como lo es el que en un marco democrático los habitantes de un Estado no serán partícipes de la toma de decisiones por parte de los órganos públicos; por lo tanto, los pueblos indígenas, originarios y campesinos, considerados como co-

24. Rosember Ariza Santamaría, “Armonización entre justicia ordinaria y justicia consuetudinaria. Sistematización de las experiencias internacionales: México, Guatemala, Colombia, Perú, Ecuador y Bolivia”, en *Justicia ordinaria y justicia comunitaria. ¿Un matrimonio imposible? Sistematización de propuestas de complementación en Sudamérica, Bolivia y en el marco de la Asamblea Constituyente*, La Paz, Fundación Konrad Adenauer Stiftung, 2007, p. 14.

lectivos o en la individualidad de sus integrantes, son parte del Estado y serán partícipes de los procesos de tomas de decisiones como los de elaboración de un texto constitucional. Tema diverso es la existencia de mecanismos que en democracia fortalezcan esa participación.

En el mismo sentido, lo que sería discrecional, unilateral y antidemocrático, desde mi punto de vista, es la ausencia de un texto constitucional que opere como límite a cualquier generación normativa en el Estado dando lugar, por ejemplo, a que se cuestiona el respeto al derecho fundamental a la vida, a la libertad o a la dignidad del ser humano que se encuentran en la esencia misma del concepto de Constitución.

Es diferente sostener que en un Estado constitucional no es admisible que esa “determinación” sea puramente discrecional por parte del gobernante porque se estaría ante un régimen de gobierno no democrático, un gobierno constitucional pervertido o una constitución de fachada, al no gozar de supremacía con lo que los seres humanos en general y los pueblos indígenas, originarios y campesinos, considerados como colectivos, verían desconocidos sus más elementales derechos.

Por lo tanto, a diferencia de Ariza, sostengo que si ese reconocimiento no fuera a nivel constitucional o los pueblos indígenas, originarios y campesinos estuvieran excluidos del ámbito de sometimiento a la Constitución al momento de desarrollar las suyas, no existiría pluralismo normativo en el Estado, sino ordenamientos jurídicos independientes dando lugar a la existencia de una confederación de Estados o, simplemente, Estados independientes.²⁵

JERARQUÍA DE LOS TRATADOS DE DERECHOS HUMANOS

En principio, decíamos, Bolivia tiene afianzada la supremacía de la Constitución Política del Estado en su ordenamiento jurídico. Sin embargo, antes de plantearlo como una afirmación de carácter absoluto e irrefutable, corresponde agregar al análisis a los tratados internacionales de derechos humanos a fin de identificar cuál es el nivel que tienen en el ordenamiento jurídico boliviano considerando que Bolivia es parte de la comunidad internacional²⁶ ante la cual tiene asumidos diversos compromisos que no puede ignorar.

25. Ver Norberto Bobbio, *Teoría General del Derecho*, Bogotá, Temis, 2005, 2a. ed. castellana, pp. 8-13.

26. Debe tenerse presente que, tal como lo grafican Román Castro y Miguel Gonzales, “...vivimos una época de globalización en la que cada vez más los fenómenos de un país están relacionados con los de otros países, las decisiones de un país están condicionadas por decisiones externas, y los retos que se plantean a la humanidad

Al efecto, desde un punto de vista doctrinal, se identifican cuatro posiciones con relación a la jerarquía que tienen los tratados o convenios de Derecho Internacional en general con relación a la Constitución de los Estados, a saber, 1. supraconstitucionalidad, donde se les asigna un rango superior a la Constitución; 2. constitucional, según la cual se les asigna un rango igual al de la Constitución; 3. supralegalidad, con un rango inferior a la Constitución pero superior a las leyes; y, 4. legal, en el que estos instrumentos internacionales tienen un rango igual al de las leyes y, consecuentemente, inferior a la Constitución.

También hay que tener presente los postulados de las denominadas teorías monistas, dualistas y eclécticas desarrolladas para determinar si el derecho internacional y el derecho interno de cada Estado son órdenes jurídicos distintos o si, por el contrario, integran un mismo y único orden jurídico.²⁷

En este contexto, la Constitución boliviana de 1967 permitía deducir una inclinación por la concepción monista dada la primacía al derecho interno que consagraba el principio de soberanía en el art. 1, en el art. 2 y en el art. 4 y la supremacía constitucional en el art. 228, de donde se desprendía que los tratados y convenios internacionales eran Ley de la República y, consecuentemente, gozaban de un rango legal. Esa Constitución no contenía normas expresas sobre adaptación del ordenamiento interno al Derecho Internacional General o Consuetudinario, sino un régimen para introducir el Derecho Convencional, enmarcado en el art. 59.12 referente a las atribuciones del Poder Legislativo, que disponía: “Aprobar los tratados, concordatos y convenios internacionales”, y el art. 96.2 referente a las atribuciones del Presidente de la República que señalaba la de: “Negociar y concluir tratados con naciones extranjeras; canjearlos, previa ratificación del Congreso”. El procedimiento de adaptación del Derecho Internacional Particular o Convencional boliviano era, por tanto, el de reenvío, donde el Presidente de la República negociaba y concluía los Tratados y el Congreso Nacional los ratificaba a través de una Ley, lo que significa la aprobación del instrumento convencional en su integridad, asignándole una fecha y número de Ley.

Sin embargo, esa jerarquía legal de los tratados internacionales de Derechos Humanos cambió con la posición asumida por el Tribunal Constitucional boliviano

no tienen solución en el marco de un solo Estado, sino en el seno de las organizaciones internacionales en las que los Estados estén representados” (en “El Estado, realidad histórica: presente y perspectiva”, en Ramón Castro, coord., *Temas clave de ciencia política*, Colección Universitaria ESERP, México, Gestión 2000 S.A., 1995, p. 95).

27. Ver Rodrigo Javier Garrón Bozo, *Jerarquía de los tratados y del Derecho Comunitario*, La Paz, Azul, 2005, pp. 20 y ss.; Pablo Luis Manili, *El Bloque de Constitucionalidad. La Recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Derecho Constitucional Argentino*, Buenos Aires, La Ley, 2003, p. 77.

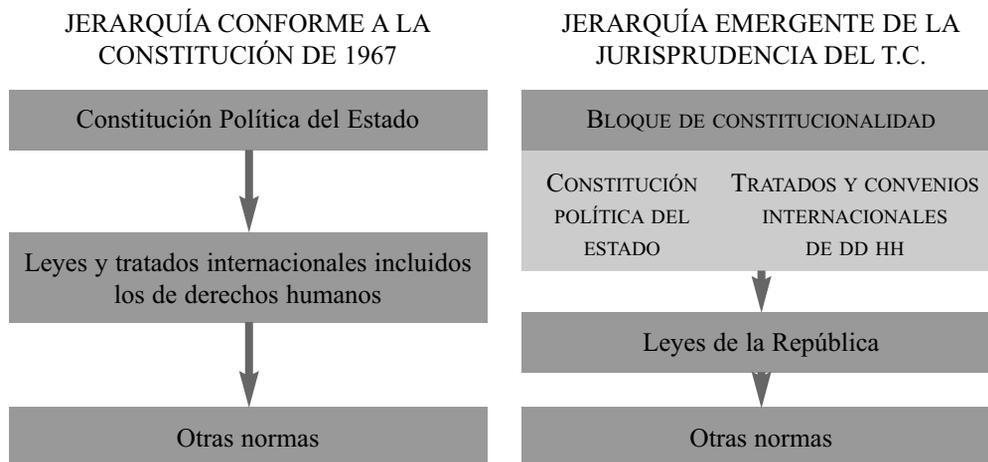
cuando, bajo la vigencia de la Constitución de 1967 y sus reformas, incorporó a través de su jurisprudencia el concepto de “bloque de constitucionalidad”²⁸ en el ordenamiento jurídico boliviano, por ejemplo, con la Sentencia Constitucional No. 102/03 de 4 de noviembre de 2003,²⁹ seguida por otras como la No. 0045/2006 del 2 de junio de 2006³⁰ en las que determinó que esos tratados internacionales tenían igual jerarquía que la Constitución a partir de la aplicación del artículo 35 de la Constitución que señalaba:

Artículo 35. Las declaraciones, derechos y garantías que proclama esta Constitución no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enunciados que nacen de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno.

A través de ese mecanismo las normas de la Constitución quedaron equiparadas a las contenidas en los tratados y convenios internacionales de Derechos Humanos de tal forma que esa supremacía constitucional no quedó restringida a las primeras.

-
28. A fin de aclarar lo que es el bloque de constitucionalidad cabe tomar en cuenta las palabras de Pablo Luis Manili cuando analizando el caso argentino, sostiene que: “se trata de una denominación creada en Francia a partir de una decisión adoptada por el Consejo Constitucional en 1970 y tomada luego por el Tribunal Constitucional Español en 1982, y por la Corte Suprema de Justicia de Panamá en 1990. De allí, el término fue tomado e introducido en la doctrina nacional [refiriéndose a la argentina] por Bidart Campos en 1995 y luego seguida por diversos autores. En esos países se considera dentro de ese bloque a ciertas normas que están fuera de la constitución, pero que comparten con ésta su posición privilegiada dentro del ordenamiento jurídico. La diferencia aparece en el tipo de normas que incorporan al bloque: en esos tres países ingresan al bloque distintas normas de derecho interno, mientras que en Argentina ingresan al bloque ciertos instrumentos internacionales de derechos humanos, es decir: esas normas no provienen de nuestro derecho, sino de una fuente exterior como es el derecho internacional” (en *El Bloque de Constitucionalidad. La Recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Derecho Constitucional Argentino*, pp. 186-187).
29. “Que, conforme ha establecido este Tribunal Constitucional a través de la interpretación integradora, los tratados, convenciones y declaraciones en materia de derechos humanos forman parte del ordenamiento jurídico del Estado como parte del bloque de constitucionalidad, entonces se convierten también en parámetros del juicio de constitucionalidad de las disposiciones legales impugnadas; en ese marco se pasa a someter a juicio de constitucionalidad las disposiciones legales esgrimidas con las normas de los tratados, convenciones o declaraciones internacionales invocados, como lesionados, por los solicitantes que se promueva el recurso”. <http://www.tribunalconstitucional.gov.bo/resolucion14197.html>, magistrada relatora Dra. Martha Rojas Álvarez.
30. “De la jurisdicción glosada, se deduce que el bloque de constitucionalidad en Bolivia lo conforman, además del texto de la constitución, los tratados y las declaraciones y convenciones internacionales en materia de derechos humanos ratificados; de lo expuesto queda claro que no todo tratado, declaración convención o instrumento internacional es parte del bloque de constitucionalidad, sino solo aquellos referidos a los derechos humanos; dicha comprensión es posible, como lo explica la jurisprudencia glosada, por la cláusula abierta prevista por el artículo 35 de la CPE, ya que tal como la doctrina de otros países de la región concibe, solo es posible aceptar a las normas internacionales dentro del bloque de constitucionalidad, cuando existe una permisión expresa en la Constitución”. <http://www.tribunalconstitucional.gov.bo/resolucion14197.html>, magistrada relatora Dra. Silvia Salame Farjat. También, las Sentencias Constitucionales No. 1662/2003 de 17 de noviembre de 2003; 1420/2004 de 6 de septiembre de 2004; 790/2006 de 15 de agosto de 2006; 1494/2003 de 22 de octubre de 2003 y 1662 de 17 de noviembre de 2003.

VARIACIÓN DE LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL



En el nuevo texto constitucional esta jerarquía fue nuevamente modificada. Podría colegirse erradamente que afirmó la supremacía de la Constitución dejando en un nivel legal a los tratados y convenios internacionales de Derechos Humanos a partir de la discrecional conformación de un bloque de artículos integrado por:

- El artículo 410.I que señala: “Todas las personas, naturales y jurídicas, así como los órganos públicos, funciones públicas e instituciones, se encuentran sometidos a la presente Constitución”;
- La primera oración del párrafo II del artículo 410 en el que se lee: “La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico boliviano y goza de primacía frente a cualquier otra disposición normativa”;
- La tercera oración del párrafo II del artículo 410 en el que se sostiene que: “La aplicación de las normas jurídicas se regirá por las siguiente jerarquía, de acuerdo a las competencias de las entidades territoriales: 1. Constitución Política del Estado. 2. Los tratados internacionales. 3. Las leyes nacionales, los estatutos autonómicos, las cartas orgánicas y el resto de legislación departamental, municipal e indígena. 4. Los decretos, reglamentos y demás resoluciones emanadas de los órganos ejecutivos correspondientes”;
- Lo previsto en los párrafos I y III del artículo 14 en los que se señala, respectivamente que: “Todo ser humano tiene personalidad y capacidad jurídica con arreglo a las leyes y goza de los derechos reconocidos por esta Constitución, sin distinción alguna”, y, “El Estado garantiza a todas las personas y colectividades, sin discriminación alguna, el libre y eficaz ejercicio de los de-

rechos establecidos en esta Constitución, las leyes y los tratados internacionales de derechos humanos”; y,

- Finalmente, lo previsto en el párrafo I del artículo 257 en el que se afirma que: “Los tratados internacionales ratificados forman parte del ordenamiento jurídico interno con rango de ley”.

Conjunto de normas constitucionales que darían lugar a sostener la jerarquía legal y, consecuentemente, infraconstitucional de los tratados internacionales de derechos humanos lo cual, graficado, se traduciría de la siguiente forma:

**ERRADA PERCEPCIÓN DE SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL
CONFORME A LOS ARTÍCULOS MENCIONADOS
DEL NUEVO TEXTO CONSTITUCIONAL**



Sin embargo, insisto, sería errado pensar que esa jerarquía normativa encuentra a la Constitución con un rango jerárquicamente superior porque implicaría desconocer los artículos que determinan una jerarquía constitucional a los tratados y convenios internacionales de derechos humanos en el ordenamiento jurídico boliviano. Específicamente me refiero:

- Al párrafo IV del artículo 13 donde se señala que: “Los tratados y convenios internacionales ratificados por la Asamblea Legislativa Plurinacional, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los Estados de Excepción prevalecen en el orden interno. *Los derechos y deberes consagrados en esta Constitución se interpretarán de conformidad con los Tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Bolivia*”; y,
- La segunda oración del párrafo II del artículo 410 en el que se señala: “*El bloque de constitucionalidad está integrado por los Tratados y Convenios in-*

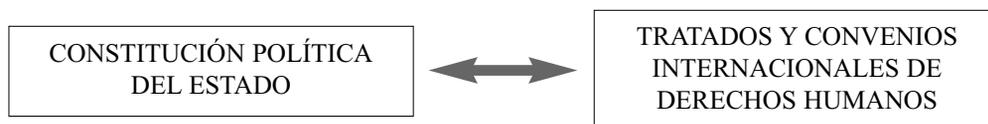
ternacionales en materia de Derechos Humanos y las normas de Derecho Comunitario, ratificados por el país”.

Ambas normas derivan en reconocer que el bloque de constitucionalidad no solo está integrado por la Constitución, sino que también lo integran los tratados y convenios internacionales en materia de Derechos Humanos ratificados por el país, adquiriendo éstos últimos una jerarquía constitucional tal como en su momento lo había establecido el Tribunal Constitucional boliviano. Como sostiene Manili al analizar el caso argentino, pero en un sentido plenamente aplicable al caso boliviano, se tendría que:

Existen, por lo tanto, normas que están dentro y otras que están fuera de la constitución, pero todas ellas tienen la misma jerarquía normativa, y, en conjunto y armónicamente, sirven de parámetro para el control de constitucionalidad de las normas inferiores. Las normas del derecho internacional de los derechos humanos que se han incorporado al bloque permanecen afuera de la constitución, pero en el mismo rango jerárquico: no se incluyen en la constitución misma, sino que en el bloque de constitucionalidad.³¹

Graficando este escenario tendríamos:

BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD



En la misma línea de razonamiento se encuentra el “Derecho Comunitario”³² que se integró, conforme a lo previsto en el parágrafo II del artículo 410 del nuevo texto

31. Pablo Luis Manili, *El Bloque de Constitucionalidad. La Recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Derecho Constitucional Argentino*, p. 337.

32. Es importante señalar que el artículo 257 del texto constitucional señala:

“I. Los tratados internacionales ratificados forman parte del ordenamiento jurídico interno con rango de ley.

II. Requerirán de aprobación mediante referéndum popular vinculante previo a la ratificación los tratados internacionales que impliquen:

1. Cuestiones limítrofes.

2. Integración monetaria.

3. Integración económica estructural.

4. Cesión de competencias institucionales a organismos internacionales o supranacionales, en el marco de procesos de integración”.

Previsión que no altera el conjunto de normas provenientes de la Comunidad Andina, por ejemplo, vigentes en Bolivia desde la creación de aquella.

constitucional, al bloque de constitucionalidad: “...El bloque de constitucionalidad está integrado por los Tratados y Convenios internacionales en materia de Derechos Humanos y *las normas de Derecho Comunitario*, ratificados por el país...” (n. a.: las cursivas son nuestras).

