

Artículo Científico

El préstamo normativo o cláusula abierta constitucional Mecanismo de interpretación comparada en la sala constitucional del Ecuador

The normative loan or constitutional open clause Comparative interpretation mechanism in the constitutional room of Ecuador

Pablo Ricardo Mendoza Escalante ^a - Sonia Mercedes Zerpa Bonillo Rolando ^b -
Clemente Laguna Bustos ^c

^a Magister en Desarrollo Agrario. Docente-investigador de La Universidad de Otavalo. Ecuador. Email: pmendoza@uotavalo.edu.ec

^b Magister en Derecho Procesal Penal y Magister en Desarrollo Agrario. Docente-investigador de La Universidad de Otavalo. Ecuador. Email: szarpa@uotavalo.edu.ec

^c Magister en Derecho Procesal mención Derecho Penal. Docente-investigador de La Universidad de Otavalo. Ecuador. Email: rlaguna@uotavalo.edu.ec

Entregado: 27 de Octubre de 2018

Aprobado: 29 de Diciembre de 2018

RESUMEN

El objetivo de este artículo fue analizar el alcance del préstamo constitucional o clausula abierta de elementos no nacionales por parte de la Sala Constitucional del Ecuador, en el ejercicio de la interpretación jurídica, con especial énfasis en la práctica de los países tradicionalmente vinculados a los sistemas civilistas, tras reconocer la existencia de este recurso en el contexto de las estrategias argumentativas; con esta investigación se pretendió identificar de qué forma ese uso progresivo en países de tradición civilista, contribuye para un proceso más amplio de transformación hermenéutica en las teorías sobre la interpretación constitucional y sobre la propia forma de comprender el papel actual desempeñado a través del denominado Constitucionalismo. Como resultado de aplicar un método documental comparativo tradicional es evidente concluir que resulta necesario recurrir al préstamo constitucional dentro de sistemas jurídicos similares para interpretar casos no previstos o de oscura resolución con la sola aplicación de normativa nacional, incluso en contraposición a las posiciones críticas en contrario.

Palabras claves: préstamo, constitucional, Ecuador, clausula abierta, interpretación, jurídica, constitucionalismo.

ABSTRACT

The objective of this article was to analyze the scope of the constitutional loan or open clause of non-national elements by the Constitutional Chamber of Ecuador, in the exercise of legal interpretation, with special emphasis on the practice of countries traditionally linked to systems civilians, after recognizing the existence of this resource in the context of argumentative strategies; With this research, it was intended to identify how this growing use, in countries of civilize tradition, contributes to a broader process of hermeneutic transformation in the theories about constitutional interpretation and on the proper way to understand the current role that will be played through of the so-called Constitutionalism. As a result of applying a comparative documentary method it is evident to conclude that it is extremely necessary to resort to the constitutional loan within similar legal systems to interpret unforeseen or obscure cases with the sole application of national regulations, even in contrast to critical positions to the contrary.

Keywords: constitutional, loan, Ecuador, open, clause, legal interpretation, juridical, constitutionalism.

INTRODUCCIÓN

Las Constituciones desde sus orígenes han sido consideradas como un instrumento político, en base a ello en el pasado se creyó que su interpretación sólo podía tener ese mismo carácter y no otro. El único intérprete de la Constitución era el Poder legislativo; siendo así, su interpretación no podía ser otro que el estrictamente político; no había cabida, por lo tanto, para consideraciones y teorías jurídicas al respecto. La Constitución estaba, fuera del mundo del Derecho, es solo con la aparición de los tribunales constitucionales, como órganos a cargo del control de la constitucionalidad, que la necesidad de un desarrollo jurídico frente al tema de la interpretación empieza a hacerse patente. Coadyuvó a ello también el posicionamiento de la Constitución como norma jurídica de aplicación inmediata y la obligación de los jueces de ejercer el llamado control difuso de constitucionalidad (Pérez, R. 2000).

En este sentido, parafraseando a Pérez, el tema de las fuentes del derecho y de la interpretación jurídica se abre a un contexto que interrelaciona lo político, lo jurídico y hoy en día en un orden superior de constitucionalidad, de derechos y de justicia; de acuerdo al sistema jurídico imperante y el modelo de Estado que se adopte en un determinado momento. De allí que esta publicación científica pretende dimensionar y marcar en su contexto, la evolución y progresividad que en el tema de la interpretación

constitucional, el préstamo constitucional y la consideración pertinente de las cláusulas abiertas han permitido lograr un criterio armonizador y a la vez deconstructor del paradigma meramente político que quedaba evidentemente reducido, ante las nuevas realidades sociales.

El término “borrowing” (préstamo) ha venido siendo sostenido para significar de manera sucinta un fenómeno abierto y de gran complejidad, que en toda su extensión, abarca influencias constitucionales de variadas formas que cruzan las jurisdicciones nacionales; ya sea mediante el trasplante o la adaptación, conocimiento o no, en la elaboración e interpretación de un sistema constitucional, así como en su desarrollo o uso subsecuente a través de la jurisprudencia de los tribunales constitucionales. No obstante en el Ecuador ha existido poco conocimiento y desarrollo de los modelos de derecho comparado, en consecuencia no se cuenta con un método de comparación que active estos mecanismos.

