

**NUEVAS INSTITUCIONES DEL DERECHO
CONSTITUCIONAL ECUATORIANO**

Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos
INREDH

**NUEVAS INSTITUCIONES DEL DERECHO
CONSTITUCIONAL ECUATORIANO**

Serie Investigación # 14
Julio de 2009

**NUEVAS INSTITUCIONES DEL
DERECHO CONSTITUCIONAL ECUATORIANO**
Serie Investigación # 14

Editor: Luis Ángel Saavedra (INREDH)

Edición de: David Cordero Heredia (INREDH)

Autores: Juan Pablo Aguilar
Ramiro Ávila Santamaría
Patricio Benalcázar Alarcón
Andrés Borja Ortiz
David Cordero Heredia
Javier Dávalos Gonzáles
Jhoel Escudero Solíz
Wiltón Guaranda Mendoza
Efrén Guerrero Salgado
Mario Melo Cevallos
Carolina Silva Portero

Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos, INREDH

República 192 y Almagro. Edificio Casa Blanca. Dto. 2-C

Casilla postal: 17 03 1461

Telefax: 593 2 2526365

E-mail: info@inredh.org

Web: www.inredh.org

ISBN: 978-9978-980-19-4

Derechos de Autor: 030836

Primera Edición: Julio de 2009

Edición y diagramación: Comunicaciones INREDH

Impresión: Imprenta Cotopaxi

**Esta obra fue realizada gracias al apoyo del Instituto Humanista para la
Cooperación con los Países en Desarrollo (HIVOS).**

**Quedan hechos los registros de ley; sin embargo, fieles a nuestros principios
de acceso libre y democrático al conocimiento, autorizamos la reproducción
total o parcial de esta obra, sin fines comerciales y debiendo remitirse a
INREDH una copia de la publicación realizada.**

ÍNDICE

A modo de presentación.

La Constitución de Montecristi, medio y fin para cambios estructurales

Alberto Acosta

7

Introducción

Defender la vigencia y debatir el contenido de la nueva Constitución, una obligación ineludible e impostergable

David Cordero Heredia

17

1. Principios e interpretación

Los principios de aplicación de los derechos

Ramiro Ávila Santamaría

27

El cambio de cultura jurídica en la interpretación constitucional

Jhoel Escudero Solíz

59

2. Derechos

Los derechos indígenas en la nueva constitución

Mario Melo Cevallos

97

El derecho al ambiente sano en la nueva Constitución

Javier Dávalos Gonzáles

111

Derechos de la naturaleza

Andrés Borja Ortiz

125

	La consulta previa y el derecho a la resistencia <i>Wilton Guaranda Mendoza</i>	141
	El ABC de la movilidad humana en la nueva Constitución de la República del Ecuador <i>Patricio Benalcázar Alarcón</i>	187
	El refugio en la nueva Constitución: principios y condiciones de aplicación <i>Efrén Guerrero Salgado</i>	217
3.	Exigibilidad	
	¿Al fin una garantía jurisdiccional que funciona? Análisis de la acción constitucional de protección <i>David Cordero Heredia</i>	241
	La exigibilidad de las medidas positivas derivadas de los derechos del buen vivir <i>Carolina Silva Portero</i>	277
4.	Una visión global	
	Constitución y realidad <i>Juan Pablo Aguilar Andrade</i>	329
	Tabla de Contenidos	345

A modo de presentación

La Constitución de Montecristi, medio y fin para cambios estructurales¹

"Cuando hay muchos hombres sin decoro, hay siempre otros que tienen el decoro de muchos hombres. Estos son los que se rebelan como fuerza terrible contra los que les roban a los pueblos la libertad, que es robarles a los hombres su decoro. En esos hombres van miles de hombres, va un pueblo entero, va la dignidad humana."

