

Control de Convencionalidad: Desafíos Supraconstitucionales en los Estados

“Control of Conventionality: Supraconstitutional Challenges in States”

Patricio Alejandro Giler Fernández

Pontificia Universidad Católica del Ecuador sede
Manabí

pgiler@pucesm.edu.ec

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-3228-6704>

RESUMEN

Palabras clave: Obligaciones convencionales; control y bloque de constitucionalidad; derechos humanos.

La presente investigación se encuentra enfocada en identificar el control de convencionalidad aplicable para los Estados parte, a merced de las obligaciones devenidas en el cumplimiento de buena fe de los tratados e instrumentos internacionales, contemplando para ello, una evaluación en la aplicación de las normas internacionales de derechos humanos y su impacto en los procesos penales por parte de los jueces a partir de la experiencia normativa y jurisprudencial en Ecuador. De esta forma se abordan aspectos necesarios y vinculantes en el ejercicio de la convencionalidad, al cual, las autoridades —con especial mención judiciales— deben observar al tenor de los parámetros predefinidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) gracias al carácter contra mayoritario de la justicia y de las cláusulas de reenvío que señala el ordenamiento constitucional, amén de las exigencias concertadas en el ejercicio convencional de los derechos.

ABSTRACT

Keywords: Treaty obligations, control and block of constitutionality, human rights

This research is focused on identifying the control of conventionality applicable to the States parties, at the mercy of the obligations arising from the good faith compliance with international treaties and instruments, contemplating for this purpose, an evaluation of the application of international human rights standards and their impact on criminal proceedings by judges based on the normative and jurisprudential experience in Ecuador. In this way, necessary and binding aspects are addressed in the exercise of conventionality, to which the authorities – with special judicial mention – must observe the tenor of the parameters predefined by the Inter-American Court of Human Rights (hereinafter I/A Court H.R.) thanks to the counter-majoritarian nature of justice and the referral clauses indicated by the constitutional order. in addition to the agreed requirements in the conventional exercise of rights.

Introducción

La idea háberliana de una constitución pluralista (Häberle, 2013, *passim*) entroniza consigo la consolidación de normas comunes internas y externas dirigidas a entender que, en el compendio de los derechos, interesa identificar estándares mínimos en la satisfacción y cumplimiento de las obligaciones convencionales; desde luego, constituye una tarea incuestionable que se enfoca en redoblar esfuerzos, no tan solo en la esfera legislativa, sino, en la actuación de los otros órganos estatales —con mayor énfasis en los jueces— en cuya competencia radica la protección/tutela de los derechos.

Desde este punto, el ordenamiento jurídico ecuatoriano en torno a su esquematización expone campos de discusión, particularmente referidos a la aplicación directa de las fuentes internacionales de Derechos Humanos —concretamente señalados para el presente como control de convencionalidad—, amén de las prerrogativas que el Derecho Internacional promulga como herramientas obligatorias, y consigo, un ejercicio innegable e irrestricto que realizar por toda autoridad pública, con especial enseña, es de carácter oficioso.

A partir de estas previsiones, conviene entonces apuntar hacia un gobierno de jueces (Abbott, 2022, *passim*) cuyo génesis encuentra —por más crítica de la que sea sujeta— amén del bloque y control de convencionalidad, prerrogativas adscritas al mayor dimensionamiento de los derechos, y consigo, obligaciones generales de los Estados.

Esto permea una tarea-deber de tipo jurisdiccional en el conocimiento de las causas, ora primera o segunda instancia a la que se sujeta cada juzgador; por ello resulta indiferente la materia y competencia, esto por cuanto el control de convencionalidad no anticipa, mucho menos predefine, órganos por materia o instancias, sino que el motivo particular de todo esto son los derechos; ello proveniente de la idea de un Estado de fronteras jurídicas abiertas (Noguera, 2023, p. 131) que permite integrar/vincular derechos humanos derivados de una internacionalización del derecho constitucional (Ferrer Mac-Gregor, 2019, pp. 619–620).

Propugna un objetivo indispensable de cumplimiento irrestricto atribuible en una garantía normativa y jurisdiccional que promociona y resguarda derechos que —a criterio expreso de la Constitución de la República del Ecuador (en adelante CRE o Constitución)— se nutre, e identifica, al tenor de las bases *ius fundametales* de las fuentes internacionales de derechos humanos.

En este contexto, se realiza la importante tarea convencional de las y los jueces en el marco del deber convencional del ejercicio pleno de los derechos frente a sus funciones y/o atribuciones jurisdiccionales, atendiendo con ello la sustanciación debida de las causas bajo estándares de la convencionalidad del derecho.

Precisamente es el carácter decisonal, cuya labor clama motivación, atendiendo la máxima/principio del debido proceso, y sobre ello, alto es el emplazamiento presentado por parte de la Corte IDH en la garantía de la motivación contenido como deber convencional.

De esta forma, se proyecta la urgente necesidad de reiterar que el control de convencionalidad sea repensado por todos los Estados parte como un aspecto necesario e indispensable; otorgando consigo un

carácter supra legal bajo el diseño del denominado bloque de constitucionalidad; permitiendo comprender un alcance mucho mayor y conceptual sobre el carácter de exigibilidad y justiciabilidad en que se configuran los derechos.

En suma, todos estos planteamientos generan criterios relacionados al carácter convencional de la administración de justicia respecto de los procesos y su forma de adecuación/acomodación exigida hacia el respeto mínimo y expreso de los derechos, cuyo valor progresivo, se encuentra garantizado por fuentes internacionales de derechos humanos, más, en tratándose de procesos penales, cuya naturaleza procesal encuentra desafíos en aspectos privativos de la libertad de quien es considerado para el proceso como encausado o procesado.