Para las Escuelas del Derecho, no resulta novedoso la concepción del préstamo constitucional, al punto que las constituciones de corte escrita eran una consecuencia del intercambio intelectual de los pueblos, pero no es sino a partir de los siglos XIX y XX donde se acentuó esta práctica consuetudinaria y evidenciada como parte del desarrollo de las democracias imperantes en el mundo. Sin embargo, lo que llama la atención es como este instituto constitucional del derecho comparado se hizo extensivo a las decisiones de cortes y tribunales constitucionales de países europeos, asiáticos, africanos, no y suramericanos.

Este mecanismo interpretativo, puede ser fácilmente identificado en los diferentes momentos históricos de la tradición constitucional occidental en los casos en que los magistrados han recurrido a experiencias extranjeras en el proceso de fundamento judicial. Es recurrente, por lo tanto, la referencia de la doctrina extranjera, a la legislación comparada y, recientemente con especial énfasis, a los precedentes judiciales de tribunales extranjeros y de instancias supranacionales, de allí que en este artículo se muestren algunas referencias de la Corte Constitucional ecuatoriana de acudir a este mecanismo.

Resulta necesario, abordar el constitucionalismo social latinoamericano que surge en el contexto de la crisis del modelo de democracia liberal y del avance de la constitucionalización del derecho ordinario por medio de la extensión de las competencias de los jueces constitucionales. Característico de este desarrollo

doctrinal es el protagonismo de la jurisdicción constitucional como instancia fundamental de dinamización democrática. Estas características plantean tensiones entre diversos principios constitucionales. Como efecto inmediato de este modelo de constitucionalismo social, está el uso del comparativismo constitucional, de manera que la argumentación legal de un tribunal constitucional sea utilizada como fuente de argumentación por otros, considerándose solo algunas reglas necesarias.

La reconstrucción del reconocimiento y la justiciabilidad constitucional de los derechos sociales fundamentales implica resolver la tensión entre el principio democrático que asigna la competencia de construcción social y económica, así como el desarrollo de la justicia distributiva en el legislador como principal foro de representación política y el principio de Estado social de derecho (Arango, R. 2009).

Como complemento de lo referido por Arango, la pérdida de legitimidad y de protagonismo por parte de los partidos políticos y del parlamento en las democracias contemporáneas, (dado el contexto de la globalización económica), explica en buena medida la importancia que ha cobrado la jurisdicción constitucional en materia de reconocimiento de derechos sociales fundamentales en países de Latinoamérica y en el Ecuador que no escapa de esta transformación dialéctica que rompe con hegemonías políticas y jurídicas.

El avance en los estudios genético-evolutivos de la interpretación constitucional debería tener en cuenta la denominada convergencia, de forma que el comparativismo constitucional se expanda del ámbito de los derechos al de las instituciones (cortes, organismos de control, sistema electoral, etcétera) y de los procedimientos (acciones de protección de derechos; acciones populares de defensa de intereses generales o derechos colectivos; vetos; participación ciudadana, entre otros). La ventaja de este enfoque radica en reconocer el valor normativo supremo de las normas que gobiernan el desarrollo constitucional en cada país antes de proceder a comparar a dicho nivel máximo las disposiciones constitucionales de los diversos Estados, en búsqueda de principios fundamentales comunes (Arango, R. 2009).

En este mismo contexto, se hace relevante partir de la prevalencia fáctica sobre la normatividad en el mundo disfuncional y contradictorio de los Estados latinoamericanos que aconseja privilegiar un enfoque constitucional-internacional en la construcción de un derecho público común en materia de derechos fundamentales y bajo esta premisa, compartimos tal afirmación sobre todo en el caso Ecuatoriano. Es

así como los procedimientos constitucionales para la defensa de los principios y derechos constitucionales, la comparación de los sistemas nacionales deben orientarse a partir del principio internacional de la tutela judicial efectiva.

Sobre el caso ecuatoriano: En materia de interpretación constitucional, la tendencia en muchas partes, como en nuestro país, ha sido la de adoptar las técnicas y cánones aceptados en otros campos del derecho. El desarrollo de una metodología hermenéutica propia del derecho constitucional es casi inexistente en la jurisprudencia de nuestra Corte Constitucional (Pérez-Loose, Hernán. 2001).

La existencia de un mundo cada vez más globalizado, ya se trate del préstamo constitucional, de un trasplante legal o de translación de normas y principios de un ordenamiento legal a otro, o bien de la utilización de lo que se conoce como “cross-fecundation” (polinización cruzada), originada en una sentencia de un Tribunal Constitucional, cuando ordena la desaplicación de una norma nacional y la sustituye por la aplicación de la jurisprudencia de un tribunal de derechos humanos (Langer, M. 2004)

Tales préstamos están usualmente asociados a diferentes propósitos: (a) como forma de suplir lagunas en el sistema provenientes del deber cuando no se está claro del Poder Judicial; (b) como forma de sanar obscuridades del texto y subsidiar decisiones en casos nuevos y desafiantes; (c) como forma de legitimar la actuación de instituciones recién creadas u órdenes democráticas reinstauradas mediante el préstamo de la autoridad provenientes de instituciones y experiencias constitucionales ya consolidadas; (d) como forma de aumentar el grado de legitimidad internacional de actuación de la corte; (e) o, incluso, como mero ornamento constitucional y recurso a argumento por la erudición de los magistrados (Pinto, L. 2007 p 252).

