

ISSN: 2773-7349

Sociedad & Tecnología

Revista del Instituto Tecnológico Superior Jubones

2021

Volumen / 4

Número / S1

Mayo



Fundamentos epistemológicos del neoconstitucionalismo Latinoamericano. Aciertos y desaciertos en su regulación jurídica y aplicación práctica en Ecuador.

Epistemological foundations of Latin American neoconstitutionalism. Successes and mistakes in its legal regulation and practical application in Ecuador.

Rolando Medina Peña¹.

E-mail: rolandormp74@gmail.com.

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7530-5552>.

Jimmy Valarezo Roman¹.

E-mail: jimmyvr22@hotmail.com.

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9449-5299>

Clara Daniela Romero Romero¹.

E-mail: daniela7dcrr@gmail.com

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1922-0922>

¹Universidad Metropolitana del Ecuador, Sede Machala, Ecuador.

Cita sugerida (APA, séptima edición)

Medina Peña, R., Valarezo Roman, J. & Romero Romero, C. D. (2021). Fundamentos epistemológicos del neoconstitucionalismo Latinoamericano. Aciertos y desaciertos en su regulación jurídica y aplicación práctica en Ecuador. *Revista Sociedad & Tecnología*, 4(S1), 213-225.

RESUMEN

El trabajo pretende sistematizar el marco teórico referencial sobre la temática de la aplicación de los principios y valores en los cambios estructurales de la concepción del Estado, partiendo del estudio doctrinario, normativo y jurisprudencial en el derecho nacional e internacional, con la finalidad de contribuir a la correcta aplicación jurídica y práctica del neoconstitucionalismo. De esa manera, se prevé que los aportes puedan estar encaminados a realizar un análisis conceptual e histórico de la nueva teoría iusfilosófica de la justicia y poder establecer un criterio sobre la labor del juez y sobre sus aciertos o desaciertos en la administración de justicia en Ecuador.

Por otro lado, resulta de gran importancia la identificación del bloque de constitucionalidad como fundamento para la efectividad de los derechos humanos, en el derecho interno e internacional. Este estudio, permitirá aportar a la investigación científica, con sólidas bases jurídicas y filosóficas, sobre la correcta implementación del sistema neoconstitucional en el Ecuador y el alcance de las decisiones de tribunales internacionales en el derecho interno. Los métodos empleados del nivel teórico fueron el histórico lógico y el analítico sintético y desde la empírea el análisis de documentos.

Palabras claves:

neoconstitucionalismo, bloque de constitucionalidad, derechos humanos.

ABSTRACT

The work aims to systematize the referential theoretical framework on the subject of the application of principles and values in structural changes in the conception of the State, starting from the doctrinal, normative and jurisprudential study in national and international law, in order to contribute to the correct legal and practical application of neoconstitutionalism. In this way, it is evaluated that the contributions may be aimed at carrying out a conceptual and historical analysis of the new philosophical law of justice and being able to establish a criterion on the work of the judge and on his successes or mistakes in the administration of justice in Ecuador. On the other hand, it is of great importance to identify the constitutionality block as a basis for the effectiveness of human rights, in domestic and international law. This study will provide scientific research, with solid legal and philosophical bases, on the correct implementation of the neo-constitutional system in Ecuador and the scope of the decisions of international courts in domestic law. The methods used from the theoretical level were the logical historical and the synthetic analytical and from the empirical the document analysis.

Key words:

neoconstitutionalism, constitutionality block, human rights.

INTRODUCCIÓN

A partir de la trágica coyuntura de la II Guerra Mundial se crean las Cortes de Justicia Internacional, Organizaciones Mundiales, para garantizar el cumplimiento y efectivo goce de los derechos fundamentales a favor de las personas y en pro de la dignidad humana. Las constituciones de los diferentes países adquieren un nuevo enfoque, no sólo, son la norma suprema, sino que ahora

contienen derechos inherentes al ser humano, principios y valores para garantizar el bienestar de cada uno de los miembros de la humanidad.

El derecho de cada estado tiene una nueva concepción y sobre todo aplicación, pues se comienza a prestar mayor atención a los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, de manera que la concepción de la soberanía de cada circunscripción territorial evoluciona de los conceptos clásicos a la aplicación de normas supra nacionales al derecho interno.

La democracia es otro aspecto por el cual la humanidad ha luchado para alcanzar la llamada igualdad y sobre todo permitir decidir al pueblo sobre intereses y beneficios encaminados al bienestar común (Nápoles & Gutiérrez, 2018). Sin embargo, con la vigencia de los derechos humanos, se establece que son aspectos que no pueden ser decididos por la mayoría, porque deja atrás a la democracia procedimental, ya que el respaldo mayoritario tiene un contenido descalificador axiológico.

