

**El control difuso de convencionalidad en el Ecuador: aproximaciones, desafíos e
incertidumbre**

**The diffuse control of conventionality in Ecuador: approaches, challenges and
uncertainty**

Erlin Ricardo Estrada Murillo¹

Universidad de Otavalo. eestrada@uotavalo.edu.ec

Recibido: 1/09/2021

Aceptado: 12/01/2022

Publicado: 12/02/2022

¿Cómo citar?

**Estrada, E. (2022). El control difuso de convencionalidad en el Ecuador: aproximaciones,
desafíos e incertidumbre. Revista Científica Mundo Recursivo, 5(1: Edición Especial
“El derecho en Ecuador”), 121-146.**

¹ Docente a tiempo completo de la Universidad de Otavalo. Máster Universitario en Derechos Humanos, Democracia y Justicia Internacional por la Universitat de Valencia. Especialista Superior en Derecho Constitucional por la Universidad Andina Simón Bolívar. Abogado de los Juzgados y Tribunales de la República del Ecuador. ID: <https://orcid.org/0000-0002-2731-0805>

Resumen:

Este artículo tuvo como objeto analizar desde una perspectiva cualitativa y descriptiva el control de convencionalidad desarrollado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a lo largo de sus innovadoras y controversiales sentencias emitidas por este órgano de control internacional. Luego se pasa a observar cada uno de sus aspectos más importantes en la aplicación del control difuso de convencionalidad en sede nacional, desde una visión más orgánica y estructural observando cada una de sus facetas: desde el control convencional represivo o negativo hasta su nueva modalidad de control convencional constructivo o positivo. En este sentido, el Ecuador al ser Estado parte de la Convención Americana de Derechos Humanos como también de la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tiene la obligación internacional de adecuar o armonizar su ordenamiento jurídico interno a los estándares internacionales en materia de derechos humanos. Para ello, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dotado de un mecanismo eficaz a sus receptores locales con la finalidad de asegurar el “efecto útil” de la Convención Americana de Derechos Humanos en el orden jurídico interno a través del denominado control difuso de convencionalidad.

Palabras claves: Control de Convencionalidad, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Convención Americana de Derechos Humanos, Control Difuso, Corte Constitucional del Ecuador.

Abstract:

This article aimed to analyze from a qualitative and descriptive perspective the control of conventionality developed by the Inter-American Court of Human Rights, throughout its innovative and controversial judgments issued by this international control body. Then we go on to observe each of its most important aspects in the application of diffuse control of conventionality at national headquarters, from a more organic and structural view, observing each of its facets: from conventional repressive or negative control to its new modality of

control. Constructive or positive conventional control. In this sense, Ecuador, being a State party to the American Convention on Human Rights as well as to the jurisdiction of the Inter-American Court of Human Rights, has the international obligation to adapt or harmonize its domestic legal system to international standards on human rights. To this end, the Inter-American Court of Human Rights has provided its local recipients with an effective mechanism in order to ensure the “useful effect” of the American Convention on Human Rights in the domestic legal order through the so-called diffuse control of conventionality.

Keywords: Conventionality Control, Inter-American Court of Human Rights, American Convention on Human Rights, Diffuse Control, Constitutional Court of Ecuador.

Introducción

El control de convencionalidad es un fenómeno jurídico nuevo o moderno que ha generado varios debates tanto a escala nacional como internacional sobre su origen, evolución y aplicación. Desde, su origen las críticas no han cesado y han abordado las viejas temáticas sobre: legitimidad democrática del órgano jurisdiccional, las interpretaciones mutativas, soberanía estatal, supremacía constitucional o internacional, el control de constitucionalidad y ahora un evolucionado control de convencionalidad de normas jurídicas.

Para la doctrina, el control de convencionalidad es un mecanismo o instrumento eficaz creado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para alcanzar el respeto, la garantía y efectivización de los derechos contenidos en la Convención Americana de Derechos Humanos (Sagüés, 2010). Mecanismo de control creado y diseñado mediante la interpretación jurisprudencial desarrollada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso emblemático *Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*, de 26 de septiembre de 2006. Configurando así, un esquema que se venía fraguando con antelación en los votos concurrentes razonados del ex Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sergio García Ramírez, en el caso

Myrna Mack Chang Vs. Guatemala (2003), párrafo 27, de 25 de noviembre de 2003 y el caso Tibi Vs. Ecuador (2004), párrafo 3, de 07 de septiembre de 2004.

En este sentido, el Ecuador al ser Estado parte de la Convención Interamericana de Derechos Humanos. Su ordenamiento jurídico interno se debe adecuar o armonizar con el *corpus iuris* interamericano de derechos humanos. Institución, que impone nuevos retos internos para ponerse en la vanguardia jurídica que implica el control de convencional. Para lo cual, la academia jurídica debe estudiar los problemas que impone este tipo de fenómenos y crear instrumentos que faciliten su fácil comprensión y aplicación.

Para ello, el presente artículo analizará el origen, desarrollo y resultados del control de convencionalidad a través de las diferentes etapas generadas por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Posteriormente, se estructurará de manera orgánica todos los componentes que se desprenden del control de convencionalidad para su aplicación en el ordenamiento jurídico del Ecuador, estableciendo interrogantes, respuestas y conclusiones a los problemas generados por la incorporación de una nueva institución en el orden interno.