No es relevante, en este caso, si las normas del Derecho Comunitario versan sobre Derechos Humanos o no, porque conforme a lo previsto en la nueva Constitución pasan a integrar directamente el bloque de constitucionalidad de tal forma que el anterior gráfico quedaría modificado de la siguiente forma:

BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD



Cabe traer a colación la existencia del “principio de primacía del Derecho Comunitario” que es resaltada por Garrón señalando que: “En el caso de la CAN, el TJC reforzó este principio a través de la *S. Volvo No. 1-IP-87*, al indicar que ‘el ordenamiento jurídico de la integración andina prevalece en su aplicación sobre las normas internas o nacionales, por ser característica esencial del Derecho Comunitario, como requisito básico para las construcción integracionista’. Asimismo, a través de la *S. Stauffer Chemical Company No. 1-IP-88*, se consolidó el efecto directo de la normativa comunitaria andina.³³

En todo caso, sostener que en la Constitución los tratados internacionales de Derechos Humanos y el Derecho Comunitario tienen igual jerarquía en el ordenamiento jurídico boliviano sería, nuevamente, errado porque implicaría ignorar, además de lo manifestado, lo previsto en el artículo 256 del nuevo texto constitucional cuyo contenido es fundamental para este análisis ya que en él se señala que:

I. Los tratados e instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que hayan sido firmados, ratificados o a los que se hubiera adherido el Estado, que declaren derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, se aplicarán de manera preferente sobre ésta.

33. Rodrigo Javier Garrón Bozo, *Derecho Comunitario*, La Paz, Cima, 2004, p. 32.

II. *Los derechos reconocidos en la Constitución serán interpretados de acuerdo a los tratados internacionales de derechos humanos cuando éstos prevean normas más favorables* (n. a.: las cursivas son nuestras).

Es decir, en el propio texto constitucional se reconoce expresamente un nivel jerárquico superior de tratados “e instrumentos” internacionales en materia de derechos humanos con relación al reconocido a la propia Constitución Política del Estado boliviano.

Nuevamente se altera el gráfico anterior, con esta previsión, de la siguiente forma:

**JERARQUÍA NORMATIVA CONFORME AL NUEVO
TEXTO CONSTITUCIONAL**



Ésta es, en definitiva, la jerarquía normativa que impera en el ordenamiento jurídico boliviano a partir de lo establecido en el nuevo texto constitucional. Cabe precisar que se está ante un tratado internacional de Derechos Humanos, como sostiene Carlos Ayala³⁴ luego de un minucioso análisis sobre el tema, en el siguiente caso:

...los tratados que tiene por objeto y propósito la protección de los derechos que emanan de la dignidad de la persona humana son tratados relativos a los derechos humanos. Tal es el caso de los tratados sobre derechos humanos tanto del sistema universal (ONU) como el Sistema Interamericano (OEA). Sin embargo, en otros casos, aunque los tratados no

34. Carlos M. Ayala Corao, *Las consecuencias de la jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos*, en www.internationaljusticeproject.org/

tienen el objeto propio de reconocer derechos humanos, sí tienen por propósito la protección de las víctimas de violación de los derechos humanos o asegurar la investigación y sanción de los responsables de los crímenes internacionales contra los derechos humanos. Tal es el caso del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (CPI) (n. a.: las cursivas son nuestras).

Por otra parte, tanto la nueva Constitución como el Tribunal Constitucional boliviano en la Sentencia Constitucional No. 0045/2006 del 2 de junio de 2006 hacen énfasis en que no todo tratado, declaración convención o instrumento internacional es parte del bloque de constitucionalidad, sino solo aquellos referidos a los derechos humanos además de tener que ser únicamente los “ratificados, firmados o a los que se hubiera adherido el Estado” en apego a una tesis monista.

Pero esa insistencia no anula el hecho de que la conformación del bloque de constitucionalidad y la supraconstitucionalidad de los tratados de derechos humanos traen consigo instituciones de gran trascendencia como es el derecho consuetudinario³⁵ (comprendiendo la práctica generalizada y la *opinio juri*) y el *jus cogens*³⁶ en los que queda en segundo plano si el Estado ratificó, firmó o se adhirió a uno u otro tratado o instrumento internacional de Derechos Humanos porque, sin cumplirse este procedimiento, varios tratados, convenios y declaraciones integran el bloque de constitucionalidad aun cuando al momento de su elaboración carecían de carácter vinculante pero que lo adquirieron con el tiempo. Ejemplos de ello los tenemos con la Decla-

35. Ver AA. VV., *Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los Sistemas Universal e Interamericano*, Bogotá, Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2004, p. 67. En esta obra se sostiene:

“Dos elementos son imprescindibles para la formación de una norma de derecho consuetudinario, a saber: la práctica generalizada y la *opinio juris*. Si bien no existe una regla clara y categórica que permita determinar cuándo una práctica es generalizada, se reconocen algunas pautas. Por una parte, no es preciso que una norma sea aceptada unánimemente por la comunidad de naciones para adquirir obligatoriedad, y por otra, su aceptación por una simple mayoría no es suficiente. La representatividad de los Estados que aceptan una regla también es un factor importante, pues para formar parte del derecho internacional consuetudinario la norma debe recibir una acogida favorable, si no de parte de todos los países, al menos de países de todos los sistemas jurídicos y regiones geopolíticas”.

La aceptación de una regla en la práctica de un Estado puede manifestarse expresa o tácitamente, incluso por la aquiescencia ante los actos o pronunciamientos de otro Estado o de una organización internacional que le afecte. En el ámbito de los derechos humanos, cada vez que un órgano internacional competente concluye que un Estado ha violado una determinada norma, o lo invita a representarla, y el Estado no rechaza su obligatoriedad, éste acepta implícitamente la obligatoriedad de dicha norma. Asimismo, cada voto de un país a favor de una resolución o un informe que establece la violación de una norma perpetrada por algún país, o que invita a aun país a respetar una determinada norma, también constituye un reconocimiento de la obligatoriedad de la misma. Hoy en día se reconoce que una norma puede adquirir obligatoriedad en un “período de tiempo relativamente corto, quizás algunos pocos años, siempre que se compruebe su aceptación no solo en el plano retórico sino también en la práctica de los Estados”.

36. Sobre el tema la Corte Interamericana de Justicia ha sostenido:

ración Universal de Derechos Humanos o la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.³⁷ Así lo ha establecido, por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos al haber incorporado la expresión “*corpus iuris* de los derechos humanos” a través de la Opinión Consultiva OC-16/1999.³⁸

Por otra parte, es necesario dilucidar cuál es la jerarquía en el ordenamiento jurídico boliviano de los tratados internacionales que no son de derechos humanos. Ello,

“...En particular, es menester reconocer una distinción fundamental entre las obligaciones de un Estado hacia la comunidad internacional en su totalidad, y sus obligaciones frente a otro Estado (...) Por su naturaleza las primeras interesan a todos los Estados. Habida cuenta de la importancia de los derechos de que trata, todos los Estados tienen un interés jurídico en su protección; son obligaciones *erga omnes*.

En el derecho contemporáneo, tales obligaciones surgen de la prohibición de hechos de agresión y de genocidio, y también de los principios y las reglas relativos a los derechos básicos de la persona humana, incluyendo la protección contra la esclavitud y la discriminación racial. Algunos de los derechos correspondientes a protección forman parte del *corpus* del derecho internacional general; otros emanan de instrumentos internacionales de carácter universal o casi universal.

La definición de *jus cogens* la encontramos en el art. 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados que señala:

53. Tratados que están en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (“*jus cogens*”). Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que solo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter”.

La Corte Interamericana de Justicia ha señalado:

“Los actos en cuestión no solamente deben constituir una práctica establecida, sino también deben tener tal carácter, o realizarse de tal forma, que demuestren la creencia de que dicha práctica se estima obligatoria en virtud de una norma jurídica que la prescriba. La necesidad de tal creencia, es decir, la existencia de un elemento subjetivo, se halla implícita en el propio concepto de *opinio juris sive necessitatis*. El Estado interesado debe sentir que cumple con lo que supone una obligación jurídica. Ni la frecuencia, ni el carácter habitual de los actos, es en sí suficiente”. CIJ asunto Plataforma del Mar del Norte, sentencia, ICJ Reports, 1969, p. 44, citado en E. Jiménez de Arechaga, *El derecho internacional contemporáneo*, Madrid, Tecnos, 1980, p. 30.

Ver AA. VV., *Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los Sistemas Universal e Interamericano*, pp. 65-78.

37. El texto emergente de la reunión de constituyentes del oficialismo en diciembre de 2007, sin la presencia de los Constituyentes de la oposición por las causas antes anotadas, pretendía incorporar una previsión altamente nociva para el pueblo boliviano cuando señalaba como Disposición Transitoria Décima que: “Los tratados internacionales anteriores a la Constitución y que no la contradigan pasarán a formar parte del ordenamiento jurídico interno con rango de ley. En el plazo de un año desde la elección de las nuevas autoridades, el Órgano Ejecutivo denunciará y, en su caso, renegociará los tratados internacionales que sean contrarios a la Constitución”. Sin embargo, con las modificaciones logradas por la oposición en el Congreso Nacional, se brindó un escenario de mayor certidumbre al haberse modificado esa redacción y quedar, como Disposición Transitoria Novena, que “Los tratados internacionales anteriores a la Constitución y que no la contradigan se mantendrán en el ordenamiento jurídico interno, con rango de ley. En el plazo de cuatro años desde la elección del nuevo Órgano Ejecutivo, éste denunciará y, en su caso, renegociará los tratados internacionales que sean contrarios a la Constitución”. Precisión que, por cierto, no altera lo manifestado con relación a los tratados internacionales de Derechos Humanos.
38. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva No. 16, de fecha 1 de octubre de 1999 (OC-16/99), serie A: Fallos y Opiniones.

porque la lectura del nuevo texto constitucional llevaría a sostener que es legal, según lo establecido en el parágrafo II del artículo 410, donde se señala que: “*La aplicación de las normas jurídicas se regirá por las siguiente jerarquía, de acuerdo a las competencias de las entidades territoriales: 1. Constitución Política del Estado. 2. Los tratados internacionales. 3. Las leyes nacionales, los estatutos autonómicos, las cartas orgánicas y el resto de legislación departamental, municipal e indígena. 4. Los decretos, reglamentos y demás resoluciones emanadas de los órganos ejecutivos correspondientes*” (n. a.: las cursivas son nuestras).³⁹

39. La elaboración de la nueva Constitución tuvo un sinnúmero de irregularidades y desapego a las reglas que debían guiar el accionar de la Asamblea Constituyente. Uno de ellos fue la “aprobación” de un “proyecto” por los Constituyentes del partido oficialista y sus aliados sin presencia de los constituyentes de la oposición el mes de diciembre de 2007, que fue objeto de innumerables críticas por la forma de elaboración y por su contenido. Ello derivó en su corrección a partir de la generación de un pacto político entre las fuerzas oficialistas y las de oposición en el Congreso Nacional que culminó con un texto nuevo el 20 de octubre de 2008, donde las reformas introducidas por los representantes de las fuerzas de oposición fueron significativas y, entre las más destacadas, se inscriben las hechas a los artículos 13 y 410 que cambiaron la esencia al texto oficialista.

TEXTO DEL MOVIMIENTO AL SOCIALISMO	TEXTO CORREGIDO CONSENSUADO ENTRE LAS DIVERSAS FUERZAS POLÍTICAS
<p>Artículo 13. I. Los derechos reconocidos por esta Constitución son inviolables, universales, interdependientes, indivisibles y progresivos. El Estado tiene el deber de promoverlos, protegerlos y respetarlos. II. Los derechos que proclama esta Constitución no serán entendidos como negación de otros derechos no enunciados. III. La clasificación de los derechos establecida en esta Constitución no determina jerarquía alguna ni superioridad de unos derechos sobre otros.</p> <p>Artículo 410. La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico boliviano y goza de primacía frente a cualquier otra disposición normativa. La aplicación de las normas jurídicas se regirá por la siguiente jerarquía:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. La Constitución. 2. Las leyes y los tratados internacionales. 3. Los decretos supremos. 4. Las normas departamentales, regionales y municipales. 5. Normas de carácter administrativo. 	<p>Artículo 13. I. Los derechos reconocidos por esta Constitución son inviolables, universales, interdependientes, indivisibles y progresivos. El Estado tiene el deber de promoverlos, protegerlos y respetarlos. II. Los derechos que proclama esta Constitución no serán entendidos como negación de otros derechos no enunciados. III. La clasificación de los derechos establecida en esta Constitución no determina jerarquía alguna ni superioridad de unos derechos sobre otros. IV. Los tratados y convenios internacionales ratificados por la Asamblea Legislativa Plurinacional, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los Estados de Excepción prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Constitución se interpretarán de conformidad con los Tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Bolivia.</p> <p>Artículo 410. I. Todas las personas, naturales y jurídicas, así como los órganos públicos, funciones públicas e instituciones, se encuentran sometidos a la presente Constitución.</p> <p>II. La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico boliviano y goza de primacía frente a cualquier otra disposición normativa. El bloque de constitucionalidad está integrado por los Tratados y Convenios internacionales en materia de Derechos Humanos y <i>las normas de Derecho Comunitario</i>, ratificados por el país. La aplicación de las normas jurídicas se regirá por la siguiente jerarquía, de acuerdo a las competencias de las entidades territoriales:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Constitución Política del Estado. 2. Los tratados internacionales. 3. Las leyes nacionales, los estatutos autonómicos, las cartas orgánicas y el resto de legislación departamental, municipal e indígena. 4. Los decretos, reglamentos y demás resoluciones emanadas de los órganos ejecutivos correspondientes.

Sin embargo, existen argumentos que cuestionan esta afirmación, aun cuando se esté ante una norma constitucional a partir del desarrollo del Derecho Internacional donde se ha consagrado la primacía de los tratados por sobre las leyes nacionales como consecuencia de la exigencia de cooperación, coordinación, armonización e integración internacionales, que resulta imposible negar y previene la eventual responsabilidad del Estado por los actos de sus órganos internos ante la Comunidad Internacional.

Por ello, coincido con el profesor Zelada cuando, al referirse a la posición jerárquica de las normas del Derecho Internacional frente a las normas de los ordenamientos jurídicos estatales o internos, en cuanto se refiere a la regulación de las relaciones internacionales, manifiesta que la práctica en el Derecho Internacional muestra una clara posición de preeminencia del orden internacional en relación o con referencia a los ordenamientos jurídicos internos de los Estados, encontrándose ejemplos de ello en el ámbito de la Asamblea General de las Naciones Unidas, la Corte Internacional de Justicia y la Corte Permanente de Justicia Internacional, entre otras, siendo relevante el desarrollo resaltado por el citado profesor a nivel jurisprudencial.⁴⁰ También considero oportuno tener presentes las palabras del mismo profesor Zelada cuando sostiene que “El derecho y la jurisprudencia internacionales que consagran la preeminencia del ordenamiento jurídico internacional sobre los ordenamientos jurídicos internos de los estados, lo hacen en el sentido de que la misma se aplica en el ámbito internacional. Por consiguiente, no se pronuncian sobre la jerarquía normativa en el ámbito de los ordenamientos jurídicos internos en razón de que la determinación de ésta es un asunto reservado a la competencia de los sistemas jurídicos nacionales [...] Tampoco el derecho y la jurisprudencia internacionales fijan reglas o se pronuncian sobre las condiciones de aplicación de las normas internacionales en el ordenamiento jurídico de los estados, ni sobre los requisitos y procedimientos de adaptación del derecho nacional al Derecho Internacional. Estas materias corresponden, de igual manera, a la competencia de los órdenes jurídicos estatales”.⁴¹

También resultan oportunas las palabras de Manili quien, luego del análisis de las posturas dualistas, monistas y eclécticas, y la recepción del Derecho internacional general por el Derecho interno en la práctica internacional y constitucional, llega a diversas conclusiones, de las cuales rescato la siguiente:

40. Alberto Zelada Castedo, *OMC: nuevas aproximaciones a la cuestión de la adaptación del Derecho Interno al Derecho Internacional*, La Paz, 29 de diciembre de 2003, documento de estudio de la Maestría en Derecho Constitucional y Derecho Procesal Constitucional de la Universidad Andina Simón Bolívar, Subsede La Paz. Ver también Gil Carlos Rodríguez Iglesias, “La experiencia europea en la aplicación judicial del Derecho Comunitario”, en Tribunal Andino de Justicia, *La integración, el Derecho Comunitario y el Pacto Andino*, Sucre, Universidad Andina Simón Bolívar, 1997, pp. 13-97.

41. *Ibid.*

a) La influencia de las ideas monistas y dualistas sobre el derecho internacional fue prácticamente nula. En derecho internacional consuetudinario se ha consagrado el principio de primacía sobre el derecho interno, apoyado sobre cuatro patas que constituyen las cuatro patas de una mesa que lo sustenta: i) Cada Estado recepta al derecho internacional del modo en que su normativa interna lo establezca, ya que aquél impone obligaciones *de resultado*, mientras que los medios para cumplirlas serán arbitrados por el derecho interno de cada uno; ii) Un Estado no puede invocar su derecho interno para incumplir una obligación internacional; iii) El derecho interno tiene la relevancia de un simple hecho para el derecho internacional; iv) Los estados deben adecuar su legislación interna para cumplir sus compromisos internacionales [...].⁴²

De lo manifestado, no queda duda que es cuestionable la posición plasmada en el texto constitucional en sentido de otorgar primacía al ordenamiento jurídico boliviano a partir de la Constitución con relación a los tratados internacionales, asignándoles en algunos de sus artículos un nivel legal y, consecuentemente, infraconstitucional. Más aun si se tiene presente la influencia del principio *pacta sunt servanda*, la previsión del art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados⁴³ y el art. 103 de la Carta de las Naciones Unidas (Carta de San Francisco de 26 de junio de 1945).⁴⁴

De esta forma, ninguna autoridad boliviana a través de la cual se ejerza la potestad legislativa o la reglamentaria o la de administración de justicia puede ignorar, desconocer o apartarse de lo establecido en los tratados de derecho internacional en general y, en particular, de los que versan sobre derechos humanos en especial o de Derecho Comunitario, así como ningún ser humano, pertenezca o no a un colectivo, puede verse privado de los derechos que en esos instrumentos internacionales se encuentran reconocidos.