La nueva teoría iusfilosófica provoca el activismo judicial que implica que el rol del juez sea más dinámica en cuanto a la aplicación y la creación del derecho sustentado en la protección de los derechos humanos como principio y fin. Así, la actividad del operador de justicia es cuestionada en cuanto a su labor y cuando en las diferentes sentencias no se pone en riesgo a la seguridad jurídica.

Este rol activista de quienes administran justicia, tomando como referencia el contexto latinoamericano, encuentran fundamento en la aplicación del contenido de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de la jurisprudencia y opiniones consultivas que nacen del seno de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como la obligación de respeto y garantía de los derechos humanos por parte de los Estados.

Sin perjuicio de ello, esa evolución en la protección amplia de los derechos, puede verse afectada al coexistir y mediar la

figura del margen de apreciación nacional de los Estados, la cual lleva implícito una dosis de subjetividad y discrecionalidad a las decisiones de estos, al momento de cumplir o no lo resuelto por tribunales internacionales.

En el sistema interamericano de derechos humanos se percibe el impacto que estas teorías de resistencia van teniendo en la región, conforme ha sido revisado en estudios previos, Valarezo et al. (2020) destaca que países como Argentina, Brasil, Chile, Colombia y Paraguay, en un comunicado dirigido a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, expresan, entre otras cosas, la importancia del principio de subsidiariedad del sistema y el margen de autonomía de los Estados en la resolución de sus conflictos internos de la manera más adecuada, asegurando los derechos de las personas.

La mayor complejidad en esta discusión, es que mientras se pretende afianzar un constitucionalismo partiendo de los derechos como objeto y fin, crece por otro lado una preocupación a nivel internacional, que nace en cuestionamientos directos de los Estados hacia los organismos de protección cuyo fundamento recae en el mantenimiento de las democracias y soberanías estatales.

En consecuencia, el objetivo de este trabajo está dirigido a estudiar la interpretación filosófica, doctrinaria, la práctica jurídica y establecer los pros y los contras que trae consigo esta nueva teoría, en la concepción del Estado y sus elementos, particularmente la soberanía de las democracias, y sobre todo en la aplicación de los derechos humanos en el caso en concreto, para establecer si está en riesgo la seguridad jurídica o no, y si se enfrenta una devaluación en la justicia en sí.

Este resultado es producto del trabajo investigativo coordinado dentro de la Maestría en Derecho, con mención en derechos constitucionales, humanos y ambientales (Medina y Portela, 2020) y el proyecto de investigación científica

titulado: Fundamentos epistemológicos del neoconstitucionalismo latinoamericano. Aciertos y desaciertos en su regulación jurídica y aplicación práctica en Ecuador, pertenecientes a la carrera de Derecho de la Universidad Metropolitana Sede Machala, donde aporta a la línea de investigación del postgrado: Estudios socio jurídicos y antropológicos de los Derechos Humanos y a la de la Universidad Metropolitana: Contribución al desarrollo social, a través del mejoramiento de la educación, la salud y la seguridad ciudadana. Se emplean métodos teóricos como el histórico lógico y el analítico sintético y del nivel empírico el análisis de documentos.

DESARROLLO

El Neoconstitucionalismo es una nueva teoría que surge a partir de la constitucionalización del derecho, y se fortalece a partir de la II Guerra Mundial. Es entendido como un constitucionalismo moderno, una ideología jurídica, compuesto de tres tipologías: 1.- Está en relación con las pretensiones del constitucionalismo; 2.- Trata de los medios institucionales, mediante los cuales se quieren realizar los fines constitucionales; 3.- Los medios políticos mediante los cuales se quieren realizar tales fines (Comanducci, 2005).

El Neoconstitucionalismo también cambia la concepción de norma justa, porque analiza el orden natural, es decir, si cumple el positivismo y los mecanismos contemplados en la constitución, no se va sobre ella, y estudia si esta debe ser puesta por el hombre, a partir de un acto de autoridad, a la manera hobbesiana (Portela, 2011). Sin embargo, el derecho fue creado para alcanzar y lograr la justicia, y la definición más sencilla la establecieron los romanos al definirla en el Digesto como: "la constante y perpetua voluntad de dar a cada cual lo suyo", además según Ulpiano es el deseo de obrar siempre conforme al derecho (Petit, 2007).