Desarrollo: Cuestiones liminares acerca del control de convencionalidad: ¿para qué? ¿por qué? ¿resulta necesario?

Es de advertir que el control de convencionalidad no encuentra fundamento o génesis en algún catálogo normativo, ora nacional o internacional —entendido aquí como tratado o convención—, algo que pudiera trastocar la realidad institucional de los derechos en la esfera convencional de éstos; empero, sí subyace su existencia loor al desarrollo jurisprudencial de la Corte IDH; cuestión que ha sido considerada como punto de debate por mirar en inicio una presunta contravención al no encontrarse instituida por la norma fundamental de los derechos en el contexto convencional, como es la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante CADH).

Uno de los factores predominantes que permitieron integrar y comprender el control de convencionalidad, se encuentra identificado y desarrollado en la Sentencia dentro del caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile, dónde se atribuyen factores preminentes acerca de los derechos humanos, particularmente:

[C]uando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin (2006a, § 124).

Esto logra concebir que la tarea delegada en estos momentos para las y los juzgadores, es de tipo exigible, dado que configura en éstos un poder-deber principal en el ejercicio de sus competencias y/o funciones, pues su exigencia, es de tipo oficiosa. Mira un simple objetivo, margen y respeto de que las actuaciones jurisdiccionales confrontados frente a la Constitución y la CAHD, pues:

[E]l derecho constitucional y el derecho internacional defendían ámbitos y valores distintos, mientras el primero tenía como fundamento principal la soberanía y el bien común nacional; el segundo, se insertaba en las relaciones interdependientes de los Estados entre sí y la idea del bien común internacional (Bazán, 2003, p. XV).

De esta forma se originan dos incógnitas ancladas en una mejor comprensión del, 1. ¿para qué un control de convencionalidad?; y, 2. ¿por qué un control de convencionalidad? Empero, los alcances regulatorios del corpus iuris no logran definir —mucho menos descifran— estos planteamientos en torno a las condiciones mínimas o necesarias meritorias del control de convencionalidad a partir de su funcionalidad —para qué— e importancia —por qué—; lo cual, lleva a mirar con detalle el desarrollo jurisprudencial que ha prestado la Corte IDH para entender y resolver con certeza las interrogantes referidas.

De esta forma se originan dos incógnitas ancladas en una mejor comprensión del, 1. ¿para qué un control de convencionalidad?; y, 2. ¿por qué un control de convencionalidad? Empero, los alcances regulatorios del corpus iuris no logran definir —mucho menos descifran— estos planteamientos en torno a las condiciones mínimas o necesarias meritorias del control de convencionalidad a partir de su funcionalidad —para qué— e importancia —por qué—; lo cual, lleva a mirar con detalle el desarrollo jurisprudencial que ha prestado la Corte IDH para entender y resolver con certeza las interrogantes referidas.

Así, al tenor de la primera premisa —para qué— resulta necesario señalar que, en todo Estado de derechos la formulación, interpretación y aplicación de la ley, nace de manera directa de los derechos, ya no es la ley fuente de la ley (Cf. Ávila Santamaría, 2011). Esto conlleva a una labor específica y exclusiva dirigida hacia las y los juzgadores, llamados a ejercer de manera directa un control de convencionalidad, amén de sus funciones eminentemente jurisdiccionales; mientras que, en el contexto formulador de las normas, es el legislador quien resulta inexcusable del ejercicio de esta prerrogativa, dado que “el poder judicial debe ejercer un ‘control de convencionalidad’ ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes” (2010a, § 219).

Esta representación diagrama implicaciones de tipo imperativas atendiendo las obligaciones que la Corte IDH replica hacia los Estados Parte luego de la ratificación que éstos realizan respecto de la Convención. El enfoque se circunscribe en velar por los derechos de las personas desde la formulación de un ordenamiento jurídico y garantías que integren promoción y progresividad de sus derechos.

Sobre este particular, la Constitución no resulta ajena a la labor encomendada, esto por cuanto los principios fundadores —recreados aquí como pilares sobre los cuales descansan los derechos— claman progresividad y no regresividad, que en la comprensión de las normas constitucionales señalan que “el contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas. El Estado generará y garantizará las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio” (Ecuador, 2008, art. 11, numeral 8).

Superada la primera interrogante, corresponde observar y resolver el segundo planteamiento atinente al por qué de un control de convencionalidad, y para ello, resulta necesario tener de referencia la actividad jurisdiccional, ora punto de partida, ora eje transversal, dado que es este organismo estatal quien deba solucionar los conflictos vinculados a su facultad resolutoria teniendo en cuenta la norma y los hechos (Quinche Ramírez, 2010, p. 574).

De esta forma, se justifica la coexistencia de dos obligaciones-mandatos/deberes que, al primer escenario en que se detecten normas presuntamente contrarias al desarrollo progresivo de los derechos, por la obligación convencional adscrita al ejercicio jurisdiccional, debe efectuarse ex officio control de convencionalidad que implica, entre otras cosas, aplicación directa de las normas convencionales de derechos que detentan mayor jerarquía respecto de las que integran el ordenamiento jurídico interno estimatorias regresiva de derechos.

Empero, esta labor alcanza otras dimensiones y se sitúa en la actividad legislativa de manera paralela, debido que la formulación de normas/garantías tienden a proyectar un esquema de desarrollo de derechos —que bajo los criterios de la CADH— se presentan como garantías estatales según el artículo 2 (Costa Rica, 1969).

En otras palabras, la importancia del por qué un control de convencionalidad encuentra suficientes justificativos vinculados, en su mayor parte, debido a la categoría de derechos fundamentales exigibles para los Estados parte, y con ello, reafirmar la exigibilidad y justiciabilidad de éstos sin que medien condiciones, bien sean reglamentarias o de cualquier otra naturaleza jurídica después del ejercicio estatal de sus competencias normativas; de ahí que se recalca la prevalencia del control de convencionalidad por sobre un control estricto de legalidad (Cf. Sagüés, 2010).