Lo afirmado adquiere particular importancia para el tema que se aborda en este trabajo porque, conforme a lo manifestado, se tiene que además de la Constitución Política del Estado tienen una jerarquía supraconstitucional e influyen directamente sobre la potestad legislativa y reglamentaria de los órganos públicos estatales y de los pueblos indígenas, originarios y campesinos, así como en la aplicación de las normas de la justicia ordinaria y de la justicia indígena. Estos instrumentos, entre otros, son:

42. Pablo Luis Manili, *El Bloque de Constitucionalidad...*, p. 104.

43. Artículo 27. “Un Estado parte en un tratado no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento del tratado” y el art. 103 de la Carta de las Naciones Unidas (Carta de San Francisco de 26 de junio de 1945).

44. Artículo 103. “En caso de conflicto entre las obligaciones contraídas por los Miembros de las Naciones Unidas en virtud de la presente Carta y sus obligaciones contraídas en virtud de cualquier otro convenio internacional, prevalecerán las obligaciones impuestas por la presente Carta”.

- La Carta de las Naciones Unidas y la Declaración Universal de los Derechos Humanos aprobadas por la Organización de Naciones Unidas;
- El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos aprobado por la Organización de Naciones Unidas;
- El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales aprobado por la Organización de Naciones Unidas;
- La Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio aprobada por la Organización de Naciones Unidas, los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y sus dos protocolos adicionales de 1977, la Convención sobre la Imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra y de Crímenes Internacionales;
- El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional aprobado por Naciones Unidas en 1998;
- La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial aprobada por la Organización de Naciones Unidas;
- La Declaración de los Derechos de los Pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas y Lingüísticas aprobada por la Organización de Naciones Unidas;
- La Convención sobre los Derechos de la Niñez de la Organización de Naciones Unidas;
- La Convención sobre la Diversidad Biológica de la organización de Naciones Unidas;
- La constitución del Fondo de Pueblos Indígenas para el Desarrollo de los Pueblos Nativos de América latina y el Caribe;
- La Convención Americana sobre Derechos Humanos, “Pacto de San José de Costa Rica”, suscrito en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969, ratificado mediante Ley No. 1430 de 11 de febrero de 1993; y,
- El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, aprobado en la 76° Conferencia de la Organización Internacional del Trabajo, realizada el 27 de junio de 1989, ratificado por Ley No. 1257 de 11 de julio de 1991;
- La Carta Andina Para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos, adoptada en Guayaquil el 26 de julio de 2002; y,
- La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, aprobada el 13 de septiembre de 2007.

A estas normas se suma la jurisprudencia emanada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Tribunal Andino de Justicia y la Corte Penal Interna-

cional, entre otras, que también tiene aplicación directa y, junto con las normas de Derecho Internacional y Derecho Comunitario señaladas, también son fuente y fundamento para el desarrollo del resto del ordenamiento jurídico boliviano tanto en lo que corresponde a las normas de la justicia ordinaria como de la justicia indígena *a partir de la protección de los derechos que emanan de la dignidad de la persona humana*.

Finalmente, así como el Estado boliviano no puede negar el cumplimiento de los compromisos asumidos, por ejemplo, ante la Organización de Naciones Unidas, la Organización de Estados Americanos o la Comunidad Andina sin que ello importe diversas sanciones que lleguen a la exclusión, en Bolivia ninguna persona considerada en su individualidad, como parte de un colectivo determinado o el colectivo en sí mismo, incluidos los pueblos indígenas, originarios y campesinos, pueden desconocer la supremacía de la Constitución o negar la vigencia de los tratados de Derechos Humanos provenientes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL Y OTRAS NORMAS LEGALES DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO

A partir de la jerarquía normativa descrita en los puntos precedentes, corresponde abordar el análisis de otras normas que integran el ordenamiento jurídico boliviano. Dentro de éstas se encuentran las leyes de la República que no son ajenas al proceso de evolución que grafica Rodríguez-Zapata cuando señala que: “La supremacía de la Constitución ha relegado la ley a un segundo plano. La aparición de una *forma constitucional* ha colocado a la Constitución en un escalón superior a la Ley y a las demás fuentes tradicionales. La Constitución especifica, especializa y acota el terreno de todas las fuentes del Derecho, debilitando así la posición de supremacía que antes poseía”.⁴⁵

Sin embargo, ese desplazamiento no implica que las leyes carezcan de importancia en un Estado constitucional, por lo contrario, como precisa Manuel Aragón Reyes, la Constitución contiene muchas veces “cláusulas dotadas de un alto grado de indeterminación”, lo que luego de varios análisis lo lleva a afirmar que: “...la ley sigue siendo, sobre todo en un Estado democrático, la expresión más ordinaria del Derecho (esto es, la decisión normadora producto, en cada momento, del juego legítimo del pluralismo político); que la Constitución ha dejado (en mayor o menor grado,

45. Jorge Rodríguez-Zapata, *Teoría y práctica del Derecho Constitucional*, p. 132.

según la materia) un margen de discrecionalidad al legislador que los juristas (incluyendo los jueces, claro está) han de respetar...”.⁴⁶

Criterios plenamente aplicables al caso boliviano dado el proceso de evolución del constitucionalismo que permite identificar, en términos generales, una sustancial variación en cuanto a la jerarquía que tuvieron las leyes de la República, como ser aquél en el que primaron sobre la Constitución, bajo el apego a los postulados del pensamiento que inspiró las constituciones francesas de 1791, 1793 y 1795, como precisa Blanco Valdés;⁴⁷ aquél marcado por la primacía de los “decretos ley” en tiempos de gobiernos autoritarios y usurpadores cuyo accionar se caracteriza por la primacía del Poder Ejecutivo en la generación normativa ante la ausencia o efectivo trabajo del Poder Legislativo con un contenido que termina por anular la real vigencia de la Constitución o de las leyes de la República así como de todo pluralismo político y la democracia en sí misma; o, aquél en el que primó el apego a la idea de supremacía de la Constitución por sobre la ley y otras normas jurídicas, primero en una aproximación a los postulados del constitucionalismo norteamericano y luego, con la adopción de un sistema de control de constitucionalidad que configuró una efectiva supremacía de la Constitución y asentó el hecho de que ésta es una norma jurídica de aplicación directa. Escenarios que no se presentaron como compartimentos separados por cortes históricos que permitan agruparlos en espacios delimitados de tiempo con un inicio y un final inequívocos, por lo contrario, unos lo hicieron quebrando los otros en diverso tiempo y de diversa forma y dejando huella y permanencia de su expresiones normativas por largos períodos, incluso, por varias décadas.

En todo caso, es posible afirmar en términos generales que esa jerarquía normativa, cuando primó la supremacía constitucional, permitió superar las dificultades que se presentaron en cuanto a la naturaleza y a los ámbitos de competencia en los que sustentan las diversas normas señaladas del ordenamiento jurídico boliviano.

El contenido del artículo 410 del nuevo texto constitucional refleja esa evolución al haber precisado en su párrafo II que: “...*La aplicación de las normas jurídicas se regirá por las siguiente jerarquía, de acuerdo a las competencias de las entidades territoriales:* 1. Constitución Política del Estado. 2. Los tratados internacionales. 3. *Las leyes nacionales, los estatutos autonómicos, las cartas orgánicas y el resto de legislación departamental, municipal e indígena.* 4. Los decretos, reglamentos y demás resoluciones emanadas de los órganos ejecutivos correspondientes” (n. a.: las cursivas son nuestras).

46. Manuel Aragón Reyes, *El juez ordinario entre legalidad y constitucionalidad*, serie Temas de Derecho Público, No. 44, Bogotá, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita / Universidad Externado de Colombia, 1997, p. 37.

47. Ver Roberto L. Blanco Valdés, *El valor de la Constitución*, Madrid, Alianza, 1998, 1a. ed. en “Ensayo”, p. 272.

Así, la ley en sentido formal, como producto del ejercicio de la potestad legislativa nacional a través del Órgano Legislativo Plurinacional, viene a ocupar un nivel jerárquico dentro del ordenamiento jurídico boliviano que guarda identidad con lo que se tenía previsto en la Constitución de 1967 y sus reformas, específicamente, en el artículo 228.⁴⁸

Sin embargo, la adopción de una nueva forma de organización territorial, con el reconocimiento de niveles de gobierno departamental, municipal e indígena originario y campesino que se ha denominado de autonomías,⁴⁹ ha derivado en un significativo cambio, con el reconocimiento de poder desarrollar facultad legislativa en ámbitos de competencia específicos también delineados por el texto constitucional.

Por esta razón, el artículo 410.II.3 ha incluido dentro del mismo nivel jerárquico asignado a las leyes de la República a “los estatutos autonómicos, las cartas orgánicas y el resto de legislación departamental, municipal e indígena” respondiendo a una estructura que se diferencia de la tradicional gráfica de una pirámide jurídica, donde un nivel es diferente a otro; por lo contrario, se transita a otra en la que existe una pirámide superior copada por los tratados internacionales de Derechos Humanos, la Constitución Política del Estado y las normas del Derecho Comunitario y otras pirámides ubicadas inmediatamente después, donde cada una de ellas responde a un ámbito de competencias diferenciado que presentan en su interior, a su vez, diversos grados de relación⁵⁰ y jerarquía con las normas que las integran.

Este reconocimiento emerge de la crítica esgrimida en la Asamblea Constituyente boliviana al monopolio estatal centralista de ejercicio de la potestad legislativa y, por otra parte, de los planteamientos de adoptar como principio del Estado el de pluralismo jurídico.

Por ello, corresponde precisar que el artículo 410 del nuevo texto constitucional es concordante con el artículo 1 en el que, como se tiene señalado, se ha establecido que Bolivia “se funda en la pluralidad y *pluralismo* político, económico, *jurídico*, cultural y lingüístico, dentro del proceso integrador del país” (n. a.: las cursivas son nuestras).

48. “Artículo 228. *La Constitución Política del Estado es la ley suprema del ordenamiento jurídico nacional. Los tribunales, jueces y autoridades la aplicarán con preferencia a las leyes, y éstas con preferencia a cualesquiera otras resoluciones*” (n. a.: las cursivas son nuestras).

49. “Artículo 272. *La autonomía implica la elección directa de sus autoridades por las ciudadanas y los ciudadanos, la administración de sus recursos económicos, y el ejercicio de las facultades legislativa, reglamentaria, fiscalizadora y ejecutiva, por sus órganos del gobierno autónomo en el ámbito de su jurisdicción y competencias y atribuciones*” (n. a.: las cursivas son nuestras).

50. Ver Jorge Asbun, *Derecho Constitucional General*, p. 73.

Ello amerita realizar algunas precisiones porque es evidente que el derecho no constituye una entidad única referible a todos los lugares ni a todos los tiempos; también, que existe una pluralidad de ordenamientos jurídicos en el mundo que llegan a ser tantos como Estados se conocen, aún más, cuando se toma en cuenta que dentro de varios de éstos coexisten, de diferente manera y con diverso grado de influencia o presencia en sus ordenamientos jurídicos, fuentes de generación normativa en un mismo ámbito espacio-temporal. Al respecto, Alessandro Pizzorusso precisa que para poder hablar de pluralismo jurídico, a nivel interno estatal o internacional, son necesarios tres elementos: la plurisubjetividad (de lo contrario se estaría ante normas que un individuo se impartiría a sí mismo), la normativa y la organización (que haga operantes esas reglas);⁵¹ elementos que a su vez lo llevan a afirmar con acierto que: “ya que todos los ordenamientos jurídicos, incluidos los estatales, no son inmutables, nada excluye que se formen ordenamientos nuevos –estatales o no estatales– aun en contraste con lo establecido por los ordenamientos existentes, dándose lugar, de esta manera, a situaciones de recíproca incompatibilidad”. Afirmación que encuentra en la historia del Derecho su mejor sustento y en el boliviano, una muestra de su apego a la realidad. Como sostiene Twining: “Como los juristas se han vuelto más conscientes del multiculturalismo, y como las sociedades se han vuelto más pluralistas, han reconocido mejor que todas las sociedades modernas que tienen que luchar para que el Estado pueda reconocer, hacer concesiones o reforzar las normas en las diferentes religiones, culturas o tradiciones [...] Hoy el pluralismo jurídico de Estado se reconoce como un hecho en casi todos los países”.⁵²

Desde esa perspectiva, no cabe duda que al establecerse en el nuevo texto constitucional la existencia de un pluralismo jurídico en forma expresa no solo se reconoce el derecho a ejercer cierta facultad legislativa a los pueblos indígenas, originarios o campesinos o a los niveles autonómicos departamental y municipal, sino que comprende un espectro mucho más amplio donde ingresa la Iglesia Católica, por ejemplo.⁵³ Es un reconocimiento amplio que, en todo caso, no implica independencia.⁵⁴

Consecuentemente, la incorporación de las normas de los pueblos indígenas, originarios y campesinos en un nivel equiparable al de las leyes de la República no implica que pueda desconocerse la existencia de ámbitos de competencia que vienen

51. Alessandro Pizzorusso, *Curso de Derecho comparado*, Barcelona, Ariel, 1987, p. 71.

52. William Twining, *Derecho y globalización*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores / Instituto Pensar / Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, 2003, p. 260.

53. Norberto Bobbio, *Teoría general del Derecho*, Bogotá, Temis, 2005, 2a. ed., pp. 35-39.

54. Ver una posición crítica favorable a esa independencia: Boaventura de Souza Santos, *Globalización del Derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*, Bogotá, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, Universidad Nacional de Colombia / Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos, 2002, p. 172.

delimitados por la Constitución o reducir ese pluralismo a las normas de esos pueblos. Ello, porque las normas que generan en ejercicio de la facultad reglamentaria también se encuentran previstas en el cuarto nivel jerárquico establecido en el artículo 410.II del nuevo texto constitucional: “4. Los decretos, reglamentos y demás resoluciones emanadas de los órganos ejecutivos correspondientes”, entiéndase, también los de los pueblos indígenas, originarios y campesinos.

Debe tenerse en cuenta que el ejercicio de la potestad reglamentaria, como lo expresan Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández en un sentido también aplicable al caso boliviano, viene a ser aquel poder “en virtud del cual la Administración dicta Reglamentos; es, quizá, su potestad más intensa y grave, puesto que implica participar en la formación del ordenamiento [...] La existencia de un poder de participación en la elaboración del ordenamiento, la definición de una ‘fuente’ de Derecho tan relevante, de un poder normativo complementario al legislativo, es, por fuerza, dada su significación, una determinación constitucional. Las Constituciones escritas, como ha sido tradicional desde la construcción técnica de la monarquía parlamentaria en el siglo XIX, preverán, en efecto, la existencia de tal poder en el Ejecutivo; pero, aun si la Constitución escrita nada precisase, habría que explicar la titularidad del poder reglamentario en el Ejecutivo en la existencia de una costumbre constitucional inequívoca”.⁵⁵

Tanto la potestad legislativa como la reglamentaria fueron, a lo largo de la historia boliviana, las principales manifestaciones de la generación normativa. Con el nuevo texto constitucional se ha reforzado la exigencia al poder público nacional de compatibilizar⁵⁶ la potestad legislativa nacional con la de los pueblos indígenas, originarios y campesinos y ha introducido la necesidad de hacerlo en el ámbito del ejercicio de la potestad reglamentaria, de tal forma que el Ejecutivo nacional, departamental y municipal asumen un desafío que, desde mi punto de vista, no deriva en otro escenario que no sea el de la homogeneización del ordenamiento jurídico boliviano donde no se respetan la identidades, toda vez que los pueblos de menor población son los que se verán más afectados.

El nuevo texto constitucional ha mantenido, por tanto, los mismos problemas que se presentaban con la Constitución de 1967 y su reforma operada en 1994, toda vez que se hace un reconocimiento que peca por su indeterminación y falta de precisión

55. Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, t. I, Madrid, Thomson / Civitas, 2005, 12a. ed., pp. 182-186.

56. Conforme al *Diccionario de la lengua española* de la Real Academia se tiene que “compatibilizar” viene de “compatible” y significa “hacer compatible” término que a su vez proviene del lat. *compatibilis*, y este del lat. *compāti*, compadecerse, que opera como adjetivo y significa: “Que tiene aptitud o proporción para unirse o concurrir en un mismo lugar o sujeto”. Microsoft® Encarta® 2007. © 1993-2006 Microsoft Corporation.

en la asimilación de la idea de “coexistencia” de un ordenamiento jurídico integrado por varios sub. ordenamientos donde las leyes no son y no eran, precisamente, las llamadas a demarcar el escenario de coexistencia de la normativa ordinaria y la normativa indígena, originaria o campesina.

Es un nuevo escenario, complejo y conflictivo por varias razones que a continuación planteo, que deriva en un debilitamiento del reconocimiento de derechos de los pueblos indígenas, originarios y campesinos.

Así se tiene que el artículo 298.I de la nueva Constitución ha establecido las competencias que son “privativas” del nivel central de tal forma que, en el marco de lo establecido en el artículo 297.I.1 del mismo texto, vienen a ser competencias “...cuya legislación, reglamentación y ejecución no se transfiere ni delega...”. Ello implica que los pueblos indígenas, originarios y campesinos y otros niveles de gobierno están impedidos, prohibidos e imposibilitados de ejercer la facultad legislativa y la reglamentaria en las 22 competencias previstas en el artículo 228.I del texto constitucional. Pierde relevancia cómo es que esos temas eran normados por los pueblos indígenas, originarios o campesinos antes de la colonia, durante ésta o en los cerca doscientos años de vida independiente del Estado boliviano.⁵⁷

57. Artículo 298. I. Son competencias privativas del nivel central del Estado:

1. Sistema financiero.
2. Política monetaria, Banco Central, sistema monetario, y la política cambiaria.
3. Sistema de pesas y medidas, así como la determinación de la hora oficial.
4. Régimen aduanero.
5. Comercio exterior.
6. Seguridad del Estado, Defensa, Fuerzas Armadas y Policía boliviana.
7. Armas de fuego y explosivos.
8. Política exterior.
9. Nacionalidad, ciudadanía, extranjería, derecho de asilo y refugio.
10. Control de fronteras en relación a la seguridad del Estado.
11. Regulación y políticas migratorias.
12. Creación, control y administración de las empresas públicas estratégicas del nivel central del Estado.
13. Administración del patrimonio del Estado Plurinacional y de las entidades públicas del nivel central del Estado.
14. Control del espacio y tránsito aéreo, en todo el territorio nacional. Construcción, mantenimiento y administración de aeropuertos internacionales y de tráfico interdepartamental.
15. Registro Civil.
16. Censos oficiales.
17. Política general sobre tierras y territorio, y su titulación.
18. Hidrocarburos.
19. Creación de impuestos nacionales, tasas y contribuciones especiales de dominio tributario del nivel central del Estado.
20. Política General de Biodiversidad y Medio Ambiente.