Generalmente el concepto de justicia está encaminado a que es justo todo aquello que está conforme al derecho, y esto implica que la ley será la guía para marcar el camino y alcanzarla. Desde el surgimiento de los Estados, estos se caracterizaron por tener una ley escrita predominando la legalidad (Portela, 2011). Sin embargo, con la vigencia del Estado de Derechos, la Constitución es la norma fundamental que contiene principios y valores que irradian de cierta manera a todo el ordenamiento jurídico.

A todo esto, surge, una nueva ideología política jurídica en el cual se observan cuatro características: 1) juridificación de la política y de los principios, 2) relevancia de los principios fundamentales como pilares fundamentales, 3) universalización de los derechos humanos, 4) la insuficiencia del enfoque positivista, formalista y exegético de los textos constitucionales (Portela, 2011), lo cual cambia radicalmente los parámetros del derecho y la aplicación de justicia, así como el rol de los legisladores y jueces.

Al mismo tiempo, se habla del cambio de paradigma del derecho, producto de la constitucionalización del mismo como de ciertos principios y valores que descansan en las diferentes Constituciones. Con esto se cambia la visión que el derecho es netamente positivo para aceptar que los principios son ingredientes necesarios, además de las reglas para comprender la estructura y el funcionamiento de un sistema jurídico, los cuales deben ser analizados desde el razonamiento práctico (Portela, 2009).

Esta nueva teoría trae consigo cambios en la concepción de Estado, como de la aplicación de la justicia. La constitucionalización del derecho implica básicamente que los principios, valores como los derechos fundamentales son parte de la norma suprema que van a guiar a una circunscripción territorial, y todo el ordenamiento jurídico debe someterse a ellos. Aquello implica que la labor del juez cambia de manera radical, pasa de aplicar la norma escrita a crear el derecho. Las resoluciones del juez se

convierten en verdaderos ejercicios de argumentación, por lo que cabe indicar que obedezca a razonamientos que puedan responder a intereses particulares y no comunes (Córdova, 2016).

Ese ejercicio empoderado de los jueces y que implica un rol más activo, va encaminado no solo a un contexto interno, sino que por el contrario, posee gran implicación a nivel internacional con la creación de las cortes o tribunales de justicia, cuya función radica precisamente en garantizar subsidiariamente la efectiva vigencia de los derechos humanos.

Esas decisiones influyen y en ciertos casos, obligan a los Estados partes de convenciones internacionales de protección de derechos, a la implementación y desarrollo de nuevos derechos, debiendo los jueces nacionales integrar sus decisiones al contexto internacional, por lo tanto es de vital importancia, poder acercar un concepto básico y concreto que afiance la connotación de instituciones como el bloque de constitucionalidad.

Esta institución denominada bloque de constitucionalidad, llega al continente americano, de manera primaria a Colombia, país que desarrolló en su jurisprudencia y doctrina, el reconocimiento del derecho internacional de los derechos humanos y humanitario, en su ordenamiento jurídico, insistiendo, sin que medie una categorización expresa de las normas, sino una identificación generalizada.

En esta línea, cabe destacar, por ejemplo, el caso ecuatoriano, que desde el artículo 17 de la Constitución Política de 1998, determinaba la cláusula de que los tratados, pactos, declaraciones y demás instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, tenían rango constitucional.

El Tribunal Constitucional Ecuatoriano, en sentencias como la 001-2004-DI (Tribunal Constitucional, 2004), estableció:

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. (p.6)

Para una correcta adecuación del bloque de constitucionalidad, como ha sido descrito anteriormente, se prevé la aplicación de los derechos humanos como objetivo de protección de las naciones, así, hay que tener como referencia que los antecedentes de los derechos humanos no se circunscriben específicamente en la órbita de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 de nuestra región, sino que es a partir de otros instrumentos como el denominado *Petition of Rights* de 1628, *Bill of Rights* de 1689, Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia de 1776 o la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, donde se visualiza el reconocimiento expreso de derechos en favor del ciudadano.

Este reconocimiento se afianza, como se ha mencionado anteriormente, en el contexto histórico de la Segunda Guerra mundial, a su término se consagra un compromiso internacional positivizado en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, en el seno de las Naciones Unidas, que desde el preámbulo de su creación se identificó que "la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana" (Organización de las Naciones Unidas, 1948).

En el marco de los compromisos surgidos por la Organización de Estados Americanos como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre del año 1948, se determina en su preámbulo que "todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están por naturaleza de razón y conciencia, deben conducirse

fraternalmente los unos con los otros" (Organización de Estados Americanos, 1948).