Metodología

En el desarrollo del artículo se empleará una investigación de tipo cualitativa a través del método descriptivo, que facilitarán entender desde lo abstracto la institución del control de convencionalidad desarrolla por la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Para luego, confrontar, la implementación de esta institución jurídica en el ordenamiento jurídico ecuatoriano de manera concreta. Evidenciando así, el problema que se genera en el Estado ecuatoriano al incorporar instituciones jurídicas como es el control difuso de convencionalidad en un modelo de control concentrado de constitucionalidad.

Resultados

Origen y Desarrollo del Control de Convencionalidad

Antes, de entrar a analizar el contenido de los estándares internacionales emitidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de control de convencionalidad. Es menester, dejar constancia al lector, que la doctrina desarrollada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos no ha sido del todo uniforme. Ha tenido avances y retrocesos importantes que con el pasar del tiempo se ha rediseñado nuevos matices para su órbita de aplicación en sede nacional.

En su primera etapa, denominada invasiva o represiva, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Almonacid Arellano y otros Vs. Chile* (2006), se estableció *prima facie*, lo siguiente:

124. La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder 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. (p. 53)

De lo citado, se puede verificar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos dejó formalmente inaugurada el control de convencionalidad para la región. La cual, permite

controlar y anular aquellas normas internas contrarias al contenido de la Convención Americana de Derechos Humanos. Además, la Corte dispuso, que los jueces domésticos no solo se sujetan al imperio de la ley interna o estatal, sino que, además, se someten a los Pactos Internacionales que el mismo Estado ha ratificado voluntariamente, como es el caso de la Convención Americana de Derechos Humanos. Pero la cuestión no solo queda en la letra del Pacto, sino, que exige a los órganos del Poder Judicial deban sujetarse a la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con carácter *erga omnes*.

Cuestión que, es ampliamente discutida por la academia, al evidenciarse frontalmente una interpretación mutativa-aditiva del artículo 62 y 68 de la Convención Americana de Derechos Humanos (1969) por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En donde, “ninguna norma del Pacto de Costa Rica le da en forma expresa el carácter extensivo, válido para todos los asuntos a los decisorios de la Corte IDH. Salvo –reiteramos–, para el caso concreto” (Hitters, 2015).

Posteriormente, en otro fallo emitido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú (2006), considera que:

128. Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también “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. (p. 47)

En esta nueva sentencia, como señala Sagüés (2010), el control de convencionalidad se comienza a perfeccionar y pasa a transformarse de una “especie de control de convencionalidad” al “control” liso o llano, en un acto de revisión judicial o fiscalización de la sumisión de las normas jurídicas nacionales a las normas jurídicas internacionales (p. 120). Imponiendo así, un mandato de cumplimiento obligatorio *ex officio* de control de convencionalidad en los casos sometidos a la jurisdicción nacional.

El desarrollo de la doctrina represiva emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de control de convencionalidad se fue modulando con el pasar del tiempo en otras sentencias. Adoptando una postura menos invasiva e incorporando la doctrina de la “interpretación conforme” dentro del paraguas del control de convencionalidad. En este sentido, se denotó en la sentencia del caso Rosendo Radilla Pacheco Vs. Estados Unidos Mexicanos (2009), disponiendo, lo siguiente:

338. Para este Tribunal, no sólo la supresión o expedición de las normas en el derecho interno garantizan los derechos contenidos en la Convención Americana, de conformidad a la obligación comprendida en el artículo 2 de dicho instrumento. También se requiere el desarrollo de prácticas estatales conducentes a la observancia efectiva de los derechos y libertades consagrados en la misma. En consecuencia, la existencia de una norma no garantiza por sí misma que su aplicación sea adecuada. Es necesario que la aplicación de las normas o su interpretación, en tanto prácticas jurisdiccionales y manifestación del orden público estatal, se encuentren ajustadas al mismo fin que persigue el artículo 2 de la Convención. En términos prácticos, la interpretación del artículo 13 de la Constitución Política mexicana debe ser coherente con los principios convencionales y constitucionales de debido proceso y acceso a la justicia, contenidos en el artículo 8.1 de la Convención Americana y las normas pertinentes de la Constitución mexicana. **340.** De tal manera, es necesario que las

interpretaciones constitucionales y legislativas referidas a los criterios de competencia material y personal de la jurisdicción militar en México, se adecuen a los principios establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal, los cuales han sido reiterados en el presente caso. (pp 92-93)

Este cambio de criterio más moderado por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, flexibiliza su postura inicial. Y, a la vez impone nuevos retos para los órganos jurisdiccionales estatales en el dominio y aplicación preventivo de la doctrina de la “interpretación conforme” en materia de control de convencionalidad.