Algo similar acontece con las competencias detalladas en el artículo 298.II⁵⁸ del texto constitucional que son consideradas “exclusivas” del nivel central de gobierno de tal forma que, conforme a lo establecido en el artículo 297.I.2, vienen a ser “...aquellas en las que un nivel de gobierno tiene sobre una determinada materia las facultades legislativas, reglamentaria y ejecutiva, pudiendo transferir y delegar estas dos últimas”. Es decir, son competencias sobre las cuales los pueblos indígenas, originarios y campesinos no pueden ejercer la potestad legislativa sino únicamente, cuando así lo determine una Ley, la potestad reglamentaria y la facultad ejecutiva. Nuevamente, pierde relevancia cómo era que los pueblos indígenas, originarios o campesinos normaban esos ámbitos de competencia antes o durante la colonia española o durante el tiempo que lleva Bolivia como República independiente, libre y soberana. Simplemente, no pueden generar legislación en esos ámbitos.

21. Codificación sustantiva y adjetiva en materia civil, familiar, penal, tributaria, laboral, comercial, minería y electoral.

22. Política económica y planificación nacional.

[...].

58. Artículo 298. II. Son competencias exclusivas del nivel central del Estado:

1. Régimen electoral nacional para la elección de autoridades nacionales y subnacionales, y consultas nacionales.
2. Régimen general de las comunicaciones y las telecomunicaciones.
3. Servicio postal.
4. Recursos naturales estratégicos, que comprenden minerales, espectro electromagnético, recursos genéticos y biogenéticos y las fuentes de agua.
5. Régimen general de recursos hídricos y sus servicios.
6. Régimen general de biodiversidad y medio ambiente.
7. Política forestal y régimen general de suelos, recursos forestales y bosques.
8. Política de generación, producción, control, transmisión y distribución de energía en el sistema interconectado.
9. Planificación, diseño, construcción, conservación y administración de carreteras de la Red Fundamental.
10. Construcción, mantenimiento y administración de líneas férreas y ferrocarriles de la Red Fundamental.
11. Obras públicas de infraestructura de interés del nivel central del Estado.
12. Elaboración y aprobación de planos y mapas cartográficos oficiales; geodesia.
13. Elaboración y aprobación de estadísticas oficiales.
14. Otorgación de personalidad jurídica a organizaciones sociales que desarrollen actividades en más de un departamento.
15. Otorgación y registro de personalidad jurídica de organizaciones no gubernamentales, fundaciones y entidades civiles sin fines de lucro que desarrollen actividades en más de un departamento.
16. Régimen de Seguridad Social.
17. Políticas del sistema de educación y salud.
18. Sistema de Derechos Reales en obligatoria coordinación con el registro técnico municipal.
19. Áreas protegidas bajo responsabilidad del nivel central del Estado.
20. Reservas fiscales respecto a recursos naturales.
21. Sanidad e inocuidad agropecuaria.

Con menor intensidad se presenta el escenario correspondiente a las competencias “concurrentes” y “compartidas” previstas para el nivel central, que conforme a lo establecido en el artículo 298.I.3 y 298.I.4, respectivamente, son “aquellas en las que la legislación corresponde al nivel central del Estado y los otros niveles ejercen simultáneamente las facultades reglamentaria y ejecutiva”, y, “aquellas sujetas a una legislación básica de la Asamblea Legislativa Plurinacional cuya legislación de desarrollo corresponde a las entidades territoriales autónomas, de acuerdo a sus características y naturaleza. La reglamentación y ejecución corresponderá a las entidades territoriales autónomas”.

Son, en definitiva, limitantes al ejercicio de la facultad legislativa de los pueblos indígenas, originarios y campesinos donde es fuerte la tentación para introducirse en el análisis detallado de cada una de ellas, resaltando las diversas contradicciones que presenta el texto constitucional, especialmente en función a los derechos que les corresponden a esos pueblos, pero ello excedería los objetivos que se tienen previamente establecidos para este trabajo. Pero es inevitable precisar que las contradicciones existentes en la distribución de competencias que realiza la Constitución, así como los alcances de las facultades legislativas, reglamentarias y ejecutivas, se traducen en un complejo ámbito de potenciales conflictos que repercuten negativamente en el conjunto de la población boliviana y, en especial, en el derecho de los pueblos indígenas, originarios y campesinos en lo que a administración de justicia se refiere.

-
22. Control de la administración agraria y catastro rural.
 23. Política fiscal.
 24. Administración de justicia.
 25. Promoción de la cultura y conservación del patrimonio cultural, histórico, artístico, monumental, arquitectónico, arqueológico, paleontológico, científico, tangible e intangible de interés del nivel central del Estado.
 26. Expropiación de inmuebles por razones de utilidad y necesidad pública, conforme al procedimiento establecido por Ley.
 27. Centros de información y documentación, archivos, bibliotecas, museos, hemerotecas y otros de interés del nivel central del Estado.
 28. Empresas públicas del nivel central del Estado.
 29. Asentamientos humanos rurales.
 30. Políticas de servicios básicos.
 31. Políticas y régimen laborales.
 32. Transporte, terrestre, aéreo, fluvial y otros cuando alcance a más de un departamento.
 33. Políticas de planificación territorial y ordenamiento territorial.
 34. Deuda pública interna y externa.
 35. Políticas generales de desarrollo productivo.
 36. Políticas generales de vivienda.
 37. Políticas generales de turismo.
 38. Régimen de la tierra. La Ley determinará las facultades a ser transferidas o delegadas a las autonomías.

También, que las leyes de la República⁵⁹ adquieren una relevancia sustancial al momento de poder habilitar a los otros niveles de gobierno el ejercicio de su facultad legislativa y reglamentaria en los ámbitos de competencia correspondientes.

Nuevamente, la coexistencia de varios subordenamientos jurídicos, incluidos los correspondientes al de la denominada justicia ordinaria y al de la indígena, originaria y campesina, está supeditada a la actuación del legislativo central a través de las leyes. Elemento reafirmado por la previsión del artículo 30 que señala: “En el marco de la unidad del Estado y de acuerdo con esta constitución las naciones y pueblos indígena originario campesinos gozan de los siguientes derechos: [...] 14. Al ejercicio de sus sistemas políticos, jurídicos y económicos acorde a su cosmovisión [...] III. El Estado garantiza, respeta y protege los derechos de las naciones y pueblos indígena originario campesinos consagrados en esta Constitución y la ley”. Previsión general cuyo nivel de precisión viene dado por el desarrollo de las competencias fijadas en el texto constitucional para cada nivel de gobierno.

En este contexto, corresponde precisar que la Constitución ha establecido que son competencias exclusivas (que importan facultad legislativa, reglamentaria y ejecutiva) de las autonomías indígenas, originarias y campesinas, de acuerdo al artículo 304.I, un total de 23 que cito y comento a continuación:

La primera competencia exclusiva es la de “Elaborar su Estatuto para el ejercicio de su autonomía conforme a la Constitución y la ley”, lo que equivale a afirmar que a este régimen jurídico quedan sometidas las personas de un determinado pueblo indígena, originario o campesino en el ámbito territorial que corresponda. No adquiere mayor relevancia, desde mi punto de vista, el que sea un Estatuto oral o escrito, aun cuando sea esta segunda opción la que llegue a imperar, pero sí tiene importancia el hecho de que su contenido viene limitado por lo que es un “estatuto” y por la Ley Marco de Autonomías y Descentralización, tanto en lo que al procedimiento de elaboración se refiere como a su contenido sustantivo referente a las competencias que precisan la Constitución y otras leyes de la República.⁶⁰

59. Artículo 11. I. La República de Bolivia adopta para su gobierno la forma democrática participativa, representativa y comunitaria, con equivalencia de condiciones entre hombres y mujeres.

II. La democracia se ejerce de las siguientes formas, que serán desarrolladas por la ley:

1. Directa y participativa, por medio del referendo, la iniciativa legislativa ciudadana, la revocatoria de mandato, la asamblea, el cabildo y la consulta previa.. Las asambleas y cabildos tendrán carácter deliberativo conforme a Ley.

2. Representativa, por medio de la elección de representantes por voto universal, directo y secreto, conforme a Ley.

3. Comunitaria, por medio de la elección, designación o nominación de autoridades y representantes por normas y procedimientos propios de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, entre otros, conforme a Ley.

60. “Artículo 271. I. La Ley Marco de Autonomías y Descentralización regulará el procedimiento para la elaboración de Estatutos autonómicos y Cartas Orgánicas, la transferencia y delegación competencial, el régimen eco-

La segunda competencia exclusiva es la de “Definición y gestión de formas propias de desarrollo económico, social, político, organizativo y cultural, de acuerdo con su identidad y visión de cada pueblo”. Previsión que, luego de una serie de previsiones generales en las que no falta la referencia a los pueblos indígenas, originarios y campesinos, culmina con la adopción de un sistema de economía centralmente planificada al precisar la función del Estado en la economía. Específicamente, el artículo 316 precisa esa función y esa característica al establecer lo siguiente:

Artículo 316. La función del Estado en la economía consiste en:

1. Conducir el proceso de planificación económica y social, con participación y consulta ciudadana. La Ley establecerá *un sistema de planificación integral estatal, que incorporará a todas las entidades territoriales* [entiéndase, los pueblos indígenas, originarios y campesinos].
2. Dirigir la economía y regular, conforme con los principios establecidos en esta Constitución, los procesos de producción, distribución y comercialización de bienes y servicios.
3. Ejercer la dirección y el control de los sectores estratégicos de la economía.
4. Participar directamente en la economía mediante el incentivo y la producción de bienes y servicios económicos y sociales para promover la equidad económica y social, e impulsar el desarrollo, evitando el control oligopólico de la economía.
5. Promover la integración de las diferentes formas económicas de producción, con el objeto de lograr el desarrollo económico y social.
6. Promover prioritariamente la industrialización de los recursos naturales renovables y no renovables, en el marco del respeto y protección del medio ambiente, para garantizar la generación de empleo y de insumos económicos y sociales para la población.
7. Promover políticas de distribución equitativa de la riqueza y de los recursos económicos del país, con el objeto de evitar la desigualdad, la exclusión social y económica, y erradicar la pobreza en sus múltiples dimensiones.
8. Determinar el monopolio estatal de las actividades productivas y comerciales que se consideren imprescindibles en caso de necesidad pública.
9. Formular periódicamente, con participación y consulta ciudadana, el plan general de desarrollo, cuya ejecución es obligatoria para todas las formas de organización económica.
10. Gestionar recursos económicos para la investigación, la asistencia técnica y la transferencia de tecnologías para promover actividades productivas y de industrialización.
11. Regular la actividad aeronáutica en el espacio aéreo del país.

nómico financiero, y la coordinación entre el nivel central y las entidades territoriales descentralizadas y autónomas.

II. La Ley Marco de Autonomías y Descentralización será aprobada por dos tercios de votos de los miembros presentes de la Asamblea Legislativa Plurinacional”.

A ello se suma la previsión del artículo 317 que al emplear el término Estado hace directa relación al nivel central de gobierno, reitero, en la lógica de un sistema de economía centralmente planificada:

Artículo 317. El Estado garantizará la creación, organización y funcionamiento de una entidad de planificación participativa que incluya a representantes de las instituciones públicas y de la sociedad civil organizada.

En este contexto, la facultad legislativa de los pueblos indígenas, originarios y campesinos, en lo que a la definición y gestión de formas propias de desarrollo económico se refiere, viene limitada por lo que se establezca en el nivel central de gobierno. La situación no varía en los ámbitos social, político, organizativo y cultural donde las limitaciones constitucionales para el ejercicio de la facultad legislativa con relación a los ámbitos de competencias privativas, exclusivas y concurrentes a los otros niveles de gobierno, especialmente al central del Estado, restringen notablemente su desarrollo. Un ejemplo que evidencia, desde mi punto de vista, esa afectación es la competencia privativa del nivel central en cuanto al sistema de pesos y medidas porque en ese ámbito no pueden ejercer la facultad legislativa ni la reglamentaria los pueblos indígenas, originarios y campesinos, quedando en un plano bastante relegado cómo es que ese tema se regulaba por parte de esos pueblos en tiempos anteriores a los de la Colonia española, durante ésta o en el período republicano.

La tercera competencia exclusiva de las autonomías indígenas, originarias y campesinas es la de “Gestión y administración de los recursos naturales renovables, de acuerdo a la Constitución”. Previsión constitucional que es concordante con lo establecido en el artículos 30.II.17 del mismo texto en el que se reconoce el derecho de los pueblos indígenas, originarios y campesinos “A la gestión territorial indígena autónoma, y *al uso y aprovechamiento exclusivo de los recursos naturales renovables existentes en su territorio sin perjuicio de los derechos legítimamente adquiridos por terceros*” (n. a.: las cursivas son nuestras). Sin embargo, además de la observancia a lo que determine la Ley Marco de Autonomías y Descentralización antes comentada, resulta ser que el sistema centralmente planificado adoptado por el Estado (artículos 316.6 y 317) limita el ejercicio de la facultad legislativa y de la reglamentaria de los pueblos indígenas, originarios y campesinos, escenario agravado por lo establecido en los artículos 380 y 403 donde inequívocamente es, nuevamente, una Ley de la República (además de otras previsiones constitucionales), la que opera como marco ineludible para esos pueblos.

Artículo 380. I. Los recursos naturales renovables se aprovecharán de manera sustentable, respetando las características y el valor natural de cada ecosistema.

II. Para garantizar el equilibrio ecológico, los suelos deberán utilizarse conforme con su capacidad de uso mayor en el marco del proceso de organización del uso y ocupación del espacio, considerando sus características biofísicas, socioeconómicas, culturales y político-institucionales. *La Ley regulará su aplicación* (n. a.: las cursivas son nuestras).

Artículo 403. I. Se reconoce la integralidad del territorio indígena originario campesino, que incluye el derecho a la tierra, al uso y aprovechamiento exclusivo de los recursos naturales renovables en las condiciones determinadas por la ley; a la consulta previa e informada y a la participación en los beneficios por la explotación de los recursos naturales no renovables que se encuentran en sus territorios; la facultad de aplicar sus normas propias, administrados por sus estructuras de representación y la definición de su desarrollo de acuerdo a sus criterios culturales y principios de convivencia armónica con la naturaleza. Los territorios indígena originario campesinos podrán estar compuestos por comunidades.

II. El territorio indígena originario campesino comprende áreas de producción, áreas de aprovechamiento y conservación de los recursos naturales y espacios de reproducción social, espiritual y cultural. *La Ley establecerá el procedimiento para el reconocimiento de estos derechos* (n. a.: las cursivas son nuestras).

Es un escenario en el que, por encima de las simpatías o antipatías que pueda generar el texto constitucional o lo que deseen unos u otros actores, se tiene que la Constitución y las leyes de la República limitan el ejercicio de las facultades legislativa y reglamentaria de los pueblos indígenas, originarios y campesinos en lo que corresponde a la tercera competencia exclusiva de las autonomías de esos pueblos (artículo 304.I.3).

A manera de ejemplo aplicable a este tema, es el correspondiente a la política forestal porque al ser una competencia exclusiva del nivel central de gobierno impide que los pueblos indígenas, originarios o campesinos puedan ejercer facultades legislativas. Consecuentemente los usos, las costumbres o las normas que esos pueblos tuvieran en la materia quedan atados a lo que se defina en el nivel central. Así como éste, existen otros ejemplos igualmente sensibles.

La cuarta competencia exclusiva de las autonomías indígena originaria campesina fijada por la Constitución es la de “Elaboración de Planes de Ordenamiento Territorial y de uso de suelos, en coordinación con los planes del nivel central del Estado, departamentales y municipales”, donde no cabe hacer mayor comentario al quedar claro un ámbito secundario para el ejercicio de la potestad legislativa de ese nivel de gobierno.

Figura que se reitera en lo que corresponde a la séptima competencia exclusiva de las autonomías indígenas, originarias y campesinas que señala “Administración y preservación de áreas protegidas en su jurisdicción, en el marco de la política del Estado”. Ello porque, si bien encuentra como limitante el ser competencia exclusiva del nivel central de gobierno (art. 298.II.19) las “Áreas protegidas bajo responsabilidad

del nivel central del Estado” y (art. 298.II.20) las “Reservas fiscales respecto a recursos naturales”, entre otras, se prevé en el artículo 385 que las áreas protegidas “constituyen un bien común y forman parte del patrimonio natural y cultural del país...” y señala en su párrafo II que “Donde exista sobreposición de áreas protegidas y territorios indígena originario campesinos, la gestión compartida se realizará con sujeción a las normas y procedimientos propios de las naciones y pueblos indígena originaria campesinos, respetando el objeto de creación de estas áreas”. Cabe entonces la pregunta ¿Si sobre las áreas protegidas solo puede ejercer la facultad legislativa el nivel central de gobierno y no los pueblos indígenas, originarios y campesinos, cómo es que en caso sobreposición primen las normas y procedimientos de esos pueblos? En términos sencillos, se genera un escenario de duda que comúnmente se lo presenta como una pregunta sin respuesta: ¿Qué es primero, el huevo o la gallina?