A ese ideal de libertad, de igualdad y de derechos, debe agregarse la concepción de justicia que se incluye en el texto, el artículo 18 determina que "toda persona debe disponer de procedimientos sencillos y breves por medio de los cuales la justicia ampare al ciudadano contra actos de la autoridad que trasgredan en su perjuicio derechos fundamentales consagrados constitucionalmente" (Organización de Estados Americanos, 1948).

De esta manera se arriba a los Derechos Humanos consagrados en la Convención Americana suscrita en el año de 1969 y ratificada por el estado ecuatoriano en 1977, en la que se reafirma el propósito de consolidar en el continente americano un régimen de independencia, de libertad personal y de justicia social, basado justamente en el respeto de los derechos fundamentales del ser humano; así, se reconoce explícitamente que los derechos no se originan del hecho de ser nacional o de un determinado Estado, sino que tienen como sustento el atributo de la persona humana, y por ello se justifica la necesidad de protección internacional, de naturaleza convencional, coadyuvante o complementaria a la que tutelan las naciones de los Estados Americanos.

La Carta Democrática de la Organización de Estados Americanos del año 2001 señala en sus considerandos que los estados requieren de cooperación internacional para lograr una organización política basada en el ejercicio efectivo de la democracia representativa y que por otro lado, el crecimiento económico y el desarrollo social basados en la justicia y la equidad son interdependientes y se refuerzan mutuamente, aquello con la visión de tener una sociedad más justa.

El neoconstitucionalismo constituyó una de las corrientes de pensamiento más importantes y modernas en el proceso de elaboración de la Constitución vigente en Ecuador. Influyó notablemente en la

elaboración del texto del año 2008, con la adecuación de valores que se encuentran constitucionalizados y que merecen una labor hermenéutica para su correcta aplicación, tal como lo reconoce Martínez (2009).

Adicionalmente, la incorporación de preceptos como el reconocimiento expreso de un catálogo de derechos fundamentales, una nueva jerarquización del sistema de fuentes de derecho basado en la supremacía constitucional, un sistema de tres tipos de garantías constitucionales: normativas, jurisdiccionales e institucionales.

De gran relevancia resulta la intervención de un órgano autónomo denominado Corte Constitucional, como máximo intérprete de la Constitución y de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos que hayan sido ratificados por el Ecuador, incluyendo además, la función de control constitucional, atribuciones ampliamente detalladas en el artículo 436 del texto constitucional (Asamblea Nacional Constituyente, 2008).

Bajo este paradigma, se puede traer a colación lo descrito en el artículo 424 de la Constitución de la República del Ecuador que taxativamente señala que la Constitución es la norma jerárquicamente suprema y prevalece por sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico nacional, no obstante, existe una excepción, pues el mismo artículo detalla en su segundo inciso que los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la misma Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público (Córdova, 2016).

Frente al control de convencionalidad, surge un tema complejo y sobre el que se han edificado varias interpretaciones, el denominado margen de apreciación. Esta acepción ha sido elaborada y estrictamente desarrollada por el Sistema Europeo de Derechos Humanos, que a partir del artículo 15 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, establece la

posibilidad de suspender ciertos derechos en virtud de peligro público.

El desarrollo de la jurisprudencia del alto tribunal de dicha región, en la materia, ha aportado sustancialmente a la idea de que "las autoridades nacionales son libres de escoger las medidas que estimen apropiadas dentro de los aspectos regidos por la Convención" (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 1968, p. 10). En términos de Barbosa (2011), este concepto se adecua como "el campo de acción e interpretación de los derechos fundamentales, dejado a las autoridades soberanas del Estado y a los jueces internacionales. Este campo no es ilimitado, sino que se encuentra ubicado por el campo de protección del derecho limitado" (p. 1090).

En definitiva, esta idea de discrecionalidad con que los Estados partes de una convención o tratado puedan actuar en función de adoptar o no decisiones emitidas por tribunales internacionales bajo los cuales se encuentran sometidos, a simple vista entraría en contraposición con lo que preceptúa y delimita a la convencionalidad, ya que la relevancia parte por la autonomía de los Estados y la exigencia de respeto a la soberanía, en función de la subsidiaridad con la que operan los mecanismos internacionales de protección de derechos.

Estos antecedentes brevemente referidos, marcan la pauta para efectuar un análisis exegético analítico del alcance de las normas, el desarrollo jurisprudencial, el surgimiento de doctrina y todo lo inherente a la complementación del bloque de constitucionalidad, y de la convencionalidad frente a la apreciación de los Estados que en virtud de su amplia o sesgada discrecionalidad puedan cumplir sus compromisos internacionales.