Es así, como el préstamo constitucional o clausula abierta de interpretación constitucional reviste múltiples propósitos dentro del nuevo constitucionalismo ecuatoriano, lo cual nos ubica en el contexto internacional como uno de los Estados pioneros en esta área del Derecho Comparado, resultando adecuado a su nueva forma de Estado Constitucional de derechos y de Justicia tal como lo señala la Constitución Nacional del año 2008.

El derecho comparado siempre ha estado asociado a la idea de importar mejores alternativas descubiertas por otros sistemas constitucionales. En ese contexto, al dar

énfasis al diálogo transnacional, el recurso al derecho comparado acaba por revestirse de acentuado carácter subversivo (Fletcher, 1998) y desestabilizador (Frankenberg, 1985). Esa “inestabilidad” resulta de la introducción en el ordenamiento jurídico nacional de puntos de vista que le son externos. Tales puntos de vista son utilizados como factor de crítica y de valoración de las soluciones nacionales obtenidas en los procesos de ponderación de valores en la jurisdicción constitucional.

Aunque está demostrada la importancia de este mecanismo de interpretación constitucional varios autores se oponen a su utilización, principalmente cuando las cortes se valen de ellos desde una perspectiva constructivista o revisionista, pues cuestionan el recurso a esos elementos como fuente legítima. Esas objeciones son identificadas y analizadas bajo diferentes aspectos (McCrudden, C. 2000).

El Préstamo Constitucional

El préstamo es una expresión que se usa con sentidos diferentes, para este Artículo será entendido como la decisión de un tribunal constitucional de usar en sus sentencias el derecho no nacional en atención a múltiples propósitos.

En este sentido se manifiesta que: “El derecho comparado es una disciplina que confronta las semejanzas y las diferencias de los diversos sistemas jurídicos vigentes en el mundo con el propósito de comprender y mejorar el sistema jurídico de un Estado determinado” (Sirvent, C. 2006).

El préstamo constitucional viene en distintas formas, dependiendo de los elementos históricos, culturales, sociales e ideológicos de cada sociedad. Los jueces suelen utilizar decisiones de otros tribunales extranjeros cuando resuelven un caso sometido a su consideración, para lo cual deben apreciar qué provisiones tomaron en consideración los constituyentes de esas sociedades, para diseñar la correspondiente institución.

Un punto crucial en este aspecto, con el que concertamos plenamente, es la posición cuando se critican posturas de algunos académicos e incluso jueces que centran el problema del préstamo como si fuera parte del diseño constitucional, o bien cuando otros lo centran en la importación o exportación de las decisiones judiciales, o de la racionalidad que subyace en las decisiones de las Cortes, o bien, cuando otros pocos, lo tratan como si fuera un problema empírico o, cuando se cae en la naturaleza del

normativismo; preguntándose cuándo las Cortes deben sondear si se aplica derecho internacional y derecho comparado al interpretar la Carta Fundamental de una sociedad o, cómo debería un juez hacer la importación o tomar el préstamo constitucional en su decisión para ser exitoso o, incluso, cuándo la democracia “Americana” debe o puede ser exportada a otros países (Esptein, Lee and Knight, Jack. 2003).

Los trasplantes jurídicos o ejercicios de derecho comparado se constituyen como fundamentales para la construcción y transformación del derecho en el mundo contemporáneo. Entre las causas que han dado lugar a la necesidad de recurrir a los ejercicios de trasplantes jurídicos se encuentra el comercio, los esfuerzos de integración regional y la globalización, factores poderosos para el encuentro de los diversos sistemas y tradiciones jurídicas que han existido en la historia de la humanidad. El aislamiento de los ordenamientos jurídicos ha sido la excepción.

El debate acerca de los trasplantes constitucionales se procesa en el marco teórico de la ciencia comparativa y de la historia constitucional, en una perspectiva de historia del constitucionalismo y de las ideas políticas (Fioravanti, M. 2009) y la identificación de la existencia de los grandes sistemas constitucionales, reconstruidos mediante un análisis comparativo de procesos de diferenciación aproximación (Di Vergotinni, 2004). Como puede observarse claramente estos mecanismos de derecho comparado se sustentan en el análisis comparativo.

Se pueden identificar dos grupos de normas que invocan la utilización de los elementos normativos no nacionales. El primero reúne las situaciones que son tradicionalmente asociadas a la aplicabilidad de principios de interpretación (criterios de solución de conflictos) propias del derecho internacional privado; el segundo grupo se refiere a las normas propiamente de derecho internacional, entre las cuales se puede realizar una referencia especial a las normas definidoras de los derechos humanos.

Si concedemos que la ciencia del derecho comprende no solo las técnicas de interpretación de los textos, los principios, las reglas y las normas de un sistema nacional, sino también el descubrimiento de modelos para prevenir o resolver conflictos sociales, entonces el método del derecho comparado puede brindar una gama de soluciones mucho más amplia que una ciencia consagrada a un solo país, por la sencilla razón de que los diferentes sistemas del mundo pueden aportar una

mayor variedad de soluciones de las que podría concebir en toda una vida el jurista más imaginativo y especializado en su propio sistema (Konrad Zweigert y Hein Kötz, 2002).

El “hecho” del uso de experiencias extranjeras, evidencia al mismo tiempo, que se encuentra en marcha un proceso de cambio en la cultura jurídica nacional sobre esa temática y que el autor se reconoce como revestido de una función activa (participante) en el proceso de construcción judicial. De esa forma, fijar la atención a la experiencia constitucional extranjera se figura como parte de una estrategia de argumentación razonable, de otorgamiento de criterios y de posibilidades que serán puestas a prueba. (Tushnet, 1999, p. 1304)

Las Cortes se valen de una interpretación universalista (de acuerdo con la cual la interpretación comparativa se conforma con un movimiento más amplio de identificación de principios trascendentes que pueden ser “descubiertos” en las diferentes realidades constitucionales).