Es perceptible desde una sencilla mirada, que el objetivo que propugna el Estado constitucional de Derechos —característico del estado ecuatoriano— radica en la progresión estricta y pormenorizada de los derechos, proyectando, a su vez, proscripción directa al legislador en no generar condiciones de regresión, cuyo sustento permanece en el respaldo directo que efectúan los instrumentos internacionales de derechos humanos, y esto debido a que “los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público” (Ecuador, 2008, art. 424).

Resulta palpable entonces que los derechos, cuyo respaldo proviene de la convencionalidad, gocen de efectividad y preeminencia, pues la progresividad de estos se encuentra confirmada luego de ejercer el control oficioso de convencionalidad al que se vincula el Estado y todos sus agentes —particularmente la actividad legislativa y la actividad jurisdiccional—. De esta forma se entroniza, una vez más, la tarea/deber que justifica el para qué de su existencia y aplicación.

Lo anterior encuentra punto a favor desde sede en justicia constitucional, pues ha sido la Corte Constitucional del Ecuador (en adelante CCE) —órgano máximo en justicia e interpretación constitucional— quien en Sentencia N.º 003-14-SIN-CC precisó cómo entender el control de convencionalidad, y cómo Ecuador tiene que reaccionar frente a este mandato imperativo, a partir de 2 esquemas jurisdiccionales, 1) de tipo internacional —conocido como concentrado—, otro de tipo nacional/local —conocido como difuso—; es decir, se diseñan 2 tipos de controles con semejantes características/condiciones, tanto modalidad difusa, como la modalidad concentrada, siendo reconocidas ambos mecanismos, ora doctrina, ora jurisprudencia. De esta forma, la CCE ha señalado —sobre el control de convencionalidad— que:

[T]iene su origen en el desarrollo del sistema interamericano de Derechos Humanos, del que se desprende un control concentrado de convencionalidad y el control difuso de convencionalidad. El primero es el efectuado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos cuando al conocer un caso concreto determina la compatibilidad de un acto supuestamente violatorio de derechos con el Pacto de San José y todos aquellos instrumentos derivados de este. Por su parte, el segundo es el efectuado por los jueces de las jurisdicciones nacionales, cuando analizan los casos tomando en consideración su ordenamiento jurídico, los instrumentos internacionales de derechos humanos y la jurisprudencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2014, p. 19).

Esto representa una triada comprendida en i. sustento, ii. respaldo y iii. garantía normativa suprema que exige el control de convencionalidad a la luz de los instrumentos internacionales de derechos humanos, con un alto grado de reconocimiento pleno y directo conferido en el diseño que muestra el ordenamiento jurídico ecuatoriano; de modo tal que, el control de convencionalidad —refiere la CCE— encuentra fundamentos básicos atribuibles a las garantías de los derechos, no como suerte de facultad, sino como obligación/tarea de ejercicio irrestricto, no negociable, no discrecional; y, sobre la base de aquello, son las juezas y jueces quienes deben responder al llamado ejercicio oficioso de convencionalidad, expandiendo sus

fronteras en la comprensión y justiciabilidad de los derechos.

En suma, estos organismos ya señalados —Corte Constitucional y jurisdiccionales de la Función Judicial— atendiendo el control de convencionalidad, ya no se deben tan solo a un formato de disposición normativa conocida en lo tradicional como control constitucional, sino que, de manera paralela, se proyecta un ejercicio simultáneo que exige la convencionalidad dado que sus funciones y/o competencias ya provienen desde “los instrumentos internacionales de Derechos Humanos y la jurisprudencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos que sean necesarios” (2014, p. 21), sobre todo las determinadas en la resolución de conflictos donde colisionan derechos. Finalmente, Max Silva afirma que:

[P]odríamos decir que el control de convencionalidad es la comparación que la Corte Interamericana realiza por sí misma y que también ordena hacer a los jueces nacionales, entre la Convención Americana y los demás tratados de derechos humanos del sistema interamericano que le otorgan competencia, tal como son interpretados por ella, y las normas internas de cada país, a fin de hacer primar las disposiciones internacionales, a menos que desde su perspectiva, estas últimas protejan mejor los derechos humanos que aquellas en virtud del principio *pro homine* (Silva Abbott, 2018, pp. 719–720).

Bloque de constitucionalidad y sus fundamentos a partir del control de convencionalidad

Solventadas las interrogantes formuladas en el acápite anterior, resulta conveniente analizar el fundamento que nutre la idea de integrar y efectivizar el control de convencionalidad, que permite esa cohesión entre un ordenamiento jurídico interno y el reconocimiento/dinámica plena de mecanismos capaces de generar mayor amplitud en la promoción de los derechos.

De esta manera, el control de convencionalidad encuentra su sustento a partir del bloque de constitucionalidad, génesis del cual responde a una corriente francesa que data del Consejo Constitucional a partir del 16 de julio de 1971, (Cf. Favoreu, 1990), dónde su enfoque particular se centra en la garantía y realce de los derechos en su ejercicio, y goce pleno a partir de las previsiones ya desarrolladas con anterioridad en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (en adelante DUDH); dado que la experiencia francesa reseña que “la expresión *bloc de constitutionnalité* se utiliza para designar el conjunto de normas que el Conseil Constitutionnel aplica en el control previo de constitucionalidad de las leyes y de los Reglamentos parlamentarios” (Llorente, 1989, p. 15).