Más aun cuando el artículo 346 señala que “El patrimonio natural es de interés público y de carácter estratégico para el desarrollo sustentable del país. *Su conservación y aprovechamiento para beneficio de la población será responsabilidad y atribución exclusiva del Estado, y no comprometerá la soberanía sobre los recursos naturales. La Ley establecerá los principios y deposiciones para su gestión*”.

En este mismo ámbito de competencia, teniendo presente que una autonomía indígena, originaria o campesina puede tener un ámbito territorial menor al de un municipio, cabe un cuestionamiento adicional cuando se ha establecido que es competencia exclusiva (donde la facultad legislativa solo le corresponde a este nivel con exclusión de los otros) de los gobiernos municipales, en el artículo 302.I.11, la de “Áreas protegidas municipales en conformidad con los parámetros y condiciones para los gobiernos municipales”.

En definitiva, desde mi punto de vista y a la luz de lo que finalmente se concretó como texto constitucional, los únicos ámbitos de competencia en los que los pueblos indígenas, originarios y campesinos pueden verdaderamente ejercer la facultad legislativa son, conforme a lo establecido en el artículo 304.I de la Constitución, las siguientes: (quinta) de “Electrificación en sistemas aislados dentro de su jurisdicción”; (sexta) “Mantenimiento y administración de caminos vecinales y comunales”; (novena) “Deporte, esparcimiento y recreación”; (décima primera) “Políticas de turismo”; (décima cuarta) “Elaborar, aprobar y ejecutar sus programas de operaciones y su presupuesto”; (décimo quinta) “Planificación y gestión de la ocupación territorial”; (décimo sexta) “Vivienda, urbanismo y redistribución poblacional conforme a sus prácticas culturales en el ámbito de su jurisdicción”; (décimo octava) “Mantenimiento y administración de sus sistemas de microrriego”; (décimo novena) “Fomento y desarrollo de su vocación productiva”; (vigésima) “Construcción, mantenimiento y administración de la infraestructura necesaria para el desarrollo de su jurisdicción”; y (vi-

gésima segunda) “Preservación del hábitat y el paisaje, conforme a sus principios, normas y prácticas culturales, tecnológicas, especiales e históricas”.

Un análisis más detallado ameritará, en el siguiente capítulo del presente texto, la octava competencia exclusiva de las autonomías indígenas, originarias y campesinas prevista por la Constitución en el artículo 304.I.8 concerniente al “Ejercicio de la jurisdicción indígena originaria campesina para la aplicación de justicia y resolución de conflictos a través de normas y procedimientos propios de acuerdo a la Constitución y la ley”, que guarda directa relación con la competencia “privativa” del nivel central del Estado referente a la “Codificación sustantiva y adjetiva en materia civil, familiar, penal, tributaria, laboral, comercial, minería y electoral” (art. 298.I.21).

Finalmente, corresponde efectuar dos precisiones. La primera es que las normas de estos pueblos (sea en ejercicio de la facultad legislativa o de la reglamentaria) no requieren un idéntico procedimiento para su formación al que corresponde a las leyes de la República, en un sentido formal. Claramente se optó por un reconocimiento genérico que abarca a las normas de esos pueblos que pueden o no estar escritas, ser las que se identifican como provenientes desde tiempos anteriores a los de la colonia española o las que se generen a futuro en el marco de lo señalado.

Fecha de recepción: 6 de octubre de 2009
Fecha de aceptación: 23 de octubre de 2009

Andrade Ubidia Santiago, Agustín Grijalva y Claudia Storini, eds., *La nueva Constitución del Ecuador. Estado, derechos e instituciones*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador / Corporación Editora Nacional, 450 pp.

por Dunia Martínez Molina*

Este libro condensa una preocupación académica sostenida por parte de los estudiosos del Derecho Constitucional del área de Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar, la de fortalecer los estudios constitucionales en el país. En la búsqueda de cumplir con este objetivo se ha contado con el claro liderazgo del Dr. Julio César Trujillo.

Ortega y Gasset decía que se debe tener siempre piedad con el mundo y no escribir libros superfluos. De esta sugerente idea de Ortega se deduce que, por contraste, cuando un

libro es realmente bueno estamos siempre frente a un aporte trascendente; pero, ¿cuándo un libro es trascendente? nos preguntamos. Las primeras respuestas resultan obvias: cuando nos instruye, cuando es creativo y crítico de la realidad, cuando está bien escrito, cuando es oportuno y suscita nuevas ideas y preguntas, cuando nos hace pensar y nos entusiasma con sus propuestas. Todo esto se suscita a través de los 19 artículos de la publicación que reseñamos. Sus autores exponen con cuidado y profundidad temas de su especialidad sobre los que se evidencia que han investigado, en algunos casos incluso por varios años. No estamos, por tanto, frente a artículos improvisados.

Al tratarse de una obra con diversidad de autores, su estilo es variado pero con una nota común: es didáctico, pues sus autores son en su mayor parte profesores universitarios y nos presentan las ideas de forma clara y sistemática.

La oportunidad del libro es innegable. Temas tales como el Estado, la justicia y garantías, la Constitución económica, instituciones y derechos, son reflexiones importantes para el prolongado proceso constituyente del Ecuador que tiene, en este contexto, su prueba de fuego, pues luego de dictada la nueva Carta Magna es cuando precisamente comienza a vivir o a morir.

Por la brevedad de esta presentación mencionaremos solamente algunos de sus aportes, no sin antes realizar una breve mirada al conjunto de los ensayos.

Comenzaremos señalando que no son artículos maniqueístas pues, con seriedad académica, sus autores toman posición pero sin caer en la apología o en la diatriba.

* Asistente académica del Área de Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Coordinadora editorial de *Foro: revista de derecho*. dunnia.martinez@gmail.com

De esta forma, los autores más críticos de la nueva Constitución no dejan de reconocerle al menos útiles avances y, a su vez, los autores más entusiastas con la nueva Constitución no dejan de exponer sus deficiencias, especialmente las de carácter técnico-jurídico.

En relación con lo metodológico, los ensayos despliegan una valiosa comparación entre la Constitución codificada de 1998 y la de 2008. Algunos ensayos incluso prolongan este horizonte comparativo hasta 1978 o incluso antes, en tanto que otros realizan un análisis comparativo con cartas políticas de otros estados.

Otra de las características que vale la pena relevar es que ninguno de los artículos se reduce a la mera descripción y exégesis de la norma, tan frecuente en la doctrina ecuatoriana. En esta obra los ensayos realizan un esfuerzo comparativo y varios de ellos introducen variables o consideraciones de orden socioeconómico, político, cultural o filosófico.

Como toda obra humana, el libro tiene falencias. Exceptuando los artículos de Ramiro Ávila y Luis Fernando Torres, en los que se da una interesante contraposición de ideas, no hay referencias de los autores a los artículos de otros, lo cual hubiera provisto a la obra de una mayor unidad y cohesión. Por otra parte, se excluyen del análisis temas trascendentes como los relativos a la ecología, al tratamiento de otros derechos específicos y a la función electoral. A pesar de estas limitaciones, el libro atiende a la mayoría de ejes centrales de la Carta Política.

El Estado

La primera sección del libro, el Estado en la Constitución, contiene un debate implícito en torno a la siguiente pregunta: ¿Cómo se relacionan, en la Constitución de Montecristi, la representación política y la participación política? Este, como sabemos, es un problema central en la teoría democrática contemporánea y es un problema práctico en el Ecuador de hoy.

Julio Echeverría postula que la Constitución de Montecristi ataca la representación política al debilitar al legislativo, exacerbar el presidencialismo y judicializar la política, al tiempo que impide una auténtica participación de la sociedad. Juan Pablo Aguilar, en cambio, reconoce en el nuevo Consejo de Participación Ciudadana una mala reedición de la vieja democracia representativa, pues su origen, integración y funciones no implican una auténtica participación de los ciudadanos.

Estas perspectivas encuentran un contradictor en el artículo del Dr. Julio César Trujillo quien reconoce el fortalecimiento del presidencialismo pero destaca también en la nueva Constitución la amplia participación ciudadana en todos los nive-

les de gobierno, en la función de transparencia y control social, en la de planificación y crédito público, conjuntamente, pero más allá, del Consejo de Participación Ciudadana.

El artículo de Rafael Oyarte se concentra en la composición y funciones de los poderes ejecutivo y legislativo. Mientras que el ejecutivo se fortalece, el legislativo se debilita, y se asignan facultades nominadoras al Consejo de Participación Ciudadana. Destaca, sin embargo, que el Congreso recupera potestades de fiscalización a los ministros de Estado.

Estas apreciaciones sobre el Estado se completan con la visión de la administración pública provista por Genaro Eguiguren en la que se estudian múltiples principios de la administración pública, precisando continuidades e innovaciones respecto de la Constitución de 1998. En balance, la visión de la administración pública de la nueva Carta es más coherente y orgánica que la que le precedió.

Los artículos de Roberto Viciano y José Suing nos aproximan a otra temática: la organización territorial del Estado. Los artículos conducen a dos conclusiones: 1. la nueva Constitución abre mayores posibilidades que la de 1998 a la integración de gobiernos autónomos, al reemplazar el sistema abierto de competencias por uno de competencias obligatorias; y 2. pese a esta apertura, la Constitución de 2008 define mal las competencias exclusivas y concurrentes, especialmente al repetir las primeras en distintos niveles de gobierno. En esta línea se hace necesario precisar el alcance de las funciones legislativas de estos gobiernos.

Los derechos

Una temática central del libro tiene que ver con los derechos constitucionales y su relación con los principios de igualdad y no discriminación. Estos ensayos inician un camino que la doctrina constitucional debe continuar en el país y que consiste en definir el contenido de estos derechos a la luz de la jurisprudencia obligatoria que deberá dictar la Corte Constitucional.

Todos los artículos sobre derechos concluyen que la nueva Constitución los fortalece, sea agregando nuevos derechos o desarrollando los ya existentes en la Constitución de 1998. El artículo de Judith Salgado, claro y con excelente nivel crítico, plantea que la Constitución de Montecristi desarrolla en mayor grado que la de 1998 los derechos de lo que la Constitución denomina grupos de atención prioritaria: personas adultas mayores, niñas, niños, adolescentes, mujeres embarazadas, personas con discapacidad, personas privadas de la libertad.

En cuanto a los derechos laborales, Angélica Porras demuestra que también se han expandido, especialmente en relación con la tercerización e intermediación

laboral, los derechos de los trabajadores autónomos y el derecho a la seguridad social. No deja de advertir los graves riesgos que el *Mandato 8* plantea a los derechos de sindicación y al derecho de negociación colectiva.

Pablo Egas sostiene que la protección del derecho de propiedad en ciertos aspectos se amplía, mientras que en otros se lo restringe y regula. Plantea que si por un lado la nueva Constitución hace referencia a nuevos y variados tipos de propiedad, tales como la propiedad comunitaria, la asociativa y la cooperativa, por otro acentúa su función social y ambiental, y en algunos casos –como la propiedad intelectual– establece nuevas limitaciones, especialmente en función de protección de derechos de los pueblos indígenas.

Respecto de este último tema el libro incluye dos artículos sobre derechos de los pueblos y nacionalidades indígenas, enriquecidos por la experiencia vital de sus autores, dos abogados indígenas: Rosa Baltazar y Raúl Llasag.

Rosa Baltazar realiza una visión panorámica de los derechos de los pueblos indígenas sin dejar de anotar las limitaciones y retrocesos que también contiene la Constitución, como por ejemplo en lo relacionado a la consulta previa. El artículo de Raúl Llasag, en cambio, se refiere a la justicia indígena y su compleja relación con la justicia estatal. Este ensayo deja en claro el contrasentido que tiene el hablar de un Estado intercultural y plurinacional si no hay diálogo intercultural e interpretación, también intercultural, de los Derechos Humanos al juzgar conflictos en que intervienen indígenas.

Justicia y Garantías

La tercera sección del libro contiene tres artículos cuyos autores son Santiago Andrade Ubidia, Agustín Grijalva y Claudia Storini, quienes se refieren al importante tema de la justicia y de las garantías. De la lectura de los textos no se puede sino concluir que la nueva Constitución amplía y fortalece decididamente las garantías, puesto que se hace notar el salto cualitativo de una noción mínima de garantías jurisdiccionales hacia un sistema de garantías múltiples, en el cual la responsabilidad no está concentrada únicamente en el juez constitucional, sino que se amplía hacia el legislador y al funcionario público, entre otros.

En este empeño, sin embargo, la nueva Constitución no deja de incurrir en graves falencias técnico-jurídicas, tales como imprecisiones terminológicas, vacíos y reiteraciones innecesarias que la legislación y la jurisprudencia deberán aclarar.

Empero, en lo sustancial, este desarrollo de las garantías muestra que, al menos en el diseño de la Constitución, los derechos van en serio, pues más que nunca en

nuestra historia republicana están protegidos por un amplio y complejo sistema de garantías e instituciones.

Al respecto, Santiago Andrade Ubidia plantea que asistimos a la transición de un sistema jurídico cuyo eje era el principio de legalidad a un nuevo sistema cuya base está en el principio de constitucionalidad. Dentro de este nuevo paradigma, el rol del juez se transforma profundamente pues este se erige en garante de la Constitución y especialmente de los derechos. En el artículo, el autor presenta una visión global de la administración de justicia en la nueva Constitución, examina los principios constitucionales de la administración de justicia y de la función judicial y analiza y precisa el nuevo y más amplio alcance del principio de independencia judicial, que en la nueva Constitución incluye a la Fiscalía y la Defensoría Pública. No obstante, no deja de señalar cierto debilitamiento de la antigua Corte Suprema, hoy Corte Nacional de Justicia.

La profesora Claudia Storini estudia primero la función y diversidad de las garantías y luego examina con detenimiento las garantías jurisdiccionales. Destaca también el nuevo rol garantista de los jueces ecuatorianos. El artículo incluye también críticas técnicas a la normativa transitoria dictada por la Corte Constitucional, así como precisiones sobre la acción extraordinaria de protección.

Agustín Grijalva examina el estatus jurídico de la interpretación de la Corte Constitucional, especialmente en relación al legislativo y la justicia ordinaria, y cuestiona el carácter consultivo de la Corte Constitucional que debilita su naturaleza jurisdiccional.

En suma, todos estos artículos conducen a la conclusión de que la Constitución de Montecristi aumenta el poder de los jueces, especialmente como garantes de la Constitución; sin embargo, de acuerdo con la Carta, son todas las instituciones públicas las que desempeñan también esta función de garantía.

Constitución y economía

La cuarta sección nos ofrece elementos para pensar el sistema económico diseñado por la Constitución de Montecristi. Al respecto, hay quienes han planteado que la nueva Constitución ha eliminado la economía de mercado sustituyéndola por una indefinida economía solidaria. Estos artículos nos inducen a otra apreciación sobre este tema. La nueva Constitución desarrolla una fuerte regulación estatal sobre el mercado pero no lo elimina. La nueva Constitución garantiza la competencia y la propiedad privada, pero en función de un Estado Social en el cual la planificación tiene un rol protagónico.

En esta lógica, el ensayo de José Vicente Troya demuestra la continuidad existente entre el Plan Nacional de Desarrollo, elaborado por el presente gobierno en el 2007, y el modelo económico de la actual Constitución en que se privilegia la inversión, producción y mercado internos, y vincula planificación y presupuesto.

José Suing también destaca la vinculación estructural entre planificación y modelo de desarrollo. El autor se refiere además a la vinculación entre planificación y participación en los diversos niveles de gobierno.

El artículo de Pablo Egas consolida la idea de que en la nueva Constitución la propiedad privada, un elemento central de la economía social de mercado, se mantiene, pero condicionada a su función social y ambiental.

Esta sección del libro se cierra con el ensayo de César Montaña Galarza que recuerda la incidencia de la Constitución en las relaciones internacionales, sus relaciones con los procesos de integración, así como la correlación entre tratados internacionales y Constitución. Este artículo, al relacionarlo con los anteriores, nos lleva a pensar que el modelo económico de la Constitución, tal como allí se concibe, tiene una proyección regional.

En las 450 páginas encontramos, sin duda, muchos elementos de análisis de orden histórico, jurídico y conceptual trazados desde la diversidad ideológica y la seriedad académica. Todo esto nos permite concluir que, en el sentido de Ortega, se ha construido un buen libro, se ha generado un aporte trascendente, imposible de conseguirlo sin el compromiso intelectual y ético de quienes desean un país donde verdaderamente primen los derechos.

José Suing Nagua,
Gobiernos autónomos descentralizados, Loja, Editorial
UTPL, 2010, 212 pp.

por Edison Toro
Calderón*

Ciertamente que en el Ecuador la temática de la descentralización no ha sido lo suficientemente abordada desde lo jurídico. Desde que vimos con entusiasmo que este proceso podía servir como herramienta idónea para una modernización del Estado central, la sociología y la ciencia política se encargaron de darnos las pautas para entender tan complejo mecanismo. Valdría decir incluso que el propio derecho municipal ha carecido de suficiente análisis doctrinario por parte de autores ecuatorianos.

Contadísimos han sido los esfuerzos intelectuales para abordar la temática seccional desde la perspectiva jurídica, aún cuando han sido recurrentes las discusiones sobre el alcance que en nuestra realidad política debe dársele a estos temas.