Así, aunque los tribunales invoquen la existencia de los más variados argumentos de carácter universalizante para persuadir su auditorio acerca de la necesidad de la revisión constitucional o de la legitimidad del resultado alcanzado completar la omisión constitucional, el recurso al derecho comparado, incluso en el proceso judicial, ejerce una función de (auto) crítica y de corrección de rumbos, jamás un papel de utopía que prescribe (Pfersmann, O. 2001).

Tradicionalmente, la lógica de argumentación de las decisiones de las Cortes se estructura especialmente a partir de argumentos deductivos: de la identificación del comando de la ley a la aplicación del caso analizado. Esa vinculación parece estar todavía atada a la creencia de que el magistrado debe juzgar en conformidad con el derecho que se le presenta como un objeto listo y acabado que será descubierto por la hermenéutica. En el proceso de reconstrucción del comando normativo aplicable al caso, las Cortes recurren preferencialmente a la doctrina, utilizándolas como argumentos de autoridad y de refuerzo de una posición anunciada previamente.

Aporte para los principios hermenéuticos. En lo relacionado a la utilidad del derecho comparado, con respecto a la interpretación de preceptos jurídicos, cabe señalar que este hace especial referencia a las condiciones jurídicas del sistema desde el cual se realiza el ejercicio comparativo. Es el caso de la verificación de las

condiciones jurídicas que cumple la interpretación en ese sistema jurídico y a la apertura de dicho sistema para asumir o realizar ejercicios comparativos, “En definitiva, sabemos que un éxito legislativo no es exclusivo de un Estado en particular, la comparación, el método comparativo, nos sirve para, en principio, estudiar otras realidades diferentes en las que tengamos un punto de partida común, y si ha habido un avance, un logro para solventar una laguna legal, pues adoptarla y, sobre todo, adaptarla a nuestra realidad” (González, N. 2010).

Así, la interpretación podría reducirse a ser exegética o literal, en cuyo caso no sería útil el derecho comparado para la interpretación de preceptos jurídicos, pues sería suficiente seguir efectuando ejercicios de comparación reducidos a la ley, posición superada a nivel internacional y seguida por el constitucionalismo Ecuatoriano en el artículo 11 cuando señala “Los derechos serán plenamente justiciables, no podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento”; así mismo el Art. 427 dispone, lo siguiente:

Las normas constitucionales se interpretarán por el tenor literal que más se ajuste a la Constitución en su integralidad. En caso de duda, se interpretarán en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos y que mejor respete la voluntad del constituyente, y de acuerdo con los principios generales de la interpretación constitucional (Asamblea Nacional Ecuador, 2008).

En este dispositivo constitucional se consagran los principios generales de la interpretación constitucional y es allí donde se enmarca el préstamo constitucional y las cláusulas abiertas como mecanismo de interpretación dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

Las constituciones son generalmente el resultado de compromisos entre ideologías e intereses contradictorios que se reflejan en tensiones entre distintas disposiciones. Esto sin duda hace más complejo al proceso de hermenéutica constitucional, porque hay que obtener equilibrios muchas veces difíciles; pero, al mismo tiempo, y es fundamental reconocerlo: hace que la Constitución no sea obstáculo para la obra de gobiernos democráticos de diferentes tendencias. Como se ve, el principio es válido, aun reconociendo que la Constitución no es- nunca debería ser- de un solo signo (Nino, C. 1992).

Entonces, ¿qué puede hacer la Corte Constitucional para transformar los criterios del sistema de fuentes vigente hasta ese momento en el ordenamiento jurídico ecuatoriano? La Corte Constitucional debe preguntarse si existen o no lagunas dentro

del ordenamiento jurídico nacional a lo cual una parte seguramente responderá que: **“en el derecho no hay lagunas porque hay jueces”**, frase que marcaría un nuevo terreno en la lucha entre tradicionalistas y reformistas, logrando entrever un cambio en el sistema de fuentes en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

Las cláusulas más frecuentes por las cuales se crea un vínculo entre la legislación nacional y la legislación supranacional, con la finalidad de dar un tratamiento diferenciado a las normas que traten sobre derechos humanos, usando dichas clasificaciones, restringiéndolas a las cláusulas de reenvío y ampliándolas con respecto a las remisiones a la normativa interna de los Estados (Dulitzky, Ariel. 1998).

Cláusulas interpretativas. Como su designación lo indica, este tipo de normas establecen lineamientos generales, desde los cuales deberán interpretarse las demás normas de la Constitución. En el Ecuador, la Constitución de la República (2008), como la gran mayoría de normas de esta naturaleza, contiene en su primer artículo los principios fundamentales. Además, a diferencia de nuestras Constituciones antecesoras, se prevé un artículo específico para la interpretación y aplicación de los derechos, el cual contiene, entre otros principios, la titularidad y ejercicio directo de los derechos y garantías, de forma individual o colectiva; el principio de igualdad y no discriminación; la progresividad y no restricción; la responsabilidad estatal y privada; y, el reconocimiento de todos los principios y derechos como inalienables, irrenunciables, interdependientes y de igual jerarquía. Adicionalmente, que el Ecuador sea un Estado de Derechos, implica redefinir el sistema jurídico en su conjunto, estableciendo la centralidad de los derechos de la persona sobre toda norma, lo cual marca estrictas pautas sobre su interpretación, una de ellas consagrar el principio pro ser humano como factor transversal que abarca a todo el sistema.