Se aprecia entonces que la historia rinde cuentas necesarias y específicas, focalizadas en enaltecer un control de constitucionalidad obligatorio que responde a fines justificativos e ideales del Estado constitucional de derechos, y consigo, vaticinar de una forma paralela el bloque de constitucionalidad con mayores exigencias, debido que, conceptualmente éste —reseña Nogueira— se proyecta como una garantía macro constitucional, pues “por bloque de constitucionalidad de derechos fundamentales entendemos el conjunto de derechos de la persona asegurados por fuente constitucional o por vía del derecho internacional de los derechos humanos” (Nogueira Alcalá, 2008, pp. 782–785).

Así, se justifica la necesidad irrestricta en sentar bases previas y claras enfocadas en entender la importancia y rol que diagrama el bloque de constitucionalidad; y para cuenta de aquello, la Constitución señala con especial énfasis que “los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación” (Ecuador, 2008, art. 426).

Al efecto, Quinche —sobre el bloque de constitucionalidad y su rol asignado en el estado constitucional de derechos— alude que “la internacionalización del derecho constitucional consiste en el proceso de inclusión del Derecho Internacional dentro del derecho constitucional interno de un país, de modo tal que las normas internacionales ocupen un lugar definido dentro del sistema de fuentes del respectivo Estado” (Quinche Ramírez, 2009, p. 169).

Converge entonces la estricta necesidad de señalar y reiterar que, al tratar bloque de constitucionalidad, es hablar *pari passu* control de convencionalidad; cuya finalidad augura garantías en la plena vigencia de los derechos, y alcance mayor y óptimo de efectividad, dado que es gracias a la norma constitucional dónde “los derechos serán plenamente justiciables” (Ecuador, 2008, art. 11, numeral 3); esto, guarda una crítica enfocada en la deficiente garantía normativa que, en el supuesto grado de ineficacia de los derechos desde las normas, la justiciabilidad resulta el medio adecuado por medio de un diseño de garantías tutelares de los derechos (Cf. Storini, 2009).

Estas aspiraciones conllevan a un panorama coherente de normas constitucionales, infraconstitucional y supraconstitucionales, a la luz de las condiciones exigidas por el control convencional de las leyes, dónde el fundamento se sitúa en la satisfacción de los derechos, caso contrario, se instituye una invalidez e ineficacia[1] de las normas (Prieto Sanchís, 2016, p. 74) dado que:

[E]n sentido jurídico o dogmático, cuando se habla de la eficacia de los actos o de las normas se quiere aludir a los efectos o consecuencias que los mismos presentan, de acuerdo con las previsiones establecidas por el propio ordenamiento para ese tipo de actos o normas. La eficacia es así la fuerza o capacidad para producir efectos jurídicos (Prieto Sanchís, 2016, p. 83).

El objetivo particular de todo lo explicado hasta estos párrafos, se encuentra vinculado en mostrar la irrestricta necesidad de diseñar/amoldar un sistema normativo —denominado para muchos teóricos ordenamiento jurídico interno— (Monroy Cabra, 2016, p. 79) soportado a través de un bloque de constitucionalidad, al tenor de los efectos que generan las normas en el ejercicio de la convencionalidad, permitiendo consigo la materialización de los derechos debido a su carácter progresivo, de ahí que resulta necesario:

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 [...] 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 (Caicedo Tapia, 2009, pp. 10–11). (el énfasis es añadido)

Con ello se atribuye el valor meritorio que corresponde al bloque de constitucionalidad, a través del diseño de derechos preconfigurados (Cf. Bernal Pulido, 2014), y obtener de plano la categoría de institución

[1] Indica Prieto que una norma es válida cuando existe de acuerdo con el Derecho. En consecuencia, por ahora podemos decir que validez y existencia jurídica son términos equivalentes... Decimos, pues, que una norma es válida cuando puede ser identificada como perteneciente a un sistema jurídico porque cumple con las condiciones prescritas en ese sistema para ese tipo de normas (dado que las normas de un sistema complejo no son todas de una sola clase y las condiciones pueden ser y de hecho son distintas para cada una de ellas)

fundamental, lejos de cualquier señalamiento epistémico, pues conforme ha replicado la Corte IDH “el bloque de constitucionalidad está integrado por los derechos contenidos en los tratados y por los derechos consagrados en la propia Constitución” (2001, § 45, d)).

Lo anterior, consigna a los derechos el estatus de esenciales, vinculados al ser humano de manera ineludible, que alcanzan —en determinadas medidas— condiciones de *ius cogens*; empero, lograr este cometido, necesariamente resulta remitirse a los instrumentos internacionales de derechos humanos, a través de la cláusula abierta de las normas constitucionales que detenta el bloque de constitucionalidad[1] (2019b, § 140).

En suma, estas categorías representativas que entroniza el bloque de constitucionalidad frente a lo que ha señalado la CCE, no obedece a un mera opinión, sino que, la función primigenia y necesaria del bloque de constitucionalidad:

[N]os permite interpretar las normas constitucionales, pero además, los tratados de derechos humanos orientan al Juez constitucional a identificar elementos esenciales que definan la fisonomía insustituible de la Constitución... no sólo se debe tener presente a la Constitución, ya que otras disposiciones y principios pueden tener relevancia para decidir esos asuntos (2009, p. 7).

Control de convencionalidad en Ecuador: ¿exigencia o alternabilidad preconstituida?

Señaladas las labores complementarias preexistentes entre control de convencionalidad y bloque de convencionalidad, resulta oportuno señalar si su ejercicio responde a una actividad meramente facultativa —alternabilidad— o de cumplimiento inmediato e irrestricto —exigencia— en las y los juzgadores, dado que:

[E]l control de convencionalidad es un instrumento de servidores administrativos y judiciales y obligación de los Estados, para confrontar las normas del derecho local y de derecho internacional con el fin de garantizar los derechos establecidos en instrumentos internacionales de derechos humanos en casos concretos sometidos a su conocimiento (Córdova Vinuesa, 2016, p. 271).