El Ecuador en el artículo 1 de la Constitución de la República, se consagra como un estado constitucional de derechos y justicia social, democrático, que implica primordialmente que los derechos contemplados en ella son de directa aplicación y de efectiva vigencia.

El estado, con la más noble misión de respetar y hacer respetar los derechos constitucionales para alcanzar el *sumak kawsay*, con una actividad estatal y normativa al servicio de los individuos, con normas claras, vigentes y anticipadas; con un ordenamiento jurídico plural, coherente y completo, regido por la Constitución de 2008.

La Constitución ecuatoriana, realizada por la Constituyente de Montecristi tuvo como base y fundamento al Neoconstitucionalismo, por tal razón, es importante un ligero análisis para entender mejor la visión y el cambio dado a la administración de justicia.

Prieto, sostiene que “el neoconstitucionalismo o el constitucionalismo contemporáneo es la forma como hoy se alude a los distintos aspectos que caracterizan a nuestra cultura jurídica” (Prieto, 2003).

Por su parte, Morales (2009) manifiesta que:

se trata de una teoría jurídica que plantea que las Constituciones son normas positivas o leyes de la más alta jerarquía, deben delimitar estrictamente los poderes estatales y proteger con claridad los derechos fundamentales. Esta nueva teoría “eleva” a la categoría de normas o leyes escritas a una serie de derechos considerados como naturales o consustanciales a la dignidad de la condición humana. (p.6)

Esta percepción de constitucionalismo, tiene que ver también con una nueva estructura en el sistema de fuentes del derecho, en el caso ecuatoriano contenidas en el artículo 425 de la Norma Suprema, en ese sentido se determina que después de la Constitución se aplican los Tratados Internacionales. No obstante, el artículo 424, refiere que en el evento de que un tratado proteja de mejor manera un derecho, este podrá sobre ponerse al texto constitucional, ello, en definitiva, incluye la posibilidad de tutelar los derechos humanos conforme se desarrollan en el contexto internacional.

Ecuador, en función de ese rol protector de derechos, acoge la institución del bloque de constitucionalidad para incluir y complementar su ordenamiento jurídico, que implica una especie de positivización general de los derechos sin que se incluyan de manera taxativa.

En Ecuador, el control concentrado de constitucionalidad nace con el neoconstitucionalismo. Este constituyó una de las corrientes de pensamiento más importantes y modernas en el proceso de elaboración de la Constitución vigente e influyó notablemente en la elaboración del texto del año 2008, con la adecuación de valores que se encuentran constitucionalizados y que merecen una labor hermenéutica para su correcta aplicación, tal como lo reconoce Martínez (2009).

Para atender de mejor manera el control de convecionalidad es posible estudiarlo bajo dos clasificaciones. La primera en relación al tipo de control que se efectúa, donde encontramos el control abstracto efectuado sobre la norma cuando no existan casos particulares, antes o después de su promulgación, y el control concreto, que se aplica ante un caso en particular y siempre después de promulgada la norma. La segunda clasificación refiere al órgano que efectúa este control, así los jueces de primera y última instancia son quienes ejercen un control difuso en relación a un caso concreto; por otra parte se encuentra el ejercido por la Corte Constitucional, llamado control concentrado, únicamente respecto a temas constitucionales; y, por último un control mixto donde se conjugan estos dos ya señalados (Masapanta, 2012, p. 16-19).

La Constitución vigente, de acuerdo al contenido del artículo 428 (Asamblea Nacional Constituyente, 2008), establece que en Ecuador existe un sistema concentrado de control; el referido artículo señala que “cuando una jueza o juez, de oficio o a petición de parte, considere que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos que

establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución, suspenderá la tramitación de la causa y remitirá en consulta el expediente a la Corte Constitucional...”

Valarezo et al. (2020) reafirman lo antes referido, señalando que dentro del desarrollo jurisprudencial de la Corte Constitucional se ha generado una regla imperativa para la admisión de una consulta normativa, por lo que el artículo 428 antes mencionado, no surte efectos por sí mismo (Barrionuevo, 2021). Es así que, para acceder al órgano constitucional deben cumplirse ciertos requisitos que la Corte Constitucional (2013) ha detallado en la sentencia número 001-13-SCN-CC; los referidos autores resumen estos requisitos en tres: “a) identificación de la norma consultada, b) determinación de las reglas o principios constitucionales que se estiman trasgredidos, incluyendo la motivación y razones de la presunta afectación, c) fundamentación explícita de la relevancia de la norma sometida a consulta en cuanto a la decisión final del caso concreto y sobre la imposibilidad de continuar tramitando el caso...”