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

En el Ecuador se podría considerar como destinatarios estatales al legislador, intérprete auténtico de la ley, la Corte Constitucional, intérprete auténtico de la

Constitución, entre otros agentes con potestad normativa en los términos del artículo 84 de la Constitución de la República del Ecuador de 2008.

La Constitución ecuatoriana marca un paso distinto que permite entenderla como un avance con relación a la doctrina y jurisprudencia de otros países. Esta norma fundamental ya no se constrañe a la definición de un Bloque de Constitucionalidad, sino que incorpora el principio de cláusula abierta donde afirma que los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos son de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidor administrativo o judicial (Art. 11 numeral 3 de la CRE). A pesar que ese principio está condicionado únicamente a los tratados ratificados por el Estado (según el Art. 424 CRE) y cuando los instrumentos internacionales sean más favorables con relación a normas previstas en la Constitución en su artículo 426. Diario EL TELÉGRAFO <https://www.eltelegrafo.com.ec/noticias/justicia/1/pertenece-la-cadh-a-la-constitucion-o-al-bloque-de-constitucionalidad-ecuatoriano>.

Estos preceptos nos permitirían determinar que la Convención Americana de Derechos Humanos no formaría parte del bloque de constitucionalidad ecuatoriano porque la Constitución ecuatoriana ha superado este bloque al parecer, y al crear el principio de cláusula abierta aparentemente más desarrollado- permitiría que tanto la Convención, como la jurisprudencia de la Corte IDH pasen a formar parte directamente constitutiva de la Constitución de 2008. Bajo esa premisa, los servidores judiciales y administrativos ya no debería hacer un control de convencionalidad ex officio sobre los actos del poder público, sino aplicar directamente la Convención Americana como si se estuviese aplicando el propio texto constitucional.

Si bien esa es una obligación del Estado ecuatoriano y de sus servidores, el incumplimiento de las obligaciones internacionales es susceptible de sanción, con antelación preexistía un gran desconocimiento sobre el ejercicio del control de convencionalidad, ahora hay un mayor desafío y responsabilidad porque estamos hablando de un instrumento no solo con valor constitucional, sino con rango de esta naturaleza, lo cual hace que todos los contenidos y mandatos de la Convención adquieran mayor compromiso por parte de autoridades y servidores para su inmediata aplicación.

Diego López sobre el valor de la jurisprudencia como fuente del derecho en el contexto de América Latina, el profesor colombiano analiza desde la perspectiva histórica y

comparada, de lo que a su juicio debe ser el entendimiento de la jurisprudencia como fuente directa del derecho en los ordenamientos constitucionales latinoamericanos contemporáneos, nociones que en el contexto ecuatoriano son particularmente relevantes por la fuerza que el constituyente quiso darles a los jueces dentro de la estructura del Estado (Umbral 1, 2011, p. 9).

Gustavo Medinaceli propone que, a pesar de que la Constitución boliviana de 2009 establece dos criterios interpretativos para el Tribunal Constitucional Plurinacional (la voluntad del constituyente y la jurisprudencia Interamericana de Derechos Humanos), hay fuertes razones teóricas para aplicar preferentemente la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Umbral 1, 2011, p. 9).

MÉTODO

La metodología empleada en el estudio se corresponde con la investigación documental explicativa-comparativa, en este sentido siguiendo a Palella y Martins (2012, p. 92), el “Estudio bibliográfico se fundamenta en la revisión sistemática, rigurosa y profunda de material documental de cualquier clase, se procura el análisis de los fenómenos o establecimiento de la relación entre dos o más variables”.

Para el estudio de nuevas instituciones Jurídicas, tales como el préstamo constitucional, el modelo comparativo tradicional, también denominado por la *ius* teoría comparativa como modelo simple, se sustenta fundamentalmente en una metodología macro, misma que obedece a la innumerable cantidad de sistemas jurídicos reconocidos en el mundo, donde nuestro Constitucionalismo Ecuatoriano es pionero en materias de importantísimo orden jurídico.

Esta metodología, considera en primer término el agrupar a los derechos de los distintos países, para luego establecer una jerarquización entre ellos, característica que genera un efecto categórico respecto de los ejercicios comparativos y particularmente en las funciones que cumple el derecho comparado hoy en día en los sistemas Constitucionales.

Siguiendo al profesor Zagrebelsky, podríamos afirmar que no existe, ni en la literatura jurídica, ni en la jurisprudencia, una teoría de los métodos de interpretación constitucional que afirme la posibilidad y la necesidad de la adopción de un método preestablecido o de un orden metodológico definido. La interpretación de la

Constitución, al contrario, debe ser “evolutiva o adaptativa frente a las nuevas realidades”. Esta última es la tesis de la doctrina de la interpretación dinámica (Zagrebelsky, Gustavo 1988).