En este sentido, nos encontramos frente a un punto de no retorno, al predefinirse como exigido/obligatorio el ejercicio del control de convencionalidad, gracias a la cláusula abierta de remisión que se encuentra inmersa en la Constitución, toda vez que “los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación” (Ecuador, 2008, art. 426)

Más, cuando se trata de la norma constitucional, cuya posición situacional en el orden jerárquico de las leyes, no coparía por excelencia una supremacía exclusiva, pues, comparte sitio junto con los tratados de derechos humanos y todo aquel instrumento devenido de la Corte Interamericana y del Sistema Internacional de Protección de Derechos Humanos (Morales Antoniazzi, 2017, *passim*).

Sobre lo anterior, ha sido consistente la doctrina al señalar que el control de convencionalidad —de cara al bloque de constitucionalidad— proyecta consigo estándares mínimos de los derechos por fuera de la

[2] Ha indicado la CCE que por el bloque de constitucionalidad los derechos enumerados en la Constitución no son taxativos y su reconocimiento es enunciativo. Los derechos que no constan en la Constitución se incorporan al texto por dos vías: remisión a los instrumentos internacionales o por reconocimiento expreso de los derechos innominados.

jerarquía normativa interna, sin que esto desmerezca o deslegitime la soberanía legislativa de los Estados parte, pues, estas 2 prerrogativas —bloque de constitucionalidad y control de convencionalidad— suponen un ejercicio legítimo y autorizado amén de las cláusulas de apertura que integra cada norma constitucional en cada nación (Piovesan, 2014, *passim*; Von Bogdandy, Ferrer Mac-Gregor, et al., 2017, *passim*).

De ahí que la Corte Constitucional ha presentado una postura plausible en torno a la exigencia que se subyace en los jueces de aplicar control de convencionalidad, y ello porque:

Los jueces y juezas y demás operadores jurídicos, al inaplicar normas inconstitucionales o aplicar directamente la Constitución y otros instrumentos internacionales de derechos humanos, generan efectos para el caso concreto... El juez y la jueza sí tiene competencias para realizar control de constitucionalidad y de convencionalidad, como cualquier otra autoridad pública en el ámbito de sus competencias (2019a. Voto salvado: Juez Ramiro Ávila, § 38, 41).

La decisión antes señalada, introdujo discusiones alrededor de la viabilidad de aplicación directa de instrumentos internacionales de derechos humanos que Ecuador haya suscrito y/o ratificado, más, cuando éstos detenten un mayor alcance y grado de satisfacción de los derechos que el ordenamiento jurídico interno. De modo que, en algunos de los escenarios de discusiones expuestos, se plantean si, ¿existe acaso limitación para el ejercicio del control de convencionalidad en Ecuador?; y, de afirmarse lo anterior, ¿cuál ha sido el organismo decisor que ha determinado esta limitante?

Respecto de la primera interrogante, todo pareciera señalar que no existieran limitaciones, dado que el marco constitucional insta obligaciones de tipo convencional, y al ser obligaciones que deben ser cumplidas al tenor del principio *pacta sunt servanda* demuestra consigo una labor preeminentemente obligatoria acorde a los lineamientos que el sistema interamericano ha destacado en torno a las funciones de los jueces en el marco de sus competencias, pues:

[E]l poder judicial debe ejercer una especie de control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana (2006a, § 124).

Conviene recalcar una situación, el voto salvado trae consigo desafíos jurídico-institucionales arribados en la práctica, lo cual, perturba inicialmente toda concepción viable de ejercer control de convencionalidad directo; sin embargo, muy a pesar de su categoría de voto salvado, los fundamentos insertos en éste, proyectan este punto de retorno que consideramos es el fundamento ideal que reafirma la viabilidad en el ejercicio del control de convencionalidad oficioso.

Ahora bien, esta primera discusión acerca de la limitación o no del ejercicio del control de convencionalidad en Ecuador, debe tomar como punto de referencia algo ya señalado en párrafos anteriores, particularmente de la condición de obligatoriedad contenida en las normas convencionales, sobre la cual, todo Estado parte se debe; y, destacando las consideraciones vertidas en la Sentencia N.º 11-18-CN/19 de la Corte Constitucional, del cual emerge a manera de recordatorio —guste o no—, contamos con un control concentrado y no difuso; empero, encumbrar esta postura de forma irrestricta implica vaciar de contenido integral el control de convencionalidad, dado que éste «se perfila como una herramienta sumamente eficaz para el respeto, la garantía y la efectivización de los derechos descritos por el Pacto» (Sagüés, 2010, p. 118).

En otras palabras sencillas de comprender, todo Estado encuentra de frente obligación irrestricta de ejercer control de convencionalidad sin que medie margen de libre apreciación (Cf. Brewer Carías, 2013), esto a partir de las obligaciones adquiridas en ocasión de la suscripción de instrumentos internacionales de Derechos Humanos, cuya naturaleza y fin persiguen el establecimiento mínimo de actuaciones y guías que se ajusten a parámetros y principios fundamentales circunscritos al ser humano y con ello especial atención a la dignidad humana.

De esta forma, la Constitución presenta como mandato imperativo aplicar de forma directa principios pertinentes y necesarios que, de acuerdo con el criterio de Alexy, se estipulan como mandatos de optimización (Cf. Alexy, 2017) previendo, entre otras cosas, la importancia y rol que presenta el derecho internacional frente a las disposiciones normativas internas, y con esto, la permisibilidad[1] (Zagrebelky, 2019, p. 13) de ejercer un debido y anticipado control de convencionalidad oficioso, cuyo fin destaca la dualidad que el derecho detenta a partir de su rasgo distintivo (Cf. Bobbio, 2016).