Es decir, este nuevo estándar le otorga un tipo de salva vida a la norma interna incompatible con la Convención Americana de Derechos Humanos, antes de ser expulsada del ordenamiento jurídico. Sobre ello, Guastini (2014) es un referente y considera: que “se hace interpretación conforme cada vez que se adapta -se adecua- el significado de una disposición al significado (previo o contextualmente establecido) de otras disposiciones de rango superior” (p. 295). Una nueva tarea impuesta al órgano jurisdiccional local por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Finalmente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, emite una nueva sentencia-desarrolladora, incorporando un nuevo componente para la aplicación del control de convencionalidad, en la supervisión de cumplimiento de sentencia del caso Gelman Vs. Uruguay (2013). En donde, expande el ámbito de competencia para el ejercicio de este control, en los siguientes términos:

69. Respecto de la segunda manifestación del control de convencionalidad, en situaciones y casos en que el Estado concernido no ha sido parte en el proceso internacional en que fue establecida determinada jurisprudencia, por el solo hecho de ser Parte en la Convención Americana, todas sus autoridades públicas y todos sus órganos, incluidas las instancias democráticas, jueces y demás órganos vinculados a la

administración de justicia en todos los niveles, están obligados por el tratado, por lo cual deben ejercer, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, un control de convencionalidad tanto en la emisión y aplicación de normas, en cuanto a su validez y compatibilidad con la Convención, como en la determinación, juzgamiento y resolución de situaciones particulares y casos concretos, teniendo en cuenta el propio tratado y, según corresponda, los precedentes o lineamientos jurisprudenciales de la Corte Interamericana. (p. 20)

En este fallo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos vincula a otros órganos del Estado para la realización del control de convencional. Control que ya no recae en la actividad del órgano judicial doméstico, sino que, se expande dicho control a los órganos políticos emisores de normas jurídicas. En suma, el control de convencionalidad, ahora les compete a todos los órganos que representan al Estado, sin distinción alguna. Configurando así, un tipo de control *a priori* o positivo de emisión normativa compatible con la Convención Americana de Derechos Humanos y conservando también el viejo control *a posteriori* o negativo de anulación de normas jurídicas incompatibles con el *corpus iuris* interamericano de derechos humanos.

Tipología del Control de Convencionalidad

El desarrollo jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de control de convencionalidad ha sido multifacético como se dejó explicado en el apartado precedente. Pero ahora, se centra exclusivamente en el ejercicio de los jueces domésticos o nacionales al momento de realizar el control de convencionalidad. Con la finalidad de esclarecer ciertos tópicos que generan confusiones.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos contenciosos Almonacid Arellano y otros Vs. Chile (2006) y Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú (2006) deja planteado el primigenio del control de convencionalidad. En esta faceta,

el control se encuentra en su estado más radical o represivo, lleno de matices imprecisos que amerita un análisis de interpretación exhaustiva.

Mientras que, en su segunda faceta el control se afianza en el terrero jurídico, moderando la Corte Interamericana de Derechos Humanos su propia doctrina. Especialmente en el caso Rosendo Radilla Pacheco Vs. Estados Unidos Mexicanos (2009), en donde, se decanta en doctrinas como el “margen de apreciación nacional” y “la interpretación conforme” a favor del Convenio Americano de Derechos Humanos. Empero, en la supervisión de cumplimiento de sentencia del caso Gelman Vs. Uruguay (2013) su doctrina empieza a tambalear nuevamente en un terreno inexplorable. Al otorgar competencias en materia de control de convencionalidad a otros órganos que conforman el Estado.

Dejando evidenciado las facetas que cruza la doctrina sobre el control de convencionalidad emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Es necesario dividirlo en una tipología orgánica y estructural, para entender el alcance de cada estándar jurisprudencial enunciado. Para lo cual, se ha tomado la clasificación elaborada por Sagüés (2014) como: 1) control de convencionalidad represivo y 2) control de convencionalidad constructivo (pp 23-25). Mismos que se abordarán a continuación:

Control de Convencionalidad Represivo o Negativo

En este tipo de control de convencionalidad denominado represivo o negativo, se encuentra desarrollado en las primeras sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Especialmente, en los casos contenciosos: Almonacid Arellano y otros Vs. Chile (2006) y Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú (2006).

Pero ¿por qué el control de convencionalidad se denomina represivo o negativo? Para ello, se debe acudir al contenido de estos estándares. En el caso, Almonacid Arellano y otros Vs. Chile (2006) la Corte Interamericana de Derechos Humanos impone directamente a los jueces y tribunales internos la tarea de realizar el control de convencionalidad. Es decir, los

jueces nacionales como parte del aparato del Estado tienen la obligación de velar que las leyes o normas jurídicas internas sean compatibles con el Convenio Americano de Derechos Humanos. Y, en el caso de que se verifique su incompatibilidad o inconvencionalidad, deban ser inaplicadas las leyes, por carecer de efectos jurídicos desde su inicio. En esta tarea, los jueces nacionales deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana de Derechos Humanos, intérprete última de la Convención Americana (p. 53).

Mientras que en la sentencia del caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú (2006), la Corte Interamericana de Derechos Humanos sigue manteniendo la misma doctrina represiva, pero con nuevos componentes. Ahora, el ejercicio del control de convencionalidad se lo debe realizar *ex officio* por parte de los órganos del Poder Judicial con el fin de garantizar el “*efecto útil*” de la Convención Americana de Derechos Humanos. Pero este nuevo estándar parece indicar que el juez que está facultado para ejercer el control de constitucionalidad, debe también realizar el control de convencionalidad. El fallo le reclama, al juez nacional, tal doble control (Sagüés, 2010).