En este sentido, y considerando la naturaleza propia del préstamo Constitucional, como mecanismo interpretativo, se debe dejar sentado que existe luego de comparar de manera general los sistemas Constitucionales latinoamericanos de Colombia, Bolivia y Ecuador y jerarquizar materialmente su contenido dogmático, por formar parte del sistema Escrito de derecho o civil law, por tener similitud en sus realidades sociales, producto de la colonia, independencia, diversidad ambiental, idioma, y un origen ancestral propio, resultó adecuado que sus cortes Constitucionales hagan uso de este mecanismo para la resolución de casos y situaciones en sus países, sin menoscabo de ampliar su radio de acción con el resto de sistemas Constitucionales continentales.

En Bolivia, el Tribunal Constitucional plurinacional al ser el supremo intérprete de la Constitución, según la Constitución Boliviana de 2009, está posibilitado realizar interpretaciones tomando en consideración la norma internacional sobre derechos humanos, como también tendrá luz verde para considerar la jurisprudencia de la CIDH, en su tarea interpretativa.

Por eso, entre los muchos fundamentos de la tarea interpretativa, encontramos el que parte por considerar al sistema constitucional de un Estado como un orden normativo que, además de la Constitución, está integrada por disposiciones constitucionales de Derecho Internacional de los Derechos Humanos, formando un verdadero bloque de constitucionalidad. Entonces, cuando se presentan omisiones normativas en determinados casos concretos se realiza la interpretación constitucional para integrar las disposiciones constitucionales.

Definido el método investigativo; la técnica o instrumento aplicado se correspondió con la Revisión documental descriptiva, por lo que correspondió seleccionar intencionalmente cuatro (04) sentencias de cada una de las Cortes Constitucionales del Ecuador, de Colombia y la Plurinacional de Bolivia donde se acogió la modalidad del préstamo Constitucional, con el fin de examinar las consideraciones que fundamentaron la decisión utilizando esta modalidad interpretativa.

En el caso Boliviano debe considerarse el artículo 256 de la Constitución, que establece:

Que Los derechos reconocidos en la Constitución serán interpretados de acuerdo a los tratados internacionales de derechos humanos cuando éstos prevean normas más favorables. La interpretación constitucional en Bolivia está definida claramente por la propia Constitución, que como la mayoría de las normas fundamentales establece directrices generales, pero se distingue por fijar parámetros precisos sobre el modo y método aplicable para esta labor de hermenéutica suprema.

De las resoluciones analizadas cuentan con sobrado sustento jurisprudencial, enuncian diversas resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de la Corte Constitucional de Colombia y otros tribunales; recomendaciones, relatorías e informes de comisiones, de las Naciones Unidas, de la Organización de Estados Americanos; además de resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

En el caso de la Constitución colombiana, el artículo 94 nos presenta la cláusula de apertura como la enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos. Colombia asimila los derechos humanos de la Constitución con los de los convenios internacionales vigentes; en otras palabras, la apertura para los derechos de convenios internacionales vigentes se da por un hecho. También aclara que, además de los derechos contenidos en estos dos instrumentos, el catálogo constitucional está abierto para cualquier otro derecho que cumpla con la exigencia de ser inherente a la persona humana. Presumimos que la fuente principal de los derechos que probablemente puedan ingresar en el catálogo colombiano serían los tratados internacionales que no son vigentes en el ordenamiento interno, sin que éstos sean los únicos.

Continuamos con la Constitución de Ecuador que al igual que la Constitución colombiana, otorga una protección y eficacia igual a los derechos procedentes del propio texto y de los tratados internacionales de derechos humanos en su artículo 11.7. El reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento.

De esta manera se logró caracterizar en las tres legislaciones los elementos que deben estar presentes a la hora de considerar aplicar esta modalidad interpretativa del préstamo Constitucional, efectivamente tanto en Ecuador, Bolivia y Colombia

consideraron que: 1.- Los tres forman parte del sistema Escrito de derecho o civil law; 2.- Presentan similitud en sus realidades sociales, producto de la colonia, independencia, diversidad ambiental, idioma, y un origen ancestral propio, por lo que de alguna manera las apega a un sistema análogo de derechos y de Justicia, salvo el caso de Colombia que no detenta la cosmovisión del buen vivir.

De la revisión documental descriptiva se caracterizó el fenómeno (instituto procesal interpretativo) de estudio, se logró describir los requisitos históricos y jurídico-sociales necesarios para su ocurrencia y en cierta forma determinar las implicaciones que se derivan del uso o aplicación del préstamo Constitucional, siendo necesario acudir a la interpretación diacrónica de los datos; es decir analizar las cuatro sentencias de cada legislación y triangularlas con una matriz de referencias determinadas, destacando el caso de estudio, los argumentos y fundamentos de la sentencia, criterio para transplantar o prestar la norma (jurisprudencia) y finalmente medir el contexto social frente al tipo de sistema de Justicia.

RESULTADOS

El presente apartado está referido a los datos obtenidos de los instrumentos aplicados en el estudio, con la finalidad de establecer conclusiones pertinentes, (Hernández, et al., 2014). La interpretación de los resultados a través de la comparación normativa constitucional y ejercicio de la corte Constitucional ecuatoriana, en relación con las cortes Boliviana y Colombiana, consistió en la inferencia directa sobre los datos obtenidos de las decisiones revisadas, resultando pertinente el método tradicional (Revisión documental descriptiva) como estrategia para acoger esta modalidad interpretativa de derecho comparado.