La misma Corte Constitucional destaca que en el Ecuador sólo existe el control concretado de constitucionalidad “por lo que le corresponde solo a la Corte Constitucional la declaratoria de inconstitucionalidad de una norma y su consecuente invalidez...” (Corte Constitucional, 2013, p. 4)

Así mismo en su sentencia número 055-10-SEPCC, este órgano recalca que, a diferencia de lo previsto en la Constitución de 1998 en la que se determinaba un control de convencionalidad de tipo difuso, el actual artículo 428, deja al juez ordinario impedido para inaplicar normas jurídicas dentro de las causas que sustancien (Corte Constitucional, 2010).

Por otro lado, un aspecto adicional que denota la problemática ecuatoriana, es sin duda alguna, la imposibilidad de dejar de desconocer que la Constitución instituye en su artículo 426 (Asamblea Nacional Constituyente, 2008) una especie de

reconocimiento de control difuso de constitucionalidad, al establecer que tanto las normas constitucionales y tanto más lo previsto en tratados internacionales son de directa o inmediata aplicación, lo que resultaría que en caso de duda respecto a una norma que sea contraria al orden Constitucional o algún instrumento de derechos humanos, el juzgador que conozca un caso en concreto, debe inobservar la norma sin necesidad de su expulsión del ordenamiento jurídico, para dar paso al espontáneo acatamiento de la Carta Magna o el convenio.

El Ecuador efectúa un tipo de control constitucional concentrado ejercido por la Corte Constitucional como único ente de interpretación de la Carta Fundamental y de los tratados internacionales de protección de derechos humanos.

El análisis anterior sobre el control de convencionalidad y el control constitucional concentrado en el Ecuador, posibilita establecer a partir de este punto una relación entre ambos tópicos. Por un lado se identifica la existencia de una obligación de los estados parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos a fin de que deban adecuar sus normas internas u ordenamiento jurídico conforme a la Convención, al desarrollo de la jurisprudencia interamericana.

El control de convencionalidad a ser verificado por los estados, promueve el respeto a las normas contenidas en el corpus iuris internacional y con ello evitar la responsabilidad internacional de los países por acciones u omisiones constituidas como violaciones de derechos fundamentalísimos del ser humano, que pongan en riesgo su concepción de persona y dignidad humana.

La aplicación del referido control convencional imperativamente acatado por los estados, está sujeto a la realidad jurídica de cada uno, es decir, la misma Corte Interamericana reconoce la relevancia del derecho interno y con ello buscar la armonía en las relaciones jurídicas estado – sociedad, por ello, en el tema central propuesto se ha especificado

el caso ecuatoriano, como estado suscriptor y ratificador de la Convención Americana, que ejercita un tipo de control constitucional concentrado a cargo de un órgano especializado denominado Corte Constitucional y que dentro de sus competencias y/o atribuciones propias se hallan inmersas las de ser el máximo intérprete de la Constitución así como de los tratados internacionales de protección de derechos humanos.

Definitivamente es en este punto donde se concentra la problemática, en virtud de que si se toma en cuenta la naturaleza y fines del control de convencionalidad, resultaría insuficiente su fundamento y de dificultosa aplicación puesto que no radicaría en una facultad otorgada a varios entes jurisdiccionales ecuatorianos como en el control difuso, ya que existe un solo órgano autorizado para ejercer el control de constitucionalidad de los tratados internacionales, por lo que los jueces ordinarios no pueden abstenerse de aplicar una ley o precepto normativo que se presume es inconstitucional o que en mayor grado atente contra los derechos internacionalmente protegidos, puesto que de acuerdo al rol otorgado en el país, esta operación solo podrá ser practicada por el organismo de cierre, la Corte Constitucional.

El grado de intensidad máximo del "control de convencionalidad" se puede realizar por las altas jurisdicciones constitucionales (normalmente los últimos intérpretes constitucionales en un determinado sistema jurídico) que generalmente tienen además la facultad de declarar la invalidez de la norma inconstitucional con efectos erga omnes. Se trata de una declaración general de invalidez por la inconventionalidad de la norma nacional. En cambio, el grado de intensidad del "control difuso de convencionalidad" disminuirá en aquellos sistemas donde no se permite el control difuso de constitucionalidad" y, por consiguiente, no todos los jueces tienen la facultad de dejar de aplicar una ley al caso concreto.