Estos fallos estudiados configuran el “*leading case*” o casos destacados en lo que respecta al control de convencionalidad represivo o negativo. Porque, obliga imperativamente a los jueces nacionales *ex officio* a realizar el control, sin necesidad que las partes lo invoquen. Dejando, esta tarea de manera exclusiva a los jueces del Poder Judicial, como guardianes o defensores de la Convención Americana de Derechos Humanos en sede nacional. Con capacidad, de reprimir o inaplicar aquellas normas jurídicas internas que son incompatibles con la Convención, convirtiéndose (en términos *kelsenianos*) los jueces o Tribunales nacionales en una especie de legislador negativo que enjuicia a la ley y, la sentencia en la que declara su inconvencionalidad o la de una interpretación tiene la eficacia de la ley misma, que es su objeto (De Otto, 2012).

Control de Convencionalidad Constructivo o Positivo

En cambio, a este tipo de control de convencionalidad se lo define como constructivo o positivo, desarrollado progresivamente en otras sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, años más tarde. Especialmente, en el caso contencioso Rosendo Radilla Pacheco Vs. Estados Unidos Mexicanos (2009) y el de supervisión de cumplimiento de sentencia del caso Gelman Vs. Uruguay (2013).

De igual manera, se realiza la siguiente pregunta: ¿Por qué el control de convencionalidad se denomina ahora constructivo o positivo? Para ello, se debe acudir al contenido de estos estándares enunciados. En el caso, Rosendo Radilla Pacheco Vs. Estados Unidos Mexicanos (2009), la Corte Interamericana de Derechos Humanos desarrolla una postura diferente respecto al control de convencionalidad. Ahora, se decanta por la doctrina alemana sobre la “interpretación conforme” desarrollada con plenitud por los Tribunales o Corte Constitucionales en materia de control de constitucionalidad de leyes. En este sentido, se les otorga una nueva prerrogativa a los jueces nacionales al momento de realizar el control de convencionalidad. Es el de buscar y seleccionar la interpretación del sentido normativo interno que mejor se “adecue” o este “conforme” al contenido de la Convención Americana de Derechos Humanos y la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana (pp 92-93).

Lo relevante, de esta nueva postura adoptada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es trasladar como *ultima ratio* al control de convencionalidad represivo o negativo. Para preservar el “principio de conservación del derecho interno”. Es una de las características que persigue la doctrina de la “interpretación conforme”, en conservar la creación normativa emitida por el legislador y tratar de rescatar lo mejor de ella.

Por ello, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, brinda una forma de salva vida de la norma jurídica interna. Para que el juez doméstico a través de la técnica hermenéutica de

la “interpretación conforme” logre la armonización entre el derecho nacional y el derecho internacional. A través de la cual “los derechos y libertades constitucionales son armonizados con los valores, principios y normas contenidos en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, así como por la jurisprudencia de los tribunales internacionales, para lograr su mayor eficacia y protección” (Ferrer Mac-Gregor, 2011).

En esta misma línea constructiva o positiva, la Corte Interamericana de Derechos Humanos expande el ámbito de competencia del control de convencionalidad. Esta nueva implementación se plasma en el caso de supervisión de cumplimiento de sentencia del caso *Gelman Vs. Uruguay* (2013). Lo particular, de este caso es que acoge nuevamente la doctrina de la “interpretación conforme”, pero lo agrega algo más al componente construido a lo largo de las sentencias antes estudiadas. Ahora, el control de convencionalidad no solo les pertenece a los jueces del Poder Judicial, sino a todos los órganos que representan al Estado.

En este sentido, en el caso *Gelman Vs. Uruguay* (2013), la Corte Interamericana de Derechos Humanos les otorga competencia suficiente a todos los agentes del Estado, para ejercer el control de convencionalidad. Con la finalidad de asegurar el “efecto útil” de la Convención Americana de Derechos Humanos en la esfera nacional. En donde, los demás órganos estatales tienen la obligación constructiva o positiva de desarrollar prácticas conducentes a la observancia efectiva de los derechos y libertades consagrados en la misma. Por tal, el control de convencionalidad se torna en una herramienta necesaria para eliminar cualquier tipo de actividad estatal que contravenga la Convención Americana de Derechos Humanos y la interpretación de la misma. Tarea que impone nuevos retos en la esfera estatal tanto en la emisión y aplicación de normas, en cuanto a su validez y compatibilidad con la Convención (p. 20).

Órgano (s) que Controla (n) la Convención Americana de Derechos Humanos

En este apartado se desarrollará las modalidades de control de convencionalidad según los órganos que lo ejerce. Tanto en la esfera internacional como en la nacional tienen sus propios órganos habilitados para realizar este tipo de control. Facultad, otorgado mediante disposición normativa o a través de jurisprudencial vinculante, semejante al *stare decisis*. Temática que se abordará de forma orgánica y secuencial, a continuación.

Control Concentrado en Sede Internacional

De conformidad a lo establecido en los artículos 33. b), 62, 63 y 64 de la Convención Americana de Derechos Humanos (1969), la Corte Interamericana de Derechos Humanos ejerce tres funciones específicas: 1) contenciosa; 2) la facultad de dictar medidas provisionales; y, 3) la consultiva. Desde esta óptica jurídica la Corte Interamericana de Derechos Humanos es creada mediante normativa internacional, facultándole una serie de atribuciones en el marco de sus competencias.