Y, en este contexto, no puede ser más oportuna y pertinente la aparición de la obra *Gobiernos autónomos descentralizados*, del doctor José Suing Nagua, más aún cuando la Asamblea Legislativa del Ecuador se encuentra debatiendo el proyecto de una nueva ley que define la nueva organización del territorio ecuatoriano.

El autor, como estudioso y especialista en la materia jurídica pública, se ha dedicado a la temática municipal y seccional desde la academia y desde el ámbito profesional, lo que le autoriza plenamente a presentarnos esta propuesta sobre un acercamiento directo y práctico a esta temática. Como conocedor de primera mano de los problemas jurídicos que se generan en la realidad política de los niveles de gobierno subnacional, es capaz de describirnos claramente, desde la teoría, los elementos caracterizantes de la descentralización y las autonomías, no siempre entendidas en su real dimensión cuando estos temas son tratados en nuestro país.

El doctor Suing se vale para esto de una estructuración didáctica de su obra, dividiéndola metodológicamente en seis capítulos, que van desde la descripción de la nueva organización territorial del Ecuador a partir de la vigencia de la Constitución de la República; pasan por la explicación clara sobre los niveles de gobierno que el constituyente adoptara para nuestro país; la disquisición del alcance que tiene el término descentralización, sus antecedentes, principios, características, el marco normativo que la reguló antes de la nueva Carta Magna; el estudio siempre apreciable del municipio, entendido como sociedad política más cercana a la ciudadanía; la reseña del sistema tributario municipal, piedra angular si se quiere

* Especialista jurídico de la Dirección Nacional Jurídica del Servicio de Rentas Internas.

construir un concepto válido tanto de descentralización como de autonomía; terminando en una definición de la rama jurídica municipal.

Y quizás valdría por empezar subrayando este último punto: el autor nos remarca la importancia del Derecho municipal, que “existe y se desarrolla día a día con las acciones de los órganos de legislación, con las acciones de los ejecutivos municipales, con las actuaciones de la administración, de funcionarios, de procuradores, de directores, que tienen en sus manos todos los días una gama importante de temas que deben resolverse con razones y argumentos jurídicos y que con sus acciones aportan con contenidos específicos para esta materia, derivada del derecho público, pero con sus especificidades que justifican su abordaje especializado”. (Introducción, p. 10)

Toda la obra girará alrededor de este concepto, alrededor de lo municipal, más allá que Suing se encarga de implantarnos en la definición tan novel de los gobiernos regionales, cuyo establecimiento todavía se debatirá por algún tiempo en nuestro país, pero que constituye, quizás, la respuesta al centralismo que todavía se desdén y que, al mismo tiempo, mantiene tanta vigencia en el manejo del Estado.

Este constituye uno de los mayores aportes de la obra que se comenta. Y es que al describir las particularidades constitucionales introducidas en Montecristi respecto a la organización política ecuatoriana, el autor nos va señalando los potenciales conflictos y problemas que se evidenciarían al momento de plasmar en el nuevo ordenamiento territorial del Ecuador las regiones autónomas. En la Constitución quedan cabos sueltos respecto al procedimiento para constituir una región autónoma; el peso jurídico que la normativa de creación ostentaría en el ordenamiento ecuatoriano, por ejemplo; o la solución jurídica que debería darse ante una desaprobación por parte de la población de una provincia frente a la aprobación de otra, que persiguen ambas la regionalización. Cuestiones que sin lugar a dudas deben esclarecerse en el texto legal que se viene discutiendo. Así lo plantea el doctor Suing, evidenciando un conocimiento y un análisis crítico exhaustivo que realizó al afrontar este polémico tema. El primer capítulo, por tanto, se centra en la descripción de las normas constitucionales respecto a la organización territorial del Estado ecuatoriano, concentrándose particularmente en las regiones autónomas y su problemática jurídica.

Pero su tratamiento no termina en este primer apartado. Las regiones autónomas siguen ocupando la atención del autor en el capítulo II, quien de manera didáctica, hace una comparación crítica respecto a las regiones autónomas españolas, que con evidente interés debemos acercarnos, ya que el sistema adoptado por los asambleístas que redactaron la Constitución recoge en gran parte las particularidades y elementos del país ibérico.

Hemos señalado que respecto a la regionalización de nuestro país el autor identifica varios problemas. Académicamente, no estaría completo el análisis sin el correspondiente indicio de soluciones a aquellos. Esto es lo que nos da el segundo gran aporte de la obra. Cuando describe las competencias de cada nivel de gobierno, Suing también va aportando, desde su experiencia práctica, a los posibles escenarios que podrían darse para evitar la superposición de facultades y atribuciones entre regiones, provincias, cantones y juntas parroquiales.

La didáctica y la pedagogía en la exposición de las ideas viene dada por la faceta de docente del autor. Con estos recursos clarifica términos para mejorar el manejo de los procesos de descentralización. No será lo mismo hablar de competencias que de atribuciones y facultades. Tampoco se debe confundir descentralización con desconcentración y menos aún con autonomías, así en plural, porque no se puede ser tan sesgado en creer que existe un solo sentido de este término; válido también la conceptualización diferenciadora entre organización territorial y forma de gobierno. Suing nos “entrega” esta terminología que ha sido tan poco comprendida por los actores involucrados en estos procesos.

Y es que la descentralización no terminará de ser un tema distante para la comprensión completa de los procesos de modernización institucional. Una gran mayoría de la población desconoce el alcance del concepto; e, incluso, los que se han encargado en el país del manejo de los procesos de descentralización han desconocido en forma integral lo que implica. Esta obra tiene esta prerrogativa –otra más–, el acercarnos a las definiciones de delegación, desconcentración, autonomías, descentralización... El capítulo III denota varias particularidades. Por una parte, evidencia la perspectiva del autor respecto a este fenómeno, nos dice que es un ferviente defensor del municipalismo y de la descentralización. Por otra parte, nos demuestra que el país no está estrenando, con la nueva Constitución, los principios y los esfuerzos por implantar este modelo de Estado en nuestro país. El análisis que el autor nos presenta es una apreciable sinopsis de la historia reciente respecto a los procesos llevados a cabo por algunos organismos para alcanzar la descentralización en el Ecuador. Acompaña esta reseña de antecedentes la descripción de las normas jurídicas que enmarcaron las actuaciones de los gobiernos seccionales y enumera las razones para explicar el fracaso en el cumplimiento de objetivos. En este punto, somos capaces de evaluar el proceso anterior y realizar la comparación necesaria con el sistema actual.

Luego de entender estos procesos, nos vemos abocados a la definición de descentralización y al estudio de los principios que la rigen, y solo ahí podemos comprender que el término comprende una variedad de acepciones y que en un sentido amplio se entiende como la transferencia de competencias, el reparto de poder o la distribución de responsabilidades desde la centralidad hacia la periferia. También se

entiende en este capítulo que existen varios grados de descentralización, de donde se derivan los conceptos de delegación, privatización, devolución o desconcentración. Aquí me surge una pregunta: actualmente, con la tendencia ideológica del gobierno, ¿es posible hablar de descentralización en el Ecuador? Parecería que con el objetivo que persigue el descentralizar, que es servir como herramienta de desarrollo local, la respuesta es bastante difícil de alcanzar.

Por otro lado, instructiva resulta la descripción de las categorías de descentralización brindada por el autor. Nos dice que hay una política, una administrativa, una fiscal, otra territorial y, finalmente una funcional. Sirve la descripción para acercarnos a los conceptos de competencias, facultades, atribuciones y responsabilidades, como materialidad de los procesos de descentralización.

Ya en este punto de la lectura, nos enfrentamos a la distinción entre este proceso y las autonomías. Nos dice el autor que

[...]hay diferencias entre descentralización y autonomías, la descentralización supone transferencia de competencias, acompañadas de recursos y de decisión política; autonomía implica un cambio en el modo de Estado que permita compartir el *monopolio legislativo*, característica del modelo de Estado unitario, en el espacio territorial en el que se reconozca su ejercicio, capacidad o potestad legislativa, que no se consigue con el reconocimiento de la llamada *facultad legislativa*, mal entendida, a todos los niveles subnacionales, pues ésta no pasa de simple capacidad normativa, es decir el ejercicio de atribuciones normativas, acotada al ámbito competencial que tenga cada nivel de gobierno, con respecto siempre de la ley, a la que no puede contradecir ni contraponer.[...] (p. 115)

Remarco especialmente, como meritorio de este capítulo, la clarificación conceptual de los términos y la comprensión sobre el fenómeno de la descentralización, que si bien “ha estado presente en la discusión pública nacional por cerca de veinte años, sus pocos avances dejan lecciones que deben aprovecharse para salvar los errores y proyectarse hacia una profundización y generalización del proceso”. (p. 120) Así de claro resulta el análisis que se hace en esta obra.

El siguiente apartado nos ilustra sobre ese *cuero social* que constituye el municipio. Interesante resulta la breve reseña histórica que nos hace respecto al origen y desarrollo de esta forma de organización, que se remonta a la antigua Roma y que debemos su existencia en el Ecuador a la colonización española. Resulta novedoso el conocimiento del origen del término *concejo* cuyo antecedente es la junta de vecinos dotada de poderes administrativos que se denominó *concilio*, latinismo que significa asamblea o junta con capacidad decisoria.

Esto nos sirve para comprender qué es el cantón, qué el municipio, en qué consiste su diferencia con la municipalidad y con el gobierno municipal. Además, nos

topamos con la naturaleza jurídica de la municipalidad y su autonomía frente a los otros niveles de gobierno, sus fines, sus funciones, los órganos de gobierno, el concejo municipal investido de facultades, las dignidades que se eligen para la representación orgánica de las organizaciones municipales...En fin, todo lo que sirve para acercarnos a esa forma de gobierno que tiene su importancia en relación directa con los objetivos que persigue en beneficio directo de los ciudadanos.

El quinto capítulo describe el sistema tributario municipal, que también adolece de descuido en su tratamiento y en dotarle un lugar importante en la ciencia de la hacienda pública en nuestro país.

Se inició esta breve reseña afirmando que era oportuna la obra en el contexto político actual; y, en realidad, el aparecimiento de esta obra y su importancia como aporte en la temática seccional trasciende el ámbito académico, pudiendo ser de utilidad para quien ejerce funciones públicas en relación con los gobiernos autónomos descentralizados.

Sentencia de constitucionalidad condicionada. Caso sobre despenalización del aborto en Colombia

*Xiomara Cecilia Balanta Moreno**

RESUMEN

Este artículo se trata de un buen ejemplo de una sentencia de constitucionalidad condicionada, donde la Corte Constitucional de Colombia hizo una gran labor jurídica de explicar, una a una, las razones de su cambio de precedente en cuanto al aborto. Pues, por primera vez en cien años, se da la posibilidad a las mujeres colombianas que decidan qué hacer frente a un embarazo. Este artículo pretende un análisis sobre el tipo de sentencia que produjo la Corte Constitucional, sobre valores o principios que entraron en juego, la clase de interpretación que se realizó, para finalmente hacer una reflexión crítica del caso.

PALABRAS CLAVE: Despenalización, aborto, precedente, bloque de constitucionalidad, omisión.

SUMMARY

The article refers to a good example of a conditioned constitutionality ruling, in which the Colombian Constitutional Court played an excellent role in explaining, one by one, the reasons that motivated a change in previous precedents regarding abortion. For the first time in one hundred years, the Court has enabled Colombian women to decide about pregnancy. This article intends to analyze this ruling of the Colombian Constitutional Court, referring to the values and principles that were weighted by the Judges, and the interpretation that took place, to derive in a critical reflection around the case.

KEY WORDS: Decriminalization, abortion, precedent, constitutional block, omission.

FORO

* Docente investigadora y profesora de la cátedra de Mecanismos Alternos de Solución de Conflictos, USB; abogada del Centro de Justicia y Acción contra el Racismo, del Movimiento Nacional Cimarrón.

INTRODUCCIÓN

La despenalización parcial del aborto en Colombia ha marcado un hito histórico en los debates jurídicos contemporáneos y neoconstitucionalistas. Por primera vez en cien años, se da la posibilidad a las mujeres colombianas que decidan qué hacer frente a un embarazo. Esta sentencia constituye, por ende, un cambio importantísimo en los derechos de las mujeres.

En esta Sentencia, la Honorable Corte Constitucional Colombiana (en adelante “la Corte” o “Corte Constitucional”) decidió la despenalización del aborto en tres casos: primero, cuando la mujer haya sido violada o inseminada artificialmente sin su consentimiento; segundo, por peligros graves a la salud física y psíquica de la madre; y tercero, por malformaciones del feto en donde se compruebe la inviabilidad de la vida de este.

Consideré pertinente traer a colación este caso, pues se trata de un buen ejemplo de una sentencia de constitucionalidad condicionada, donde la Corte Constitucional hizo una gran labor jurídica al explicar una a una las razones de su cambio de precedente en cuanto al aborto. Además, porque creo que esta sentencia es un buen aporte para los debates jurídicos por los que atraviesa ahora el Ecuador con la espera de una nueva Constitución.

EL CASO

Esta Sentencia trata de las demandas de inconstitucionalidad contra los artículos 122, 123 (parcial), 124, modificados por el art. 14 de la Ley 890 de 2004, y 32, numeral 7, de la ley 599 de 2000 Código Penal, instaurada por los ciudadanos Mónica del Pilar Roa López, Pablo Jaramillo Valencia, Marcela Abadía Cubillos, Juana Dávila Sáenz y Laura Porras Santillana.

Los demandantes consideraron que las normas demandadas violaban el derecho a la dignidad, la autonomía reproductiva y al libre desarrollo de la personalidad establecidos en el preámbulo, los artículos 1, 16 y 42 de la Constitución Política. Igualmente, se vulneraba el derecho a la igualdad y a la libre determinación (art. 13 C.P.), el derecho a la vida, a la salud y a la integridad (arts. 11, 12, 43, 49 C.P.), el derecho a estar libre de tratos crueles inhumanos y degradantes (art. 12 C.P.), y las obligaciones de derecho internacional de derechos humanos (art. 93 C.P.).

De este modo, el problema jurídico se enmarcó en la evaluación de si la regulación penal del delito de aborto, por no considerar circunstancias especiales que deberían estar despenalizadas y establecer una discriminación con relación al aborto realizado en menores de catorce años, desconoce el derecho de las mujeres a la dignidad humana, a la vida, a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad, a la libertad reproductiva, a

la salud, a la seguridad social, y la obligación del Estado de respetar los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia.

Ahora bien, adentrándonos en la Sentencia, se puede observar que el primer problema jurídico abordado fue el de la Cosa Juzgada, pues la Corte Constitucional, en el año 1994, ya se había pronunciado sobre el tema del aborto, y había dicho que no era posible el aborto en ninguna circunstancia, a lo que respondió la Corte diciendo que este principio de Cosa Juzgada no se presenta en este caso, porque la misión de la Corte no solo es confrontar el contenido de una determinada norma con la Constitución, sino que puede pasar a revisar otros asuntos relacionados con otras normas que, sin pertenecer al texto constitucional, pueden tener el mismo rango. Este es el caso del bloque de constitucionalidad, según el cual es posible elevar normas de menor jerarquía al mismo nivel que la Constitución, como el caso de los Tratados Internacionales, donde específicamente se hizo alusión al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y a la Convención Americana de Derechos Humanos, tratados internacionales de derechos humanos que hacen parte del bloque de constitucionalidad aun en su sentido restringido o *strictu sensu*. Como ejemplo, se encuentra la “Convención contra todas las formas de discriminación contra la mujer, CEDAW” y la “Convención de Bélem do Para”.

En síntesis, la parte resolutive del fallo declara la constitucionalidad condicionada del artículo 122 del Código Penal, y se debe entender que es inexecutable la penalización del aborto en los siguientes casos:

- Cuando la continuidad del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificada por un médico.
- Cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico.
- Cuando el embarazo sea el resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto.

De igual manera, se declara del artículo 123 del Código Penal, la inconstitucionalidad de la expresión “en mujer de catorce años”, por la posibilidad de que las mujeres menores de 14 años puedan emitir su consentimiento para el aborto. Y, a su vez, se declaró la inexecutable del artículo 124 del Código Penal, que consagraba causales de atenuación punitiva para quien practicara un aborto, es decir, que las penas de prisión para la mujer y el médico que lo practicara quedaron sin efecto en los tres casos expuestos.

De este modo, la Corte mantiene la regla general de prohibición del aborto, pero establece excepciones y criterios fundamentales para la aplicación de las mismas, tales como: Responsabilidad, ya que el aborto se permite en ciertas circunstancias, para que la madre, de manera responsable, tome la decisión de hacerlo; seguridad, es decir, que

se practique en condiciones adecuadas que garanticen la salud de la madre, y no deben presentarse obstáculos o requisitos adicionales para las mujeres que deseen ejercer su derecho a abortar.

VALORES O PRINCIPIOS QUE ENTRAN EN JUEGO

Para llegar a este fallo, que marcó un “hito” en la jurisprudencia colombiana, la Corte Constitucional tuvo que analizar varias normas, valores y principios constitucionales, entre los que están el derecho a la vida, libertades, autonomía y libre desarrollo de la personalidad, principio de proporcionalidad, derecho a la igualdad, a la salud y a la integridad, el derecho a estar libre de tratos crueles inhumanos y degradantes, y las obligaciones de derecho internacional de derechos humanos.