Si bien existe un margen de discusión vinculado al control concentrado de constitucionalidad, y consigo el de convencionalidad que recaen en el máximo órgano de justicia e interpretación constitucional, aquello no supone una limitación, pues éste órgano se consolida tildado de máximo y no exclusivo o único, lo que implica reflexionar acerca de los criterios vertidos en la Sentencia N.º 11-18-CN/19, pues en algunos de sus argumentos, se deja —en cierta medida— un pequeño espacio para repensar estos criterios de aplicación directa a manera de control difuso, pues «los jueces de la Función Judicial tiene el mandato de aplicar tanto las normas constitucionales como las de instrumentos internacionales en virtud del artículo 11 (7) y 426 de la Constitución» (2019b, § 231).

Podemos entonces entender que la discusión teórico-práctico acerca de la convencionalidad frente a la soberanía parlamentaria y legislativa de cada Estado parte, encuentra sitio en “las fuentes del derecho y su jerarquía mutua [...] las competencias que poseen los diferentes órganos del Estado, en particular los jueces [...] una notable ‘desformalización del derecho’” (Abbott, 2022, p. 71) y ello por cuanto en el ejercicio del control de constitucionalidad y convencionalidad:

[T]oda autoridad pública está obligada a aplicar las normas constitucionales, las convencionales y las que se reconocen en los instrumentos internacionales de derechos humanos [...] En relación con los jueces y juezas, cuando en uso de sus competencias constitucionales, conocen garantías constitucionales, tienen la obligación de brindar tutela efectiva a las personas víctimas de violaciones a sus derechos [...] los derechos que se pueden invocar y aplicar no solo son los reconocidos en la Constitución, sino también los que se deriven de instrumentos internacionales de derechos humanos y más que se deriven de la dignidad humana (2019b, § 255, 256).

Puede parecer una posible contradicción de labores, sin embargo, ha sido la Corte IDH quien ha reseñado —confirmando la tesis del control de convencionalidad oficioso difuso— que “los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también ‘de convencionalidad’ oficioso entre las normas internas y la Convención Americana” (2006b, § 128) dado que “[l]os jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un ‘control de convencionalidad’ entre las normas internas y la Convención Americana” (2010b, § 225).

Resulta urgente al efecto, replantearse las tesis relacionadas con el enfoque concentrado del control de

[3] Zagrebelsky indica que éste es el rasgo característico de la situación actual. Las categorías del derecho constitucional, para poder servir como criterio de acción o de juicio para la praxis, deben encontrar una combinación que ya no deriva del dato indiscutible de un 'centro' de ordenación.

convencionalidad, a partir de las previsiones aportadas por la Corte IDH respecto de los compromisos adquiridos por los Estados parte en ocasión de la Convención y del desarrollo jurisprudencial —contexto litigioso/contencioso de las causas—; por tal motivo, es que el control de convencionalidad debe ser repensado desde una órbita obligatoria, difusa y oficiosa, cuyo estandarte expone el alcance y grado de satisfacción de los derechos a partir de las normas previstas, ora Constitución, ora instrumentos internacionales de derechos humanos, de lo contrario:

[S]i se les priva a los jueces y juezas de aplicar en sus casos concretos, ya por vacíos o ya por antinomias, la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos más favorables, el control de constitucionalidad y el de convencionalidad serían inocuos y se dejaría sin eficacia la supremacía constitucional (2019b, § 287).

Metodología

El presente trabajo investigativo se diseña bajo una metodología investigativa de enfoque cualitativo, es decir, un criterio analítico en términos de calificar idoneidad de la información o aportes contenidos en fuentes bibliográficas conceptuales acerca del control de convencionalidad, vinculado con las sentencias que ha emitido la CCE, junto con las de la Corte IDH. Así, el tipo de investigación se sustenta en una de tipo descriptiva por evidenciar el estado situacional de las cosas, valorar la función primigenia que proyecta el control de convencionalidad en el respaldo y ejercicio legítimo de los derechos; siendo eminentemente observacional en torno al carácter vinculante de las sentencias que genera los propios efectos del decisionismo que detenta los órganos contramayoritarios.

Análisis de resultados y discusión

Esta investigación complementa la literatura existente sobre el control de convencionalidad, y coincide con autores respecto del criterio fundamental que se le atribuye en la protección de los derechos y el planteamiento de desafíos para los Estados. Empero, se logra aportar una visión diferenciadora respecto de la experiencia y complejidades subyacentes en Ecuador.

Desde el punto de vista teórico, nuestros resultados refuerzan la idea de que el control de convencionalidad es un componente esencial del Estado constitucional de Derecho y que contribuye a la construcción de un orden jurídico internacional basado en el respeto de los derechos humanos. En términos prácticos, nuestros hallazgos sugieren que los Estados deben fortalecer sus mecanismos internos para aplicar el control de convencionalidad, capacitar a sus operadores jurídicos y garantizar el acceso a la justicia para todas las personas.

En Ecuador, el control de convencionalidad demuestra tener la condición de útil para proteger derechos humanos y fortalecer el régimen de los derechos fundamentales en su ejercicio; sin embargo, existe resistencia en su concepción/aplicación, lo cual destaca la necesidad en seguir trabajando para superar las barreras ideológicas/institucionales que aún persisten, como la necesidad de fortalecer la independencia judicial y garantizar el acceso a la justicia para todas las personas.

Conclusiones

La doctrina ha tomado posta en el rol que ha propugnado en el contexto del control de convencionalidad instaurado enhorabuena por la Corte IDH, así como en el caso concreto de Ecuador por medio de la Corte Constitucional; dónde los resultados deben ser observados a partir del decisionismo judicial, en el marco y

respeto de las garantías al debido proceso.

Esto exige un ejercicio necesario y primigenio que permita categorizar los derechos en fundamentales, más los contenidos en la Constitución e instrumentos internacionales de derechos humanos.