Entre una de esas competencias es la de conocer los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes, como lo establece el Art. 33 de la Convención Americana de Derechos Humanos (1969). Además, en el Art. 62 de la misma Convención Americana establece que los Estados Partes que han ratificado la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, están sometidos de manera obligatoria y de pleno derecho sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de la Convención Americana de Derechos Humanos (1969).

Continuando, luego en su Art. 64 de la Convención Americana de Derechos Humanos (1969), la Corte Interamericana de Derechos Humanos a solicitud de un Estado parte, podrá darle opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los instrumentos mencionados. Y, finalmente en su Art. 67 establece que los fallos emitidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, será definitivo e inapelable.

En suma, la Corte Interamericana de Derechos Humanos es el órgano facultado de pleno derecho para realizar el Control de Convencionalidad Concentrado en sede internacional del Convenio Americano de Derechos Humanos. Porque, invocando el Art. 67 de la Convención Americana (1969), determina y se deduce claramente que: es el órgano de cierre y por encima de él, no existe ninguna otra instancia apelable. Estas normas jurídicas internacionales, se han fortalecido con toda la jurisprudencia que ha emitido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en donde, se autodefine como: intérprete última de la Convención Americana.

Control Difuso en Sede Nacional

En lo que respecta, a esta otra modalidad del control de convencionalidad en sede nacional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Almonacid Arellano y otros Vs. Chile* (2006), establece que “el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos” (p. 53). Postura inicial, que luego se ratifica en el caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú* (2006), disponiendo que los “órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también “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” (p. 47).

En estos estándares, desarrollados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos se decanta por un modelo de control difuso de convencionalidad, en sede nacional. Mismo, que lo ejercerá de manera exclusiva los jueces de Poder Judicial. “Sin embargo, razones derivadas del principio de analogía, del argumento teleológico y del argumento “a fortiori”, llevan a concluir que esa directriz obliga también a los jueces de un Tribunal Constitucional extrapoder” (Sagüés, 2010). Pero, la problemática no radica en ello, sino en como el control difuso de

convencionalidad convive en la esfera estatal cuando el modelo de control de constitucionalidad es concentrado.

Es decir, en los modelos estatales que han adoptado un control difuso de constitucionalidad de leyes, el asunto es mucho más ligero de digerir. Porque, el mismo órgano que ejerce el control de constitucionalidad puede ejercer también el control de convencionalidad, ya que tienen competencia plena para reprimir o inaplicar una ley contraria a la Constitución o a la Convención Americana de Derechos Humanos. En cambio, la dificultad se genera en sistemas en donde el control de constitucionalidad lo ejerce un órgano concentrado y, como tal le queda prohibido realizar este tipo de control los jueces del Poder Judicial.

Al respecto, esta dificultad se puede evidenciar en países como Ecuador, Bolivia, Colombia, Uruguay, México, Costa Rica, entre otros, quienes aplican un sistema de control de constitucionalidad concentrado. Por ejemplo, Ecuador es un Estado parte de la Convención Americana de Derechos Humanos y ha ratificado la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Pero, internamente, su poder constituyente en ejercicio de su soberanía popular ha establecido un sistema de control de constitucionalidad concentrado, a través, de la creación de una Corte Constitucional al estilo *kelseniano* europeo-continental (Salgado, 2012). Mientras que, en lo internacional, el Ecuador se encuentra sometido a los precedentes jurisprudenciales emitidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y en concreto a todo lo establecido en materia de control de convencionalidad.

Evidenciándose, una aparente tensión entre Derechos Humanos y Constitución, que genera algunas aporías en la aplicación del control difuso de convencionalidad en sede nacional y lo más importante en determinar: ¿Cuál es el órgano jurisdiccional que debe ejercer el control difuso de convencionalidad en el Ecuador?, asunto que se retomará en otro apartado.

Para concluir, el control de convencionalidad en sede nacional, es un control difuso, que deben ejercer los jueces domésticos o nacionales como estipula los precedentes de la Corte

Interamericana de Derechos Humanos. Tarea que impone varios retos para los jueces internos, para configurar, lo que define el juez Ferrer Mac-Gregor (2011), en aquel control difuso de convencionalidad como el deber impuesto a “los jueces nacionales en realizar un examen de compatibilidad entre los actos y normas nacionales, y la CADH, sus protocolos adicionales, y la jurisprudencia de la Corte IDH que interpreta ese *corpus iuris* interamericano” (p. 562).

Los efectos del Control de Convencionalidad

Por la Territorialidad: Internacional y Nacional

Efecto Internacional.

En lo que se refiere a los efectos de los fallos emitidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en sede internacional, se ha generado un grande debate sobre el alcance de los mismos. Si se realiza un examen literal del Art. 68.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos (1969), en donde señala: “Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes” (Art. 68). La disposición es clara, precisa, determinada y no amerita interpretaciones extensivas. Por ende, desde lo literal, los efectos de los fallos emitidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos contenciosos solo deben ser cumplidos por los Estados que son parte del litigio.