Ciertamente, dijo la Corte que cuando entran en tensión valores, derechos y principios, el sopesamiento de estos debe realizarse únicamente dentro del marco jurídico y político establecido por la Constitución y no en valores exógenos a ella que, si bien son válidos, no hacen parte del ordenamiento jurídico constitucional. Por ello, la Corte emprendió en esta sentencia un ejercicio de ponderación donde dejó sentada su posición, de la siguiente manera:

Sobre el derecho a la vida, la Honorable Corte dijo que no existía en la Constitución o en los Tratados internacionales una norma que prohíba el aborto, la única norma que consagra una prohibición es un Tratado de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pero este mismo admite excepciones. Ahora bien, en lo que respecta a cuándo entender la vida es un poco complejo, al punto que la Corte optó por diferenciar la vida del derecho a la vida, y estableció que hay vida cuando se une el espermatozoide y el óvulo o, como lo dice el genetista Emilio Yunis, ésta se presenta en cualquier célula, humana o no humana, pero dijo que entrar a una discusión como esa obliga a reflexionar acerca de si la vida es natural, creada, si se da por razones físicas, químicas, religiosas, biológicas, etc. Por ello, el tema de la vida debe restringirse, en estos casos, al análisis de los derechos que se generan para la vida, ya sea con o sin personalidad jurídica.¹ Es decir, que la única posibilidad de justificar el aborto es sostener que existe una vida, de una mujer con personalidad jurídica y derechos ciertos, enfrentada a un proyecto de vida que no tiene personalidad jurídica y solo tiene derechos potenciales.

Acerca de la libertad y libre desarrollo de la personalidad, la Corte estableció que estos derechos son límites a la potestad de configuración del legislador no solamente en

1. Jaime Araujo Rentarías, Exposición sentencia C-355-06 de la Corte Constitucional, sobre el aborto y su incidencia en la prestación de los servicios de salud, la responsabilidad penal y las obligaciones del médico tratante y de él frente a la mujer, 2 de octubre de 2006.

materia penal, sino en general en el ejercicio de su potestad sancionatoria. Pues innumerables decisiones se ha sostenido que el legislador, sin importar la relevancia de los bienes constitucionales que pretenda proteger, no puede establecer medidas perfeccionistas que supongan una restricción desproporcionada del derecho al libre desarrollo de la personalidad. Por eso la Corte Constitucional restablece la libertad en dos direcciones, la primera es respetando la decisión de las mujeres que aún siendo violadas aceptan tener su hijo, y la segunda es permitiendo que las mujeres que deseen abortar puedan hacerlo.

En cuanto al derecho a la igualdad y no discriminación, la Convención de la Mujer consagra el derecho de las mujeres a disfrutar de los derechos humanos en condiciones de igualdad con los hombres, y la eliminación de las barreras que impiden el disfrute efectivo por parte de las mujeres de los derechos reconocidos internacionalmente y en las leyes nacionales, así como la toma de medidas para prevenir y sancionar los actos de discriminación. A su vez, dijo la Corte que la prohibición de la realización de un aborto está ignorando el derecho a la vida de las mujeres, y la medida viola claramente un derecho fundamental y no es proporcional el trato con el fin perseguido, además de que la penalización del aborto implica una violación a la igualdad de las mujeres con menos poder y recursos.

Y frente al derecho a la privacidad, la Corte señaló que se debe reconocer el derecho a la privacidad de las mujeres, donde ellas deciden, entre otras cosas, si tienen o no hijos.

Ahora bien, el principio de dignidad humana es gravemente vulnerado cuando una mujer es violada, artificialmente inseminada o es víctima de transferencia de óvulo fecundado no consentida. También se desconoce su dignidad como ser humano cuando el legislador le impone a la mujer, igualmente contra su voluntad, servir de instrumento efectivamente útil para procrear, al penalizar el aborto sin ninguna excepción. Es así como el embarazo forzado por violación es un desconocimiento del principio de dignidad humana de la niña y la mujer.

Otros principios constitucionales que se tienen en cuenta en este fallo: Principios de proporcionalidad y razonabilidad, ya que en numerosas decisiones la Corte Constitucional ha afirmado que el Legislador cuenta con un amplio margen para establecer las conductas punibles y determinar sus sanciones. Sin embargo, también ha indicado que el poder punitivo cuenta con límites en esa labor, tales como el de respetar los derechos constitucionales y atender los principios de proporcionalidad y razonabilidad.

De igual manera, para la aplicación de dicha sentencia, se hace alusión al principio de confidencialidad, porque es fundamental que la objeción de conciencia que realicen los médicos no sea pública, para garantizar que el caso se mantenga bajo reserva. Se trata de evitar que las mujeres, ante el miedo del juicio público, opten por no ejercer su derecho a abortar.

También, alude al principio de favorabilidad, en cuanto a los efectos jurídicos. Dice que las decisiones adoptadas en esta sentencia tienen vigencia inmediata y el goce de los derechos aquí protegidos no requiere de desarrollo legal o reglamentario alguno, aunque no cierra la puerta para que los órganos competentes, si lo consideran conveniente, expidan normas que fijen políticas públicas acordes con esta decisión.

ANÁLISIS DEL CASO

¿Interpretación Constitucional o legal o ambas?

Es menester comenzar por el significado de la palabra interpretar, y al respecto, encontramos que, etimológicamente hablando, el verbo “Interpretar” proviene de la voz latina *interpretare* o *interpretari*. Según el *Diccionario de la lengua española*, interpretar es explicar o declarar el sentido de algo, y principalmente el de textos poco claros.

Ahora bien, la interpretación constitucional es la asimilación de una hermenéutica jurídica desde la Constitución y en forma adecuada a ésta.² Para Kelsen, la interpretación, aunque trascendental, es solo un momento del proceso de creación del derecho, es decir, que toda norma debe ser interpretada para su aplicación, o sea, en la medida en que el proceso de creación y de aplicación del derecho desciende un grado en la jerarquía del orden jurídico (Hans Kelsen, 1997).

Según Zagrebelsky, el proceso interpretativo es una actividad intermedia, o mediadora, entre el caso real y la norma que debe regularlo, entre la ratio del caso y la voluntad de la ley en procura de la solución adecuada.³

En Colombia, esta interpretación constitucional se encuentra en manos de la Corte Constitucional, como órgano guardián de la integridad de la Constitución. Su misión es confrontar las leyes con los preceptos constitucionales, y excluir aquellas normas que los quebranten. De este modo, la Honorable Corte Constitucional, para este caso concreto, interpretó la Constitución Política de 1991 y las leyes que en virtud del Bloque de Constitucionalidad la conforman, aunque también realizó una interpretación de las demás normas que integran el ordenamiento jurídico colombiano, y que eran necesarias para la solución de este caso.

En ejercicio de sus competencias, la Corte profirió una sentencia modulada o sentencia intermedia, la cual, de acuerdo con Rodrigo Escobar Gil, es una sentencia donde se adop-

2. Jorge Enrique Figueroa Montantes, *Interpretación constitucional y decisión judicial*, Bogotá, Leyer, 2001, p. 15.

3. Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil*, traducción Marna Gascon, Valladolid, Trotta, 1995, p. 133. Citado por: Jorge Enrique Figueroa Montantes, *Interpretación constitucional y decisión judicial*.

tan decisiones distintas de las usuales de exequibilidad simple o de pura inexecutable, y apunta más bien a ocupar un lugar intermedio entre esos dos extremos de decisión.⁴

En este caso se trató de una sentencia interpretativa y, a su vez, aditiva, ya que la Corte, de acuerdo con sus consideraciones, estableció mediante esta sentencia las excepciones a la regla general de la prohibición del aborto. Y es interpretativa porque la Corte misma estableció la manera en que debían ser entendidas las excepciones establecidas para el aborto, y tan es así, que dentro de sus consideraciones finales estableció la manera como debía interpretarse dicho fallo, y al respecto dijo que la decisión no implicaba una obligación para las mujeres de adoptar la opción de abortar. Por el contrario, en el evento de que una mujer se encuentre en alguna de las causales de excepción, ésta puede decidir continuar con su embarazo, y tal determinación tiene amplio respaldo constitucional. No obstante, lo que determina la Corte en esta oportunidad es permitir a las mujeres que se encuentren en alguna de las situaciones excepcionales que puedan, acorde con los fundamentos de esta sentencia, decidir la interrupción de su embarazo sin consecuencias de carácter penal, siendo entonces imprescindible, en todos los casos, su consentimiento.

Por otro lado, y en virtud del control abstracto del que ya han hablado autores como Lautaro Ríos, Prieto Sanchís, entre otros, debo decir que la Corte, tal como lo establece Hernán Pérez Loose, hizo un doble proceso interpretativo, en el que se encontraba con la parte jurídica y la política, o como lo diría Manuel Aragón, se realizó un control jurídico basado en razones jurídicas, y un control político basado en razones políticas. Y, contrario a lo que diría Sandra Morelli, yo alabo la actitud de la Honorable Corte Constitucional, porque en esta Sentencia se asumió como un órgano jurídico y político activo,⁵ pues en su profundo análisis jurídico-político tomó una decisión basada en la Constitución Política de 1991, en todas las normas que hacen parte del Bloque de Constitucionalidad, y a su vez, tuvo en cuenta las más de mil intervenciones de organizaciones de mujeres, de ciudadanos, de miembros del gobierno, etc., y la realidad social que tienen que afrontar las mujeres en las clínicas clandestinas de abortos.

Cabe recalcar que, frente al Bloque de Constitucionalidad, la Corte ha sido enérgica al reiterar, por medio de sus fallos, la necesidad de interpretar armónica y sistemáticamente los tratados internacionales, entendiendo que el derecho internacional público debe ser considerado como un todo coherente y armónico. Según la doctrina, el bloque de constitucionalidad es un intento por sistematizar jurídicamente las normas materialmente constitucionales, es decir, con fuerza constitucional, pero que formalmente no

4. Rodrigo Escobar Gil, “La modulación de las sentencias de control constitucional”, en *Corte Constitucional: un cambio ineludible*, Quito, Tribunal Constitucional, 2007, p. 236.

5. Sandra Morelli, *La posibilidad de control constitucional de los actos económicos del Estado*, Lima, Comisión Andina de Juristas, 2000.

están allí consagradas. Por ende, el bloque de constitucionalidad es compatible con la idea de constitución escrita y con la supremacía de la misma, por cuanto es por mandato de la propia Constitución que normas, que no hacen parte de su articulado, comparten empero su misma fuerza normativa, puesto que la propia Carta, como fuente suprema del ordenamiento, así lo ha ordenado.⁶

En tal virtud, Rodrigo Uprimny ha dicho que la noción de bloque de constitucionalidad contribuye a la ampliación del debate constitucional, pues significa que los mandatos constitucionales, que se deben tener en cuenta para resolver una controversia judicial, no son exclusivamente los artículos de la Constitución, ya que otras disposiciones y principios pueden tener también relevancia para decidir esos asuntos.⁷ Y fue así como en esta sentencia la Corte tuvo en cuenta el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la “Convención contra todas las formas de discriminación contra la mujer, CEDAW”, la “Convención de Bélem do Para”, etc.

Otro tema importante dentro de este caso concreto, y que ya ha sido documentado por varios autores como Luis Prieto Sanchís, es el juicio de ponderación, el cual es un razonamiento que se utiliza para resolver conflictos entre principios o, de acuerdo con Rodrigo Escobar Gil y Marco Gerardo Monroy Cabra:

La ponderación consiste en determinar el peso que debe tener en un caso concreto un derecho, frente a otro que entra en tensión con él. Para ello el juez constitucional utiliza prevalentemente el principio de proporcionalidad. De cualquier manera, la finalidad de este método es similar al de jerarquización, pues persigue evidenciar qué ejercicio de derechos puede ser calificado de legítimo, dada la importancia que reviste o peso que tiene, en relación con los otros que se encuentren implicados. Sin embargo, la ponderación también puede llevar al juez a establecer restricciones correlativas de derechos en tensión, a fin de lograr su efectividad coetánea, pero limitada.⁸

Al respecto, dijo la Corte: “todos los derechos merecen protección del Estado pero cuando se presenta un conflicto entre ellos, debe entenderse que ningún derecho es absoluto y por tanto puede ser ponderado frente a otros”.⁹ De este modo, es jurisprudencia reiterada de la Corte Constitucional que los derechos fundamentales, los principios y valores constitucionales no son ilimitados ni tienen un carácter absoluto. Y en esa

6. Germán Bidart Campos, *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*. Citado por Rodrigo Uprimny, *Bloque de Constitucionalidad, derechos humanos y nuevo procedimiento penal*, en www.wcl.american.edu/humrightwww.wcl

7. Rodrigo Uprimny, *ibid.*

8. Salvamento de voto de los magistrados Marco Gerardo Monroy Cabra y Rodrigo Escobar Gil a la sentencia C-355/06.

9. Sentencia C-355/06.

medida, estableció que tanto el derecho a la vida, como la protección a la vida del nasciturus deben ser ponderados con los restantes derechos y bienes constitucionalmente protegidos, y como resultado de la ponderación podía resultar que en ciertos casos la protección del bien jurídico de la vida en cabeza del nasciturus podría suponer cargas desproporcionadas para el derecho a la vida, a la igualdad y a la salud de la mujer gestante. Y fue así como en esta Sentencia la Corte Constitucional estableció criterios como el de la ponderación entre el derecho a la vida (vida en gestación) y los derechos de la mujer como el de la dignidad, salud, libre desarrollo de la personalidad e igualdad, obteniendo como resultados que la prohibición total del aborto resultaba inconstitucional por varios motivos, entre ellos, el sacrificio de derechos y principios constitucionales que tienen las mujeres.

Otro punto, que marco la trascendencia jurídica de esta sentencia, fue el tema de la objeción de conciencia de los médicos, pues la Corte cambió su jurisprudencia, porque anteriormente se decía que no había objeción de conciencia en Colombia, y al respecto dijo la Corte:

Cabe recordar además, que la objeción de conciencia no es un derecho del cual son titulares las personas jurídicas, o el Estado. Solo es posible reconocerlo a personas naturales, de manera que no pueden existir clínicas, hospitales, centros de salud o cualquiera que sea el nombre con que se les denomine, que presenten objeción de conciencia a la práctica de un aborto cuando se reúnan las condiciones señaladas en esta sentencia. En lo que respecta a las personas naturales, cabe advertir, que la objeción de conciencia hace referencia a una convicción de carácter religioso debidamente fundamentada, y por tanto no se trata de poner en juego la opinión del médico en torno a si está o no de acuerdo con el aborto, y tampoco puede implicar el desconocimiento de los derechos fundamentales de las mujeres; por lo que, en caso de alegarse por un médico la objeción de conciencia, debe proceder inmediatamente a remitir a la mujer que se encuentre en las hipótesis previstas a otro médico que sí pueda llevar a cabo el aborto, sin perjuicio de que posteriormente se determine si la objeción de conciencia era procedente y pertinente, a través de los mecanismos establecidos por la profesión médica.¹⁰

No obstante, lo que anteriormente constituía un precedente, fue modificado por la misma Corte. Empero, la Corte explicó sobre los cambios de precedente, argumentando que la Corte Constitucional puede apartarse de los argumentos esgrimidos en decisiones previas e, incluso, también puede llegar a la misma decisión adoptada en el fallo anterior pero por razones adicionales o heterogéneas, es decir, que el juez constitucional debe evaluar en cada caso concreto las disposiciones demandadas, aun en aquellos eventos en que textos idénticos hayan sido objeto de un pronunciamiento de exequibilidad.

10. *Ibid.*

Ahora bien, este mismo argumento del cambio de precedente fue el que utilizó dicha Corporación frente a la excepción de Cosa Juzgada, propuesta por algunas personas. La Corte, al analizarla, estableció que tal fenómeno no se produjo, en ninguna de sus modalidades, ni respecto a ninguna de las disposiciones acusadas, y por ende, realizó el control de constitucionalidad sobre las disposiciones demandadas.

Y finalmente, en virtud del principio de conservación del derecho, profirió una sentencia de exequibilidad o constitucionalidad condicionada mediante la cual se consideró que no se incurría en el delito de aborto en las hipótesis a las cuales se ha hecho mención con anterioridad. Y así impidió que la debida protección a la vida en gestación representara una afectación desproporcionada de los derechos de la mujer embarazada.

REFLEXIÓN CRÍTICA DEL CASO

La Sentencia C-355-06 es relativamente larga, pues tiene una extensión aproximada de 224 páginas. Todo esto se debe a las tantas intervenciones que se dieron en este caso pues, por tratarse de una acción pública, participaron varias personas naturales, organizaciones nacionales e internacionales, en una cifra cercana a los dos mil intervinientes.

Además, es de advertir que el tema del aborto es bastante complejo, es un tema en el que se entrelazan varias posiciones jurídicas, religiosas, culturales, filosóficas, políticas y hasta médicas. Tanto es, que el nivel de polarización que generó esta sentencia se vio dilucidado aun en la propia Corte Constitucional, pues personajes de larga trascendencia en los debates jurídicos, y con una actitud conservadora, optaron por salvar sus votos y dejar sentadas sus posiciones. Tal es el ejemplo de los Drs. Marco Gerardo Monroy Cabra y Rodrigo Escobar Gil, quienes compartieron la declaración de exequibilidad del numeral 7 del artículo 32 de la Ley 599 de 2000, pero salvaron el voto respecto de la decisión de exequibilidad condicionada del artículo 122 de la misma ley, así como de las declaraciones de inexequibilidad del artículo 124 y de la expresión “o en mujer menor de catorce años” contenida en el artículo 123 de la Ley 599 de 2000.

Dentro de las razones jurídicas que tuvieron los Magistrados está el argumento de que la Corte ha debido iniciar el análisis de la constitucionalidad de las normas acusadas partiendo de la premisa científica de la existencia de la vida humana desde el momento mismo de la concepción. Y que, además, la vida humana es un derecho fundamental que solo existe y se manifiesta en cabeza de un ser vivo, sujeto al que llamamos ser humano o persona, y debe por ende, forzosamente, el Estado, a través de las autoridades de la República, proteger la vida del nasciturus, como individuo de la especie humana y que por lo tanto posee plena titularidad de derechos.