José Martí

Toda Constitución sintetiza un momento histórico. En toda Constitución se cristalizan procesos sociales acumulados. Y en toda Constitución se plasma una determinada forma de entender la vida. Es más, una Constitución no puede ser simplemente el resultado de un ejercicio de jurisprudencia avanzada, vista desde la lógica de los entendidos en materia constitucional. Tampoco una Constitución puede ser el producto de un individuo o grupo de individuos iluminados. Una Constitución, más allá de su indudable trascendencia jurídica, tiene que ser un proyecto de vida en común, que debe ser elaborado y puesto en vigencia con el concurso activo de la ciudadanía.

Desde esta perspectiva, la Constitución de Montecristi, fiel a las demandas acumuladas, consecuente con las expectativas creadas, se proyecta como medio, e incluso como un fin, para dar paso a cambios estructurales. Reconociendo la existencia de fallas en el texto constitucional como producto de algunos errores cometidos en el proceso constituyente, particularmente al finalizar el mismo, cuando se atropellaron procedimientos y se recortaron los espacios para el debate ciudadano, hay que insistir que esta Constitución es la más ecuatoriana de todos los tiempos. En su contenido afloran múltiples propuestas para transformaciones de fondo, construidas a lo largo de muchas décadas de resistencias y de luchas sociales. Transformaciones imposibles de aceptar (e inclusive de entender) por parte de los constitucionalistas tradicionales, quienes ya están empeñados en cambiar profundamente la Constitución recientemente aprobada y que incluso

hablan de redactar otra Constitución, para lo que consideran fundamental empezar a crear una conciencia nacional sobre esta "imperiosa necesidad".

Quienes ven amenazados sus privilegios con la Constitución de Montecristi o quienes se han asumido como los únicos portadores de la verdad constitucionalista, no descansarán en su empeño. Para impedirlo, asumiendo lo planteado por Rómulo Salazar Ochoa

"la gran tarea consiste en que comencemos a trabajar para arrancar el derecho constitucional del "pedestal academicista" en el que la derecha mantuvo la Constitución y convirtamos a ésta en inspiración y expresión del pensamiento social en función del cambio y la transformación política, garantizando el respeto a los derechos de las personas y de las colectividades. Esta preocupación, desde luego, comienza a despejarse en la medida en que logramos entender que los principios constitucionales rigen a pesar de los vacíos, limitaciones y tergiversaciones que respecto de ellos contiene la ley, y que por lo mismo, a diferencia del viejo positivismo, no es y no puede ser ella sino el propio texto constitucional la fuente de nuestros derechos y garantía a la vez de su eficacia en armonía con la más alta significación de la naturaleza humana."²

Como punto básico de la nueva Constitución tenemos que resaltar la declaración de un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Con esta definición se abre la posibilidad de un nuevo pacto de convivencia amplia, de múltiples entradas. Sin pretender agotar los alcances de esta definición, cabría resaltar que lo constitucional se posiciona prioritariamente para intentar desterrar la permanente violación de las cartas magnas y lo plurinacional conduce a repensar el Estado en tanto toma en cuenta definitivamente la existencia de pueblos y nacionalidades indígenas, así como de otras comunidades nacionales, lo que significa un salto cualitativo de la mirada monocultural eurocéntrica imperante hasta ahora.

Por ello es preciso reformular las relaciones de poder entre el Estado y los ciudadanos y las ciudadanas para que sean éstos los auténticos poseedores de la soberanía. La crisis de representación política que ha afectado y aún afecta a las instancias parlamentarias, implica una crisis del derecho constitucional en tanto que la "soberanía popular" está sometida a varios apetitos privados. Esta contradicción con las exigencias ciudadanas crea un conflicto en el sistema de legitimación. El derecho constitucional en Ecuador fue un derecho de papel.

La tarea planteada por la Constitución de Montecristi es superar aquel

conjunto de normas acordadas explícita o implícitamente por los grandes agentes económicos, que actúan con independencia de los poderes públicos en la regulación de las relaciones de estos entes privados, entre ellos mismos y con el Estado. Finalmente, han sido estas regulaciones desde los intereses privados, incluso transnacionales (sea el FMI, la OMC o los TLC, para mencionar apenas un par de fuentes de este derecho transnacional), las que han determinado las relaciones políticas con el Estado. Esto ha implicado una desvalorización del derecho constitucional y de las mismas constituciones, con una pérdida de soberanía por parte del pueblo.