Ahora, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, mantiene una postura diferente a lo establecido por el Art. 68 de la Convención Americana de Derechos Humanos (1969). En este sentido se debe tomar como referencia los fallos que se ha analizado en materia de Control de Convencionalidad. Por ejemplo: en el caso *Almonacid Arellano y otros Vs. Chile* (2006), establece: “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” (párr. 124).

Esta interpretación mutativa por adición emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el Art. 67 de la Convención Americana de Derechos Humanos, ha ocasionado un cierto rechazo por algunos Estados Partes. Sobre ello Sagüés (2010) manifiesta, que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su condición de intérprete definitiva del mismo (art. 67). El tribunal ha agregado algo al contenido inicial del Pacto, aunque el texto literal de éste no ha variado. Así, un Estado puede verse obligado por la doctrina sentada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en una causa en la que él no ha sido parte (p. 125).

En definitiva, la Corte Interamericana de Derechos Humanos es el máximo órgano de control de convencionalidad en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. En donde, las interpretaciones que realiza en los diferentes casos sometidos a su competencia sobre la Convención Americana de Derechos Humanos. Producen un efecto *erga omnes* para todos los Estados partes que han ratificado la Convención y la competencia de la Corte.

Efecto Nacional.

Del criterio adoptado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile (2006), los Estados partes “deben tomar en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana” (p. 53). En este sentido, tanto la Convención Americana de Derechos Humanos como la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son de carácter vinculante o con efectos *erga omnes* para los Estados partes del mismo.

En materia de control de convencionalidad en sede nacional, se abodará a continuación los estándares adoptados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su etapa represiva o negativa. Para lo cual, en el caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile (2006), brinda algunos criterios sobre la represión o inaplicación de las normas internas contrarias a la Convención Americana de Derechos Humanos y de la interpretación que del mismo ha hecho

la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Mismos, que merecen una estructura para un mejor entendimiento y, que serán abordados a continuación.

Por la Temporalidad: Ex Tunc

Para Oyarte (2019), “una decisión tiene un efecto *ex nunc* cuando su resultado es aplicable solo al futuro, en cambio adquiere efecto *ex tunc* cuando es aplicable de modo retroactivo, retornando las cosas al estado anterior” (p. 1081). En este contexto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile (2006), hace mención que los jueces están obligados “a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos” (párr. 124).

De lo establecido en este estándar se dispone, que aquellas normas jurídicas internas contrarias a la Convención Americana de Derechos Humanos “desde un inicio carecen de efectos jurídicos” osea poseen un efecto temporal *ex tunc*. En otras palabras, cuando los jueces nacionales realicen el control de convencionalidad y decidan que la norma jurídica interna es contraria a la Convención Americana de Derechos Humanos, los efectos de su decisión serán *ex tunc*.

Porque, como manifiesta Hitters (2015), “la consecuencia general de la declaración de inconvencionalidad consiste en privar de los efectos jurídicos a la norma infectada, en cuyo caso, según el derecho doméstico, la regla debe ser declarada inválida” (p. 145). Por tal, sí, los jueces domésticos aplican este criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los efectos de sus decisiones serán *ex tunc*. Pero, no se debe olvidar, que para llegar a este punto de declarar la inconvencionalidad de una norma jurídica interna. Se debe aplicar un primer filtro, como es el estándar preventivo o constructivo de la “interpretación conforme”.

Por los Destinatarios: Inter Partes

Así mismo, los efectos que surten a los destinatarios del ejercicio del control de convencionalidad, corresponden a la propia naturaleza del control difuso. En el caso *Almonacid Arellano y otros Vs. Chile* (2006), la Corte Interamericana de Derechos Humanos adoptó por un modelo de control difuso de convencionalidad, cuya, idea lo abstrae de la experiencia del derecho constitucional estadounidense sobre materia de control de constitucionalidad difuso.

Para Pérez Royo & Carrasco (2018), el sistema americano de control de constitucionalidad de la ley, posee las siguientes características:

1) Es un *control judicial*, esto es, un control ejercido por uno de los tres poderes clásicos del Estado; **2)** Por ser judicial es *difuso*. Difuso quiere decir lo contrario que concentrado (...) ello quiere decir que esta uniformemente a disposición de todos y cada uno de los jueces integrados por el poder judicial (...). **3)** Por ser judicial es por lo que el control sólo tiene lugar por *vía incidental* (...). No puede plantearse la inconstitucionalidad de la ley al margen de un proceso (...). **4)** Por ser judicial se explica también cuáles son los *efectos* de la sentencia que aprecia la anticonstitucionalidad de la ley. Puesto que el poder judicial no es el titular del poder legislativo, la norma que él entiende que es anticonstitucional no es expulsada del ordenamiento jurídico (...). La sentencia, por tanto, tiene efecto ante todo para el caso juzgado (...). **5)** La sentencia que aprecia la inconstitucionalidad de una norma es una sentencia *declarativa*, es decir, el juez o tribunal se limita a declarar que la ley es anticonstitucional (...). La sentencia tiene, por tanto, efectos *ex tunc*, (desde entonces), desde el nacimiento de la norma, es decir, efectos retroactivos (...). (pp 115-116)

Aquí, se observa que el control difuso de convencionalidad planteada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, le corresponde por antonomasia jurídica al modelo desarrollado por el derecho constitucional estadounidense en materia de control de

constitucionalidad difuso. Por tal, si se pone analizar cada uno de las características desarrolladas por los estándares emitidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos se conectan como *la criatura a su creador*.