No obstante, la decisión de la Corte Constitucional generó en la opinión pública un gran impacto y en algunas personas, hasta descontento, por aquello que Sandra Morelli

llama la suplantación de los órganos democráticos, como lo es el Congreso de la República. Aunque, frente a esto, los Magistrados de la Corte se defendieron diciendo que esta corporación en ningún momento intentó, en esta sentencia, legislar, pues la Corte es consciente que ésta es función del Congreso y de las entidades encargadas de la salud pública en Colombia. De esta manera, dejó en claro, es el poder legislativo uno de los principales destinatarios del deber de protección y está obligado a la adopción de disposiciones legislativas con el propósito de salvaguardar la vida de los asociados.

Por otro lado, y pasando a hacer una reflexión crítica de la decisión tomada por la Corte en el caso en concreto, considero que fue un gran avance en los derechos de las mujeres. Fue una batalla jurídica ganada en memoria de todas las mujeres que murieron en Colombia por las malas prácticas de los abortos ilegales o abortos inseguros, realizados en clínicas clandestinas. Muestra de ello son los pronunciamientos de organizaciones mundiales como la Organización Mundial de la Salud (OMS), que estimó que a nivel mundial se realizan aproximadamente 20 millones de abortos inseguros cada año, los cuales ocasionan 78.000 muertes, casi la totalidad de ellas en países en desarrollo y, evidentemente, en países con legislaciones restrictivas que obligan a la mujer a recurrir a estos procedimientos, que ya fueron considerados en la Plataforma de Beijing como un problema de salud pública.

Desafortunadamente, en Colombia el aborto es un problema social, ya que quienes deben asumir los riesgos físicos, psicológicos y jurídicos de esta conducta son las mujeres de escasos recursos y especialmente las niñas y adolescentes. Porque las mujeres que gozan de una mejor situación económica pueden someterse a asistencia médica, psicológica y jurídica, y hasta apoyo familiar en mejores condiciones. En tal virtud, considero que la Corte Constitucional, como guardiana de la integridad y supremacía de la Constitución, y por ende protectora de los derechos fundamentales de todas las personas, debe hacer valer los derechos en cabeza de las mujeres, sin importar su condición económica.

No obstante, no se puede olvidar que en muchos fallos la Corte también ha dicho que la interpretación de los derechos fundamentales es cambiante y está orientada por el principio de maximización, es decir, toda interpretación de los derechos humanos, que resulte más protectora y que represente un menor sacrificio de otros derechos, debe ser preferida a las interpretaciones restrictivas o que generen mayor lesión de otros derechos.

Así mismo, es importante recordar el principio de progresión de los derechos, de tal manera que éstos deben estar en continua ampliación y los Estados parte están obligados a adoptar los mecanismos que garanticen tal desarrollo y les es prohibido adoptar medidas regresivas frente a ellos.

Ahora bien, con respecto al nasciturus, más allá de la discusión de si el nasciturus es una persona y en esa calidad titular de derechos fundamentales, es una vida humana en

gestación, y como tal el Estado colombiano tiene un claro deber de protección que se deriva, como antes se dijo, de numerosas disposiciones constitucionales.

Y es, precisamente, a partir de todo lo anteriormente mencionado, que estoy de acuerdo con la decisión mayoritaria, y discrepo de los salvamentos de voto establecidos en esta sentencia. Considero pertinente el fallo en cuanto a la no despenalización total del aborto, sino de manera parcial. Pues nótese que, al igual que la mujer, el nasciturus necesita de la protección del Estado Colombiano, pero también es cierto que esto no puede de ninguna manera impedir que existan causales de excepción, que les permitan a las mujeres decidir el rumbo de sus vidas.

Finalmente, reitero que se trata de un tema bastante complejo, y a la vez extenso, pues son muchas las posiciones jurídicas, políticas, religiosas, médicas, etc., que toca analizar en cualquier intento de abordar este tema.

Realzo la labor de la Corte Constitucional Colombiana, porque esta sentencia es una muestra más de sus grandes intentos por ir a la vanguardia de las realidades de la sociedad colombiana. A su vez, reitero el gran aporte que puede dar al Ecuador este fallo, en virtud de las luchas de organizaciones de mujeres, que aun hoy buscan ser escuchadas en la Asamblea Constituyente.

BIBLIOGRAFÍA

Araujo Rentarías, Jaime. Exposición sentencia C-355-06 de la Corte Constitucional, sobre el aborto y su incidencia en la prestación de los servicios de salud, la responsabilidad penal y las obligaciones del médico tratante y de él frente a la mujer, 2 de octubre de 2006.

Diccionario de la lengua española, Madrid, Espasa-Calpe S.A., 2005.

Escobar Gil, Rodrigo, “La modulación de las sentencias de control constitucional”, en *Corte Constitucional: un cambio ineludible*, Quito, Tribunal Constitucional, 2007.

Figuroa Montantes, Jorge Enrique, *Interpretación constitucional y decisión judicial*, Bogotá, Leyer, 2001.

Morelli, Sandra, *La posibilidad de control constitucional de los actos económicos del Estado*, Lima, Comisión Andina de Juristas, 2000.

Salvamento de voto de los magistrados Marco Gerardo Monroy Cabra y Rodrigo Escobar Gil a la sentencia C-355/06.

Uprimny, Rodrigo, *Bloque de constitucionalidad, derechos humanos y nuevo procedimiento penal*, en www.wcl.american.edu/humright

Fecha de recepción: 6 de octubre de 2009
Fecha de aceptación: 23 de octubre de 2009

Colaboradores

Xiomara Balanta, colombiana, Abogada, Universidad San Buenaventura de Cali-Colombia; Magíster en Derechos Humanos y Democracia en América Latina con mención en Mecanismos de protección, Universidad Andina Simón Bolívar, Ecuador; Diplomado en Pedagogía Universitaria, USB, Cali; Diplomado en Formación en Conciliación, Cámara de Comercio, Cali; docente Investigadora y Profesora de la Cátedra de Mecanismos Alternos de Solución de Conflictos, USB; Abogada del Centro de Justicia y Acción contra el Racismo, del Movimiento Nacional Cimarrón. *xiomybalanta@gmail.com*

Danilo Alberto Caicedo Tapia, ecuatoriano, Abogado, Pontificia Universidad Católica del Ecuador; Diplomado en Derecho constitucional; y Magíster en Derecho mención Derecho constitucional (c), Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador; colaborador del Colectivo PRODH y Funcionario de la Subsecretaría de Desarrollo Normativo del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del Ecuador. *danct242@hotmail.com*

Claudia Escobar García, colombiana, Abogada y candidata a Licenciada en Filosofía, PUJ; Magíster en Derecho, con mención en Derecho constitucional, UASB-E; asesora de la Corte Constitucional. *claudiae57@yahoo.com*

Jhoel Escudero S., ecuatoriano, Abogado y Doctor en Jurisprudencia, Diplomado Superior en Mediación, Universidad Central del Ecuador (UCE); Magíster en Derecho mención Derecho constitucional, Universidad Andina Simón Bolívar. Asesor de la Corte Constitucional, miembro de la Red de Nuevos Constitucionalistas Críticos Capítulo Ecuador. *marlin99x@yahoo.com*

Carlos Alberto Goitia Caballero, boliviano, Licenciado en Derecho, Universidad Católica Boliviana (UCB), La Paz. Magíster en Derecho Económico; Magíster en Derecho Constitucional y Derecho Procesal Constitucional; y Especialista en Derecho Tributario, Universidad Andina Simón Bolívar, La Paz (UASB-LP). Constituyente de la República de Bolivia; ex ministro de Justicia y Derechos Humanos y Viceministro de Justicia de la República de Bolivia. Profesor Invitado de la Universidad Santo Tomás de Aquino de Bolivia - Colegio de Abogados de La Paz. Docente de la Carrera de Derecho de la UCB. *carlosalbertogoitia@yahoo.es*

- Raúl Llasag Fernández**, ecuatoriano, abogado y doctor en Jurisprudencia, Universidad Central del Ecuador. Magíster en derecho Constitucional, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. *rllasag@hotmail.com*
- Dunia Martínez Molina**, ecuatoriana, Abogada y doctora en Jurisprudencia, Universidad del Azuay; Magíster en Derecho mención en Derecho económico Universidad Andina Simón Bolívar. *dmartinez@uasb.edu.ec*
- Diego F. Mogrovejo Jaramillo**, ecuatoriano, Licenciado en Ciencias Jurídicas y Abogado PUCE, Diplomado Superior en Derecho Constitucional UASB, ex Asesor Parlamentario de la Comisión de Asuntos Constitucionales y de Despacho en el Congreso Nacional, ex Asesor de Despacho y Director de Asesoría Jurídica del Ministerio de Gobierno, ex Abogado de la UARHS del Banco Central del Ecuador, Profesor de la Carrera de Derecho a Distancia de la UTI, Abogado en libre ejercicio en temas de Derecho público. *dfmogrovejo@gmail.com*
- Edison Toro Calderón**, ecuatoriano, Abogado y doctor en Jurisprudencia, PUCE; Curso Especializado en Administración Tributaria, Centro Interamericano de Administraciones Tributarias Panamá; Máster en Derecho Internacional Económico (c) Universidad Andina Simón Bolívar; Especialista Jurídico de la Dirección Nacional Jurídica del Servicio de Rentas Internas. Director de Asesoría Jurídica, Ministerio de Coordinación de la Política Económica. *etoro@mcpe.gov.ec*
- Diego Zambrano Álvarez**, ecuatoriano, Licenciado en Ciencias Jurídicas y Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Diploma Superior en Derecho y Máster en Derecho (c) mención Derecho constitucional, Universidad Andina Simón Bolívar sede Ecuador. *diegozambrano03@gmail.com*

Normas para colaboradores

1. *Foro: Revista de Derecho* del Área de Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar procurará publicar 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. El autor que presente el mismo artículo a otra revista, que ya hubiese sido publicado o se fundamente en una versión ya publicada, deberá notificar el particular al editor de la revista.
3. El artículo debe ser remitido en un original impreso y en un disquete a la siguiente dirección:

Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

Área de Derecho.

Av. Toledo N22-80

Quito - Ecuador

Fax (593 2) 322 8426

Teléfonos: (593 2) 322 8031, 322 8436

Dirección electrónica: dmartinez@uasb.edu.ec

4. 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 12, en una sola cara a espacio simple. Las páginas estarán numeradas, el texto justificado.

La extensión máxima será de 20 páginas Inen A4, equivalentes a 55.000 caracteres aproximadamente.

Todo artículo debe ir acompañado del nombre del autor en la parte superior derecha. Se solicita que cada trabajo esté acompañado de un resumen o síntesis en castellano (no más de 10 líneas). Adicionalmente, se indicarán al menos cinco palabras clave que establezcan los temas centrales del artículo.

Cuando se quiera llamar la atención sobre alguna palabra se usarán las cursivas, sin subrayar ni usar negritas. Se evitará también, en lo posible, el uso de abreviaturas. No se usarán cursivas en los títulos de los artículos.

Las notas bibliográficas se realizarán al pie de cada página de la siguiente manera: Nombre y apellido del autor, título de la obra (en *cursivas*), ciudad, editorial, año y número de página o páginas de donde se tomó la referencia. Por ejemplo:

Javier Viciano, *Libre competencia e intervención pública en la economía*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995, p. 206.

En caso de citas posteriores de la misma obra, se señalará únicamente el nombre y apellido del autor, título de la obra y número de página, así: Javier Viciano, *Libre competencia e intervención pública en la economía*, p. 206.

Se deberá ser consistente con esta forma de citar a lo largo del texto.

Para las citas de revistas o publicaciones periódicas se solicita realizarlas de la siguiente manera: Nombre del autor, título (entre comillas “ ”), nombre de la revista (en *cursiva*), tomo o volumen, número del ejemplar, ciudad de edición, año de publicación y página o páginas citadas. Ej.: Xavier Gómez, “Los derechos de propiedad intelectual”, en *Foro: Revista de Derecho*, No. 1, Quito, 2003, pp. 85-121.

Las referencias bibliográficas deben presentarse al final del artículo bajo el nombre de “Bibliografía” y contendrá los siguientes datos: apellido y nombre del autor, título de la obra, tomo o volumen, lugar, casa editorial, año de publicación, número de edición. De preferencia no irán numerados y se relacionarán por orden alfabético, y por año de publicación; por ejemplo: Viciano, Javier, *Libre competencia e intervención pública en la economía*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995.

Las citas textuales de hasta cuatro renglones deben escribirse entre comillas y seguido al texto; cuando excedan este número de líneas deben escribirse en párrafo aparte, en un tamaño de letra inferior al resto del texto, con una sangría diferente y con un renglón blanco antes y otro después; si el autor añade algo al texto transcrito deberá ponerlo entre corchetes.

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.

Cualquier otro aspecto sobre el formato debe resolverse por el autor observando uniformidad y consistencia.

5. Los autores adjuntarán a su trabajo un resumen no superior a cinco líneas de su hoja de vida.
6. Se debe consignar la dirección y demás datos de ubicación del autor, con el propósito de notificar la recepción de los artículos, así como cualquier decisión del Comité Editorial.
7. La evaluación de los trabajos la realizará el Comité Editorial de la revista, los académicos especializados o consultores externos (se conservará el anonimato del autor) quienes resolverán su publicación. Independientemente de esta decisión los trabajos no serán devueltos al autor.
8. Los editores y demás responsables de la revista se reservan el derecho de realizar las correcciones de estilo y modificaciones editoriales que crean necesarias.



UNIVERSIDAD ANDINA
SIMÓN BOLÍVAR
Ecuador



RECTOR

Enrique Ayala Mora

DIRECTOR DEL ÁREA DE DERECHO

César Montaña Galarza

Toledo N22-80 • Apartado postal: 17-12-569 • Quito, Ecuador

Teléfonos: (593 2) 322 8031, 322 8436 • Fax: (593 2) 322 8426

Correo electrónico: ealban@corpmyl.com, dmartinez@uasb.edu.ec

www.uasb.edu.ec



CORPORACIÓN
EDITORIA NACIONAL

Roca E9-59 y Tamayo • Apartado postal: 17-12-886 • Quito, Ecuador

Teléfonos: (593 2) 255 4358, 255 4658, 256 6340 • Fax: ext. 12

Correo electrónico: cen@cenlibrosecuador.org

www.cenlibrosecuador.org

SUSCRIPCIONES

Valor de la suscripción bianual:*

Ecuador: USD 35,84

América: USD 78,40

Europa: USD 89,60

Resto del mundo: USD 108,64

Valor del ejemplar suelto: USD 10,08

* Estos precios incluyen el 12% del IVA.

Dirigirse a:

CORPORACIÓN EDITORA NACIONAL

Roca E9-59 y Tamayo • Apartado postal: 17-12-886 • Quito, Ecuador

Teléfonos: (593 2) 255 4358, 256 6340 • Fax: ext. 12

Correo electrónico: ventas@cenlibrosecuador.org

CANJES

Se acepta canje con otras publicaciones periódicas.

Dirigirse a:

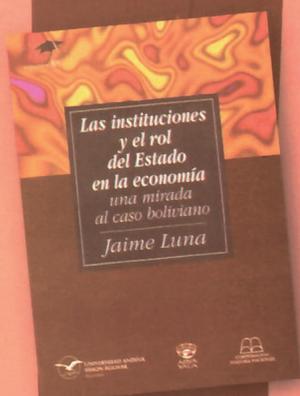
UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR, SEDE ECUADOR

Centro de Información

Toledo N22-80 • Apartado postal: 17-12-569 • Quito, Ecuador

Teléfono: (593 2) 322 8094 • Fax: (593 2) 322 8426

Correo electrónico: biblioteca@uasb.edu.ec



Jaime Luna, *Las instituciones y el rol del Estado en la economía: una mirada al caso boliviano*, Serie Magíster, vol. 88, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar / Abya-Yala / Corporación Editora Nacional, 2009.

El objetivo principal del presente trabajo es determinar si ciertas instituciones en Bolivia propician una mayor participación del Estado en la economía. El estudio considera la actual coyuntura política y, sobre todo, determinados hechos históricos que ayudan a entender los rasgos políticos y sociales propios del país.



Programa Andino de Derechos Humanos, comp., *Derechos humanos, democracia y emancipación*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar / Abya-Yala, 2009.

Esta publicación recoge los aportes más importantes que retroalimentaron la discusión durante la Primera Conferencia Latinoamericana “Derechos Humanos, Democracia y Emancipación”, la misma que tuvo lugar en Quito, entre el 21 y el 23 de mayo de 2008. Incluye dos artículos de fondo que abordan la relación entre derechos humanos y democracia, y los retos de una nueva institucionalidad para la protección de los derechos humanos en América Latina; cada una de estas reflexiones viene acompañada de un pequeño artículo, a manera de comentario. Las otras secciones ofrecen artículos sobre: derecho a la reparación y memoria, políticas públicas, derechos humanos de las mujeres, y migraciones.



Programa Andino de Derechos Humanos, comp., *Diálogo y debates sobre derechos humanos*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar / Abya-Yala, 2009.

Este libro recoge una selección de artículos publicados en los últimos tres años en la revista electrónica *Aportes Andinos*. Estructurado en tres partes, aborda temas sobre los lazos de encuentro y desencuentro entre la justicia y la impunidad; la práctica de defensa y construcción de los derechos humanos desde una cultura de paz y de nuevos valores humanos, y temáticas concretas de los derechos humanos, entre ellos: derechos colectivos de los pueblos, participación política de las mujeres, y respeto a los derechos sexuales de las personas.



UNIVERSIDAD ANDINA
SIMÓN BOLÍVAR
Ecuador



CORPORACIÓN
EDITORIA NACIONAL