Ningún órgano nacional debe emplear su competencia para ejercer el "control difuso de convencionalidad" con intensidad fuerte, es decir, dejar de aplicar la norma al caso particular o con efectos generales como resultado de la inconventionalidad de la misma, ya que de lo contrario se produciría una responsabilidad internacional del Estado. No debe perderse de vista lo establecido en los artículos 1 y 2 de la Convención Americana, relativos a la obligación de respetar los derechos humanos y el deber de adoptar disposiciones de derecho interno.

El sustento del juez va encaminado a que ningún órgano estatal dejará de aplicar el control de convencionalidad indistintamente del tipo de control constitucional que se realice internamente, ya que de otra forma se incumpliría parte del compromiso internacional adquirido por los estados, basado en el artículo 1 y 2 de la Convención.

La diferencia entre el ejercicio de un control constitucional difuso o concentrado es la intensidad con que ha de aplicarse el control convencional, no obstante, la crítica que se efectúa no es respecto al postulado en sí, sino en lo relacionado a que en el Ecuador existe una limitante positivizada, de jerarquía constitucional y desarrollo jurisprudencial, que impiden al juez ordinario realizar el control convencional. Este problema no se soluciona permitiendo que sea el órgano especializado definido para tales fines el que cumpla con su deber de interpretar y controlar, sino que por el contrario esto se agrava, ya que surgen otros aspectos a considerarse como el retardo injustificado en la sustanciación de los procesos sometidos a conocimiento de la Corte Constitucional y con ello el exceso en los plazos razonables para solventar los conflictos.

Al respecto Sagüés (2010) establece tres alternativas que permitirían una correcta aplicación del control de convencionalidad tomando en cuenta los sistemas constitucionales de cada país: a) plantear

una reforma, que viabilice o establezca una designación de órganos para practicar el control, b) como segundo escalón, considera que mientras no existe reforma, lo óptimo sería permitir a toda autoridad judicial atribuirle esa función de emplear el mecanismo de control convencional, y c) construir un mecanismo presidido por un órgano único constitucional que efectúa las funciones de control de convencionalidad.

La realidad ecuatoriana se apega a la alternativa dada en los literales a y c, en virtud que desde el año 2008 entró en vigencia una nueva Constitución que incluyó reformas en lo concerniente al control de la Carta Fundamental, así como de tratados internacionales, constituyéndose un organismo a cargo del ejercicio de tales funciones. No obstante, se considera que aun con la consumación de estas opciones, no hubo una correcta observancia de la naturaleza y fines del control de convencionalidad, así como de los estándares fijados por la Corte Interamericana, resultando entonces en una práctica limitada para los operadores de justicia.

Se considera que estas aproximaciones plasmadas también se aplican en lo referente a la atribución de la Corte Constitucional del Ecuador al momento de ejercer el control para emitir los dictámenes previos de constitucionalidad de los tratados o pactos internacionales, ya que el rol que juega el órgano constitucional es de altísima concentración, reúne todas las competencias en materia de derecho internacional o de sistemas de protección de derechos humanos que tiendan a establecer mejores garantías y tutela de derechos y libertades.

El objeto y fin del constitucionalismo es la protección de la dignidad del ser humano, mismo que mediante la adecuación del bloque de constitucionalidad permite que se incorporen nuevos derechos, principios y valores a la constitución de manera general, no en sentido literal, reforzando o debilitando el iuspositivismo. Ello convierte a los principios como

instrumentos esenciales en la labor de tutela de derechos, siendo fundamentales para resolver los diferentes conflictos.

CONCLUSIONES

El análisis ha estado enfocado hacia la teoría iusfilosófica en su concepción histórica, axiológica y pragmática; y el bloque de constitucionalidad en el neoconstitucionalismo y su incidencia en el Ecuador, tomando como referencia la jurisprudencia de tribunales nacionales e internacionales.

Se ha sistematizado el marco teórico referencial sobre la temática de la aplicación de los principios y valores en los cambios estructurales de la concepción del Estado, partiendo del estudio doctrinario, normativo y jurisprudencial en el derecho nacional e internacional, con la finalidad de contribuir a la correcta aplicación jurídica y práctica del neoconstitucionalismo en el Ecuador.

Para contribuir a la correcta interpretación normativa y práctica del neoconstitucionalismo, se ha vinculado el estudio del control de convencionalidad como eje central en la protección de los derechos humanos en el sistema interamericano de derechos humanos y su recepción en el Ecuador. Es notable la problemática existente, entorno a estas teorías y el surgimiento de la discrecionalidad de los estados dada por el margen nacional de apreciación, que se opone a la idea de un derecho común internacional.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Barbosa Delgado, F. R. (2011). Los límites a la doctrina del margen nacional de apreciación en el tribunal europeo Y la corte interamericana de derechos humanos: Intervención judicial en torno a ciertos derechos de las minorías étnicas Y culturales. *Revista Derecho del Estado*, (26).