Por todo ello, el control difuso de convencionalidad en su faceta represiva o negativa, es ejercida por todos los jueces nacionales, sin distinción alguna. Misma, que es aplicada por el juez nacional en el transcurso de un caso sometido a su conocimiento mediante *vía incidental*. En donde, si se evidencia que una norma jurídica interna es contraria a la Convención Americana de Derechos Humanos. El juez tiene el deber de declarar su inconvencionalidad y el efecto de su decisión judicial siempre es *inter partes*, porque, su tarea es la inaplicación de una norma jurídica inconvencional y no la de legislador. En cuyo caso, esté último tiene esa atribución de derogar las normas jurídicas por respeto al principio de *división de poderes* y al modelo *difuso*.

El Control Difuso de Convencionalidad en el Ecuador: ¿certeza o incertidumbre?

En el caso de Ecuador, la voluntad del poder constituyente de Montecristi de 2008, fue la de crear un órgano jurisdiccional especializado para que ejerza el Control de Constitucional. Para ello se instaura una Corte Constitucional, apostando al modelo *kelseniano* europeo-continental, quién tiene la atribución de conocer y resolver el control de constitucionalidad de normas jurídicas (Salgado, 2012).

En este sentido, la Corte Constitucional se constituye en un órgano autónomo separado de las demás funciones (Legislativo, Ejecutivo, Judicial, Transparencia y Electoral) que componen el poder del Estado Constitucional. Entre las funciones que desempeña la Corte Constitucional, según el Art. 429 de la Constitución del Ecuador (2008), “es el máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia. Ejerce jurisdicción nacional” (Art. 429).

Además, dentro de sus principales atribuciones establecidas por el Art. 436 numerales 2, 3 y 4, de la Constitución del Ecuador (2008), es ejercer el control de constitucionalidad de aquellas normas jurídicas infraconstitucionales contrarias a la Constitución. Pero, algo destacado de sus atribuciones señaladas en el mismo Art. 436 numeral 1, es “ser la máxima instancia de interpretación de la Constitución, de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado ecuatoriano, a través de sus dictámenes y sentencias. Sus decisiones tendrán carácter vinculante” (Constitución del Ecuador, 2008, Art. 436).

De lo señalado, se desprende que la Corte Constitucional ejerce tanto el control constitucional como el convencional, facultad atribuida por el Art. 436 numeral 1 de la Constitución del Ecuador (2008). Porque, al señalar que es la máxima instancia de interpretación de la Constitución como también de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Ecuador. Le corresponde realizar este doble control. De esta manera, se armoniza con lo establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en materia de control de convencionalidad. En cierta parte, pero no en su totalidad.

¿Por qué se dice en cierta parte y no en su totalidad?, la respuesta a esta pregunta se obtiene del mismo estándar jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Almonacid Arellano y otros Vs. Chile* (2006) y en el caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú* (2006). En donde, la naturaleza jurídica del control de convencionalidad es difusa y no concentrada, al momento de ejercer este control por parte de los jueces del Poder Judicial.

Entonces, ¿Qué pasa con los jueces del Poder Judicial? ¿pueden o no realizar el control de convencionalidad en el Ecuador?, sobre está interrogante existe una respuesta desde la lógica jurídica nacional, la cual debe responder al modelo de control concentrado de constitucionalidad de normas jurídicas. No se podría realizar el control difuso de convencionalidad establecida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, porque, la

norma interna le prohíbe hacerla. Es decir, la misma Constitución del Ecuador (2008) establece quién es el máximo órgano de control e interpretación de la Constitución y en este caso también de la Convención Americana de Derechos Humanos, en sede nacional.

Pero, eso no quiere decir, que en Ecuador no se realiza el control de convencionalidad por parte de los jueces del Poder Judicial. En cierta medida si lo realizan y, para ello se tiene que realizar una interpretación sistemática de la Constitución del Ecuador (2008) y la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (2009). Según el Art. 428 de la Constitución del Ecuador (2008), establece:

Cuando una jueza o juez, de oficio o a petición de parte, considere que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución, suspenderá la tramitación de la causa y remitirá en consulta el expediente a la Corte Constitucional, que en un plazo no mayor a cuarenta y cinco días, resolverá sobre la constitucionalidad de la norma. Si transcurrido el plazo previsto la Corte no se pronuncia, el perjudicado podrá interponer la acción correspondiente. (párr. 428)

Esta disposición constitucional enunciada, se desarrolla luego a través de la institución del control concreto de constitucionalidad, establecido por la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (2009). Pero, es menester señalar su Art. 142:

En consecuencia, cualquier jueza o juez, de oficio o a petición de parte, sólo si tiene duda razonable y motivada de que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución, suspenderá la tramitación de la causa y remitirá en consulta el expediente a la Corte Constitucional. (Art. 142).