En atención a que en Latinoamérica, sus Estados formantes comparten similitud en la triple dimensión del préstamo Constitucional; Es decir en su herencia de leyes españolas antes de su independencia, su origen precolombino y realidades sociales construidos por procesos históricos similares, el préstamo Constitucional como mecanismo de interpretación comparada se constituye en fuente para La hermenéutica común latinoamericana. Es decir no existe duda, de que el préstamo Constitucional en América Latina y concretamente en Ecuador, Colombia y Bolivia, es una Fuente principal de interpretación de casos aplicables derivada de la Jurisprudencia de sus máximos tribunales de Justicia.

De acuerdo al artículo 11 numerales 5 y 7 de la Constitución del Ecuador del 2008 se evidencia que: El reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, no excluirá los demás derechos derivado de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento; Es decir que la carta fundamental ecuatoriana sostiene y permite la carta abierta o el préstamo Constitucional desde la visión interpretativa que más favorezca, aunado a la dinámica social y a la necesaria adecuación de normas a través de la Jurisprudencia comparada como resultado de la nueva epistemología del Sur.

Los resultados cualitativos que resaltaron en esta investigación se precisan en: 1.- Admitir al préstamo Constitucional como una modalidad interpretativa del Derecho comparado entre Ecuador, Bolivia y Colombia, sustentada en Jurisprudencias aplicables que requiere un minucioso estudio previo. 2.-Este sistema rompe los paradigmas del principio de legalidad y asume una nueva visión de Justicia que trasciende los preceptos tradicionales de la interpretación jurídica interna de los Estados y 3.-Se inicia una nueva realidad Jurídica en América Latina de dirimir infinidad de casos a través de esta modalidad interpretativa comparada que a su vez amplía el ámbito material de aplicación de normas adaptables a cada una de sus realidades sociales.

Es preciso indicar que aun cuando el préstamo Constitucional jurisprudencial latinoamericano ya inició operaciones, no es menos cierto que también existen corrientes conservadoras que se distancian de sus fundamentos, ya que consideran que lesionan el principio de unidad Constitucional interna, el mismo principio de juridicidad y legalidad. Siendo así las Cortes Constitucionales todavía no desarrollan al máximo este instituto procesal Constitucional por tendencia conservadora o por miedo de un verdadero progreso jurídico-social latinoamericano.

DISCUSION

Una vez obtenidos los resultados se abrió un debate entre los investigadores, los estudiantes vinculados al observatorio jurídico de la Universidad para la prevención en la vulneración de derechos colectivos y el equipo interdisciplinario de la Universidad de Otavalo, conformado antropólogos, abogados, economistas en donde se originó una compleja discusión sobre el tema, que condujo a las siguientes afirmaciones:

Existe un ordenamiento jurídico novedoso. No es posible establecer un método de comparación adecuado que sea aplicado por los magistrados con pretensión de corrección. El uso de fuentes extranjeras es asumido como una guía interpretativa y no como el resultado de una investigación metodológicamente orientada a la comparación de diferencias y semejanzas.

La pluralidad metódica de las cortes se figura como requisito esencial para que se pueda realizar la debida búsqueda sobre el derecho aplicable al caso, se aleja aquí la posibilidad de cualquier teoría interpretativa exclusivista. Es por ello que del análisis de los resultados obtenidos, comparativamente en la legislación Colombiana y Ecuatoriana se evidencian similitudes marcadas a la hora de utilizar el préstamo constitucional para interpretar casos concretos y es la Jurisprudencia y la cláusula abierta una fuente interpretativa de uso medianamente ejercitada. En el caso Boliviano se evidenció un menor impacto en el ejercicio de esta herramienta interpretativa, en atención al ejercicio de su derecho propio.

En cuanto a las implicaciones que han denotado de la presente investigación, resalta el establecer un precedente latinoamericano donde estos tres ordenamientos jurídicos desde una visión aceptable pero mejorable en cuanto en incrementar su uso por la efectividad y eficacia que ha demostrado tener como instrumento de interpretación.

No obstante siguen existiendo posturas que no están de acuerdo con estas prácticas interpretativas, que consideran que son mecanismos utilizados para conveniencia política o económica y que atentan contra la soberanía nacional y contra sus propios ordenamientos jurídicos. De allí que la contra respuesta de estas posturas hacen interesante próximas investigaciones sobre el Préstamo Constitucional.

CONCLUSIONES

En este artículo, se buscó reconocer que el recurso a experiencias no nacionales en el proceso de adjudicación constitucional llevado a cabo por las cortes consiste en una estrategia de argumentación legítima y que posibilita un aumento del repertorio normativo puesto su disposición, uniendo al intérprete-constitucional, de una sola vez, de tipo argumentativos de carácter tanto “subversivos” (Fletcher, 1998).

Tal utilización ha suscitado diversos esfuerzos teóricos en el sentido de definir metodologías que, en última instancia, estén aptas a redimensionar el propio alcance de la interpretación constitucional y de la tradicional “teoría de las fuentes” en el derecho.