- Barrionuevo Núñez, J. L. (2021). El efecto del teletrabajo en el empleo en Ecuador durante la crisis sanitaria 2019-2020. *Sociedad & Tecnología*, 4(2), 223-234. <https://doi.org/10.51247/st.v4i2.106>
- Comanducci, P. (2002). (Neo) Constitucionalismo: Un análisis Metateórico, Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes. Recuperado de <http://www.cervantesvirtual.com/obra/formas-de-neoconstitucionalismo--un-analisismetaterico-0/>
- Córdova Vinuesa, P. (2016). Derecho Procesal Constitucional. Estudios críticos de doctrina, dogmática, argumentación y jurisprudencia, Quito, cep, 2016, p 88-89.
- Corte Constitucional del Ecuador. (2010). Sentencia No. 055-10-SEP-CC. Quito, Ecuador.
- Corte Constitucional del Ecuador. (2013). Sentencia No. 001-13-SCN-CC. Quito, Ecuador.
- Corte Constitucional del Ecuador. (2013). Sentencia No. 003-13-SIN-CC. Quito, Ecuador.
- Ecuador. Asamblea Nacional Constituyente. (2008). Constitución de la república del Ecuador. Montecristi, Ecuador.
- Nápoles Gómez, T., & Gutiérrez Cruzata, D. (2018). El trabajo educativo para prevenir la violencia en adolescentes con discapacidad intelectual moderada. *Sociedad & Tecnología*, 1(2), 11-18.
- Masapanta, C. (2012). Jueces y control difuso de constitucionalidad: Análisis de la realidad ecuatoriana. Corporación Editora Nacional. Quito, Ecuador, p. 16-19.
- Medina Peña, R., & Portela, J. (2020). La formación ambiental universitaria a través de Programa de Maestría de Derecho, Universidad Metropolitana de Ecuador. *Revista Conrado*, 16(73), 254-259.
- Morales, J. (2009). Neoconstitucionalism. Diario El Tiempo. 2009-04-05. Cuenca. Recuperado de: <http://www.eltiempo.com.ec/noticias-opinion/970-neoconstitucionalismo/>
- Organización de Estados Americanos. (1948). Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Bogotá, Colombia.
- Organización de las Naciones Unidas. (1948). Declaración Universal de los Derechos Humanos. París, Francia.
- Petit, E. (2012). Derecho Romano. Porrúa, D.F México.
- Portela, J. G. (2011). El neoconstitucionalismo ¿es realmente neo?. *Ponencia presentada en la I Jornada Internacional de Derecho Constitucional: análisis de los derechos fundamentales del Tribunal Constitucional, Chiclayo*.
- Portela, J. G. (2009). Los principios jurídicos y el neoconstitucionalismo. *Dikaion*, 23(18), 33-54.
- Prieto, L. (2003). Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales. Trotta, Madrid pág. 306.
- Sagüés, N. (2010). Obligaciones internacionales y control de convencionalidad. Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Talca, Chile, p. 122.
- Tribunal Constitucional del Ecuador. (2004). Sentencia 001-2004-DI. Registro Oficial 374, 9 de julio de 2004. Quito, Ecuador.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos. (1968). Caso Escuela Lingüística

belga contra Bélgica. Strasbourg, Francia.

Derecho de las Minorías, Volumen 2, 113-136.

Valarezo Román, J., Franco Córdova, M., y Saraza Gómez, C., (2020). Control de constitucionalidad y su incidencia en el control de convencionalidad en Ecuador y Colombia, *Revista*

Martínez Martínez, F. (2009). El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia. *Boletín mexicano de derecho comparado*, 42(124), 417-425.

Síntesis biográfica de los autores:

Rolando Medina Peña.

Doctorando en Ciencias Jurídicas en la Pontificia Universidad Católica Argentina. Profesor titular y Coordinador de la maestría en derecho, mención derecho constitucional, humanos y ambientales, de la Universidad Metropolitana del Ecuador Sede Machala.

Jimmy Valarezo Román.

Magister en Derecho Constitucional. Doctorando en Ciencias Jurídicas en la Pontificia Universidad Católica Argentina. Docente Titular Auxiliar 1 de la Universidad Metropolitana del Ecuador sede Machala.

Clara Daniela Romero Romero.

Doctorando en Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Católica Argentina. Docente de la Universidad Metropolitana sede Machala.