De lo señalado, tanto en la Constitución del Ecuador como del procedimiento establecido por la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, los jueces del Poder

Judicial tienen la capacidad de “considerar” si una norma jurídica es contraria a la Constitución del Ecuador o a los instrumentos internacionales de derechos humanos. Por ello, tienen la obligación de suspender la causa y remitir a la Corte Constitucional sobre su “duda razonada” y “motivada” sobre la posible incompatibilidad de la norma jurídica con las normas superiores antes mencionadas.

En términos, más laxos y prácticos. Los jueces del Poder Judicial al momento de elevar su consulta sobre la constitucionalidad o la convencionalidad de la norma jurídica que se presume incompatible. Deben seguir el procedimiento, que señala el Art. 142 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en donde, deberán motivar su consulta en caso de existir una “duda razonable”. Así, el juez obligatoriamente deberá analizar el fondo de la cuestión, tanto la inconstitucionalidad como la inconvencionalidad de la norma impugnada. Esta actuación generará los siguientes cuestionamientos ¿Qué pasa si los jueces del Poder Judicial tienen certeza sobre la incompatibilidad de norma jurídica con la Constitución o la Convención? ¿inaplicarían la norma jurídica? ¿acaso eso no sería una forma de control difuso? Preguntas que hasta hoy no ha dado respuesta la Corte Constitucional del Ecuador.

Sin embargo, en lo que sí tuvo certeza el sabio poder constituyente de Montecristi de 2008. Es en canalizar a través de los jueces del Poder Judicial, una vía procedimental para que se lleve el control de convencionalidad a manos de la Corte Constitucional. De esa manera, garantiza por un lado que la Corte Constitucional pueda realizar este doble control impuesto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú* (2006). En donde, impone este doble control. El de control de constitucionalidad y también el de convencionalidad ejercido por el mismo órgano.

Conclusiones

El control de convencionalidad, desde su formalización en el caso *Almonacid Arellano y otros Vs. Chile* (2006), emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Ha tenido

sus avances y retrocesos, dudas y certezas, dificultades y retos. Pero una institución o una doctrina no se construye en un abrir y cerrar los ojos. Tiene que pasar por un proceso de construcción y desconstrucción, para poder llegar a sus fines propuestos. En donde, ha tenido que sobrevivir y competir con otras instituciones ya desarrolladas de manera interna para mantenerse a la vanguardia y, así garantizar el “efecto útil” de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Pero ahora, esta ardua tarea le corresponde a los Estados parte de la Convención Americana de Derechos Humanos en su esfera estatal. En establecer procedimientos y mecanismos internos útiles y efectivos con el fin de garantizar la complementariedad del control difuso de convencionalidad con el fraguado control de constitucionalidad de Leyes.

En el caso del Ecuador, la Corte Constitucional en lo que respecta al control de convencionalidad y su implementación interna. Lo ha forjado en su doctrina del “bloque de constitucionalidad” a través de su extensa jurisprudencia, en donde, aplica todo el *corpus iuris* interamericano y universal de los derechos humanos. Por tal, la Corte Constitucional al constituirse como un juez doméstico o nacional adquiere esta prerrogativa de manera concentrada de ejercer el control difuso de convencionalidad en el Ecuador.

Referencias Bibliográficas

Constitución de la República del Ecuador. (20 de octubre de 2008). Registro Oficial número 449. Ecuador.

Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José). (22 de noviembre de 1969). Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. San José, Costa Rica.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (25 de noviembre de 2003). Voto Concurrente Razonado del Juez Sergio García Ramírez. Caso Mack Chang Vs. Guatemala.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (07 de septiembre de 2004). Voto Concurrente Razonado del Juez Sergio García Ramírez. Caso Tibi Vs. Ecuador.

- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (26 de septiembre de 2006). Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (24 de noviembre de 2006). Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú .
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (23 de noviembre de 2009). Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Caso Radilla Pacheco Vs. Estados Unidos Mexicanos.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (20 de marzo de 2013). Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Caso Gelman Vs. Uruguay.
- De Otto, I. (2012). Derecho Constitucional: Sistema de fuentes. Ariel.
- Ferrer Mac-Gregor, E. (2011). Interpretación Conforme y Control Difuso de Convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano. Estudios Constitucionales, 9(2), 531-622. Obtenido de http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002011000200014&lng=es&tlng=p
- Guastini, R. (2014). Interpretar y argumentar. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Hitters, J. C. (2015). Control de Convencionalidad (Adelantos y Retrocesos). Estudios Constitucionales, 13(1), 123-162. doi:<http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002015000100005>
- Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. (22 de octubre de 2009). Registro Oficial Suplemento número 52. Ecuador.
- Oyarte, R. (2019). Derecho Constitucional. Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Pérez Royo, J., & Carrasco Durán, M. (2018). Curso de Derecho Constitucional. Marcial Pons.
- Sagüés, N. P. (2010). Obligaciones internacionales y control de convencionalidad. Estudios Constitucionales, 8(1), 117-136. doi:<http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002010000100005>
- Sagüés, N. P. (2014). Nuevas fronteras del control de convencionalidad: el reciclaje del derecho nacional y el control legisferante de convencionalidad. Revista de Investigações Constitucionais, 1(2), 23-32. doi:<http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v1i2.40509>
- Salgado, H. (2012). Lecciones de Derecho Constitucional. Ediciones Legales.