Sin desatender la necesidad de estudios históricos sobre el origen y las características del derecho constitucional en cada uno de los países latinoamericanos, la experiencia jurisprudencial de los últimos veinte años en el ámbito de los derechos sociales fundamentales constituye un invaluable material para el comparativismo constitucional

Se abre, así, un inmenso abanico de posibilidades de investigación que no se adecuan a los conceptos clásicos de soberanía, de Estado y de Constitución. Innúmeras cuestiones y dudas trasparecen: ¿la utilización de elementos normativos extraños a la cultura constitucional nacional, al cuestionar la idea-fuerza de que la constitución como opción política fundamental (soberanía) y auto proyección de la identidad cultural de su pueblo, puede romper con la función integradora tradicionalmente conferida a las constituciones? ¿Cuáles serían los límites que se presentan a ese préstamo y, si posible, cuáles serían los parámetros que fijarse para el control racional de las decisiones judiciales? Esa diversidad de “miradas” sugiere algo más allá del mero interés académico en las diferencias y semejanzas entre los sistemas constitucionales. El “nuevo comparativismo” no deja la teoría constitucional incólume, sino que coloca en marcha procesos e ideas que cuestionan conceptos clave y distinciones que constituyen el derecho constitucional a punto de haberse desarrollado la idea de indispensabilidad del análisis comparativo para el entendimiento adecuado de su propio sistema constitucional.

Una visión acrítica del principio de legalidad y de su contracara, la teoría mecánica de la adjudicación: oscurece la naturaleza dialéctica de la argumentación judicial; (reduce de manera muy significativa la transparencia de los argumentos y las complejidades

en las que se hacen ponderaciones entre derechos e intereses enfrentados, negando tal complejidad y escondiéndola bajo el principio de legalidad; socava la responsabilidad social y política que los jueces tienen que asumir en la toma de decisiones en casos que son intrínsecamente difíciles o en los que el principio de legalidad no puede cerrar, por sí solo, las controversias sociales sobre la dirección y sentido en que el derecho debe resolver dichas situaciones; se formaliza excesivamente la jurisprudencia de los órganos de cierre generando una hipertrofia del derecho de casación (o de otras expresiones de ritualismos procesales) en detrimento del derecho sustantivo y de su interpretación; se invisibiliza o reduce el papel de la Constitución y de los derechos fundamentales y humanos en la adjudicación contemporánea.

Finalmente, como consecuencia de todo lo anterior, se termina negando el papel efectivo que tiene la jurisprudencia internacional comparada como fuente del derecho y mecanismo poslegislativo de discusión y armonización social y política de criterios jurídicos intrínsecamente controversiales que ameritan del préstamo constitucional como un mecanismo moderno y efectivo de interpretación y aplicación incluso directa.

Los trasplantes jurídicos son respuestas funcionales a problemas sociales que los estados verdaderamente tienen que proceder de una matriz histórica diferente de la eurocéntrica, y ha impactado de forma significativa la comprensión tradicional de su valor normativo en Hispanoamérica como fuente interpretativa de protección de derechos.

REFERENCIAS

Arango Rodolfo. (2009). Constitucionalismo social latinoamericano. Biblioteca jurídica virtual del Instituto de Investigaciones jurídicas de la UNAM.

Asamblea Constituyente. (2008). Constitución de la República. Montecristi, Ecuador.

Dulitzky, Ariel, La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1998.

Esptein, Lee and Knight, Jack. (2003) "Constitutional borrowing and nonborrowing" en international Journal of Constitutional Law. Oxford University Press and New York University School of Law, p 196-223.

Fioravanti, Maurizio, Costituzionalismo. Percorsi della storia e tendenze attuali, editori Laterza, Roma, Bari, 2009.

Fletcher, George P., "Comparative law as a subversive discipline", *The American Journal of comparative law*. v. 46, n. 4, pp. 683-700, fall 1998.

Frankenberg, Günter, "Critical comparisons: re-thinking comparative law", *Harvard International Law Journal*, v. 26, p. 411, 1985.

Giusseppe de Vergottini, 2004. *Derecho Constitucional Comparado*, CEDAM. Traducción de la 6a. 04510 México.

González Martín Nuria, (2010) *Sistemas Jurídicos contemporáneos*, Primera edición: Nostra Ediciones Mexico.

Hernández, R. Fernández, C. y Baptista, P. (2014) *Metodología de la Investigación*, Quinta Edición Mc Graw Hill, México.

Konrad Zweigert y Hein Kötz. 2002, *Introducción al derecho comparado*, Editorial Oxford University Press, Inglaterra.

Nino, Carlos, *Fundamentos de Derecho Constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, ASTREA, Buenos Aires, 1992.

Langer, Máximo. "From Legal Transplants to Legal Translation: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure", en *Volume 45, Number 1, Winter 2004*, p. 1-623, en *Harvard International Law Journal*.

Mccrudden, Christopher, "A common law of human rights? Thansnational judicial conversations on constitutional rights", *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 20, n. 4, 2000, pp. 499-532.

Pérez-Loose, Hernán, *Inconstitucionalidad de leyes*, en: *Guía de litigio constitucional*, Tomo II, CLD, Quito, 2001.

Pfersmann, Otto, "Le droit compare comme interpretation et comme théorie du droit", *Revue Internationale de Droit Compare*, v. 53, n. 2, pp. 275-288, 2001.

Pinto Bastos, Luis Magno *Utilización del derecho constitucional comparado en la interpretación constitucional: Estudios Constitucionales*, Año 5, N° 2, 2007, pp. 251-274, ISSN 0718-0195 Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca.

Sirvent Gutiérrez, Consuelo. *Sistemas jurídicos contemporáneos*. México DF: Porrúa, 2006.

Tushnet, Mark, "The possibilities of comparative constitutional law", *The Yale Law Journal*, v. 108, n. 6, pp. 1225-1309, abr. 1999

Zagrebelsky, Gustavo, *La Justicia Constitucional*, Ed. Molino, Bolonia, 1988,