Los instrumentos internacionales de derechos humanos contienen un alcance superior, lo cual, implica no realizar una lectura en clave restrictiva de los derechos; por el contrario, la exigencia puesta de plano ahora es que estos instrumentos detentan un mayor alcance de los derechos, de forma tal que su observación se ejecuta con pinzas, pues, su contenido expresa prevalencia.

Por su parte, gracias al bloque de constitucionalidad los Estados parte se encuentran en condiciones justificadas para aplicar de manera directa los instrumentos internacionales que versen sobre derechos humanos en el contexto de mayores perspectivas para los derechos.

Este bloque de constitucionalidad permite precisamente implementar controles de convencionalidad de los derechos a partir de la comprensión asignada a éste como herramienta auxiliar del control de constitucionalidad, llevando consigo el ejercicio y aplicación directa de las normas internacionales catalogadas como bloque de constitucionalidad estricto.

El ejercicio del control de convencionalidad, anclado al bloque de constitucionalidad, demanda cargas argumentativas in extremo fuertes en el desarrollo del proceso, lejos del grado, instancia, materia, o cualquier otra consideración procesal; ello dado que la sujeción al control de convencionalidad de las actuaciones judiciales está vinculada de manera irrestricta y el cumplimiento de los estándares están sujetas a un plano alto de argumentación jurídica en el cual convergen principios y criterios rectores.

El esquema que presenta la Corte IDH al respecto, expone con claridad los roles y competencias contenciosas y consultas; de esta forma, es de observar los parámetros asignados en el desarrollo jurisprudencial y consultivo que este organismo ha presentado para la comunidad jurídica, a la luz de los mandatos convencionales previstos en la CADH.

A su vez, este control de convencionalidad significa exigencia jurisdiccional anclado de manera particular al decisionismo, cuyas cargas argumentativas responden al fundamento principal de la justicia, en el contexto y enfoque que presentan los instrumentos internacionales de derechos humanos. Esto por una sencilla razón, alcanzar el grado máximo de los derechos en su ejercicio y goce; de ahí la urgencia en reflexionar sobre un control de convencionalidad con caracteres de urgencia, necesidad y oficioso.

Desde el campo procesal, se genera una discusión al interior de los Estados parte en la dinámica de la convencionalidad de los derechos, dado que instaura y cimienta facultades oficiosas jurisdiccionales de co-gobernabilidad y co-legislativas de las normas internacionales de derechos humanos, lo que instituye preminentemente un camino abierto al reconocimiento pleno del *ius constitutionale commune* que, entre otras cuestiones, cambia el paradigma del derecho en las legislaciones y en el ejercicio de la jurisdicción.

En el plano de los procesos penales, el régimen de las garantías procesales es abismal, necesitando en consecuencia herramientas/instrumentos jurídicos en extremo garantista que permitan cumplir con el mayor grado de satisfacción de los derechos, lo cual, habilita adicionalmente dotar de altos y fuertes principios mínimos y necesarios que observar por parte de las y los jueces.

Referencias

Alexy, R. (2017). Teoría de los derechos fundamentales (C. L. Bernal Pulido, Trad.; 2.^a ed.). Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Ávila, R. (2013). La (in)justicia penal en la democracia constitucional de derechos: Una mirada desde el garantismo penal (1.^a ed.). Ediciones Legales; Universidad Andina Simón Bolívar.

Ávila, R. et al. (2011). Los derechos y sus garantías. Ensayos críticos. Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional.

Bazán, V. (Ed.). (2003). Jurisdicción constitucional y control de constitucionalidad de los tratados internacionales. Porrúa.

Bernal, C. (2014). El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales: El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador (4.^a ed.). Universidad Externado de Colombia.

Bidart, G. (1994). La interpretación del sistema de derechos humanos. EDIAR.

Bobbio, N. (2016). Teoría General del Derecho. TEMIS.

Brewer, A. (2013). El control de convencionalidad, con particular referencia a la garantía del derecho a la protección judicial mediante un recurso sencillo, rápido y efectivo de amparo de los derechos humanos. En J. O. Santofimio Gamboa (Ed.), Control de convencionalidad y responsabilidad del estado (1.^a ed., pp. 245-306). Universidad Externado de Colombia.

Caicedo, D. (2009). El bloque de constitucionalidad en el Ecuador. Derechos Humanos más allá de la Constitución. Foro, Revista de Derecho, 12, 1-20.

Castilla, K. (2009). El principio pro persona en la administración de justicia. Cuestiones constitucionales, 20, 65-83.

Córdova, P. (2016). Derecho procesal constitucional: Estudios críticos de doctrina, dogmática, argumentación y jurisprudencia. Corporación de Estudios y Publicaciones.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (1999). Opinión Consultiva OC-16/99: El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2003). Opinión Consultiva OC-18/03: Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados.

Organización de los Estados Americanos. (1969). Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2001). Caso “La última tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile. Sentencia de 5 de febrero de 2001.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2006a). Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Sentencia de 26 de septiembre de 2006.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2006b). Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú. Sentencia de 24 de noviembre de 2006.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2008). Caso Kimel Vs. Argentina. Sentencia de 2 de mayo de 2008.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2010a). Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México. Sentencia de 31 de agosto de 2010.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2010b). Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Sentencia de 26 de noviembre de 2010.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2012). Caso Mohamed Vs. Argentina. Sentencia de 23 de noviembre de 2012.

Ecuador. (2008). Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial 449.

Corte Constitucional de Ecuador. (2014). Sentencia No. 003-14-SIN-CC (Caso No. 0014-13-IN y acumulados).

Corte Constitucional de Ecuador. (2017). Sentencia No. 043-17-SEP-CC (Caso No. 0677-14-EP).

Corte Constitucional de Ecuador. (2019a). Sentencia No. 10-18-CN/19 (Caso No. 10-18-CN).

Corte Constitucional de Ecuador. (2019b). Sentencia No. 11-18-CN/19 (Caso No. 11-18-CN).

Corte Constitucional de Ecuador. (2021). Sentencia No. 472-15-EP/21 (Caso No. 472-15-EP).

Corte Constitucional para el periodo de transición. (2009). Sentencia No. 0001-09-SIS-CC (Caso No. 0003-08-IS).

Favoreu, L. (1990). El bloque de la constitucionalidad. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 5, 45-68.

Ferrajoli, L. (2016). *Derechos y garantías: La ley del más débil* (P. A. Ibáñez, Trad.). Trotta.

Ferrajoli, L. y Bobbio, N. (2018). *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal*. Trotta.

Ferrer, E. (2019). Control de convencionalidad y buenas prácticas: Sobre el diálogo judicial entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los tribunales nacionales. En A. Von Bogdandy et al. (Eds.), *Cumplimiento e impacto de las sentencias de la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Transformando realidades* (pp. 613-642). Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro.

Ferreres, V. (2021). *Justicia constitucional y democracia* (3.^a ed.). Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

García, R. (2014). *Código orgánico integral penal comentado* (2.^a ed.). Universidad Internacional del Ecuador; Latitud Cero Editores.

Gozaíni, O. (2017). *El debido proceso: Estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos* (Tomo I). Rubinzal-Culzoni.

Häberle, P. (2013). *Pluralismo y Constitución. Estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta* (E. Mikunda-Franco, Trad.). Tecnos.

Llorente, F. (1989). El bloque de constitucionalidad. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 27, 9-37.

Monroy, M. (2016). *Introducción al derecho* (16.^a ed.). Temis.

Morales, M. (Ed.). (2017). *Interamericanización como mecanismo del Ius Constitutionale Commune en derechos humanos en América Latina*. En A. Von Bogdandy et al. (Eds.), *Ius constitutionale commune en América Latina: Textos básicos para su comprensión* (pp. 417-456). Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro.

Morales, M. (2019). *Interamericanización. Fundamentos e impactos*. En A. Von Bogdandy et al. (Eds.), *Cumplimiento e impacto de las sentencias de la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Transformando realidades*. Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro.

Nogueira, H. (2008). El derecho de acceso a la jurisdicción al debido proceso en el bloque constitucional de derechos en Chile. En A. Zaldívar-Lelo de Larrea y E. Ferrer Mac-Gregor (Eds.), *Derechos fundamentales y tutela constitucional* (pp. 781-862). UNAM.

Noguera, A. (2023). *El asalto a las fronteras del derecho: Revolución y poder constituyente en la era de la ciudad global*. Trotta.

Oyarte, R. (2019). *Debido proceso* (3.^a ed.). Corporación de Estudios y Publicaciones.

Pinto, M. (1997). El principio pro homine: Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos. *Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS)*, 163-197.

Piovesan, F. (2014). *Ius Constitutionale Commune latinoamericano en derechos humanos e impacto del Sistema Interamericano: Rasgos, potencialidades y desafíos*. En H. Fix-Fierro (Ed.), *Ius constitutionale commune en América Latina: Rasgos, potencialidades y desafíos* (1.^a ed., pp. 551-576). UNAM.

Prieto, L. (2011). *La limitación de los Derechos Fundamentales y la Norma de Clausura del Sistema de Libertades*. Iustel.

Prieto, L. (2016). *Apuntes de teoría del derecho*. Trotta.

Quinche, M. (2009). *El control de convencionalidad y el sistema colombiano*. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, 12, 163-190.

Quinche, M. (2010). *Realidades y tendencias del derecho en el siglo XXI: Obra conmemorativa de los ochenta años del Restablecimiento de la Pontificia Universidad Javeriana* (1.^a ed.). Pontificia Universidad Javeriana; Temis.

Sagüés, N. (2010). *Obligaciones internacionales y control de convencionalidad*. *Estudios constitucionales*, 8(1), 117-136.

Salazar, P. et al. (2009). *Garantismo espurio*. Fundación Coloquio Jurídico Europeo.

Silva, M. (2018). *¿Es realmente viable el control de convencionalidad?* *Revista Chilena de Derecho*, 45, 717-744.

Silva, M. (2022). *Ius Constitutionale Commune para América Latina (ICCAL) y activismo judicial: ¿Hacia el gobierno de los jueces?* *Prudentia Iuris*, 94. <https://doi.org/10.46553/prudentia.94.2022.pp.69-108>

Storini, C. (2009). *Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales en la Constitución ecuatoriana de 2008*. En *La Nueva Constitución del Ecuador, Estado, derechos e instituciones* (1.^a ed.). Universidad Andina Simón Bolívar.

Trindade, A. (2008). *La ampliación del contenido material del ius cogens*. En *Secretaría de Asuntos Jurídicos y Organización de Estados Americanos (Eds.), XXXIV Curso de Derecho Internacional: Aspectos jurídicos del desarrollo regional* (pp. 1-16).

Vásquez, P. y Bernardo, P. (2019). *El bloque constitucional y el bloque de la constitucionalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional del Ecuador*. Repositorio UASB. <http://portall.uasb.edu.ec:2057/handle/10644/6616>

Von Bogdandy, A. et al. (2017). A manera de prefacio. *Ius Constitutionale Commune en América Latina: Un enfoque regional del constitucionalismo transformador*. En A. Von Bogdandy et al. (Eds.), *Ius constitutionale commune en América Latina: Textos básicos para su comprensión* (1.^a ed., pp. 17-54). Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro.

Von Bogdandy, A. et al. (Eds.). (2017). *Ius constitutionale commune en América Latina: Textos básicos para su comprensión* (1.^a ed.). Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro.

Zagrebelsky, G. (2019). *El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia*. Trotta.