La propia Constitución establece, por tanto, que para la consecución del Buen Vivir, a las personas y a las colectividades, y a sus diversas formas organizativas, les corresponde participar en todas las fases y espacios de la gestión pública y de la planificación del desarrollo nacional y local, y en la ejecución y control del cumplimiento de los planes de desarrollo en todos sus niveles. El Buen Vivir no será nunca una dádiva de los grupos de poder. La construcción de una sociedad equitativa, igualitaria y libre, sólo será posible con el concurso de todos y de todas.

En realidad, luego de la aprobación de la Constitución de Montecristi en el referéndum del 28 de septiembre del 2008, debió empezar el verdadero proceso constituyente. Un proceso que exige una mayor y más profunda pedagogía constituyente, así como una sociedad movilizadora que impulse la consecución de los logros constitucionales. Es decir, un proceso de constitución de ciudadanía.

La consolidación de las nuevas normas constitucionales en leyes y en renovadas políticas coherentes con el cambio propuesto, es una tarea que convoca a todos los habitantes del campo y de la ciudad a seguir caminando por la senda de las movilizaciones. Hay que impedir que, por ejemplo a través de las nuevas leyes (como ha sucedido con la ley de minería aprobada en enero del 2009), se trate de vaciar de su contenido histórico a la Constitución, que, por primera vez en la historia, luego de una Asamblea Constituyente, recibió en las urnas el masivo respaldo de la sociedad.

Esta Constitución, éste es quizás uno de sus mayores méritos, abre la puerta para disputar el sentido histórico del desarrollo. En realidad, con el Buen Vivir nos adentramos con firmeza en una época todavía poco explorada, la del post-desarrollo. Con el Buen Vivir se niega aquella visión que pretendía conducirnos por la senda de la acumulación perpetua de bienes materiales, como símbolo de desarrollo y progreso; senda que lleva a la autodestrucción de la humanidad....

Entendemos de una vez por todas que estamos compelidos a buscar opciones de vida digna y sustentable, que no representen la reedición caricaturizada del estilo de vida occidental y menos aún a sostener estructuras signadas por una masiva inequidad social y ambiental. Tendremos que resolver los desequilibrios existentes y, en especial, incorporar criterios de suficiencia antes que intentar sostener, a costa del resto de la mayoría de la población y de la propia Naturaleza, la lógica de la eficiencia entendida como la acumulación material cada vez más acelerada que beneficia a un segmento reducido de ecuatorianos.

Estamos conscientes que estas nuevas corrientes del pensamiento jurídico no están exentas de conflictos. Al abandonar el tradicional concepto de la ley como fuente primordial del derecho, se consolida a la Constitución como punto de partida jurídico independientemente de las visiones tradicionales. No debe sorprendernos, entonces, que esta nueva carta magna genere conflictos con los juriconsultos tradicionalistas, así como con aquellos personajes acostumbrados a tener la razón en función de su pensamiento (y sobre todo de sus intereses).

Los Derechos de la Naturaleza, que constituyen "una hecatombe para la tradición jurídica francesa-romanista", han sido vistos como un "galimatías conceptual". A los conservadores del derecho (¿defensores de los privilegios de las oligarquías?), en esencia incapaces de entender los cambios en marcha, les resulta difícil comprender que el mundo está en movimiento permanente. A lo largo de la historia legal, cada ampliación de los derechos fue anteriormente impensable. La emancipación de los esclavos o la extensión de los derechos civiles a los afroamericanos, a las mujeres y a los niños fueron una vez rechazadas por las autoridades por ser consideradas como un absurdo. Para la abolición de la esclavitud se requería que se reconociera "el derecho de tener derechos" y se requería también un esfuerzo político para cambiar a las leyes que negaban esos derechos. Para liberar a la Naturaleza de esta condición de sujeto sin derechos o de simple objeto de propiedad, es necesario un esfuerzo político que reconozca que la Naturaleza es sujeto de derechos.

Dotarle de Derechos a la Naturaleza significa, entonces, alentar políticamente su paso de objeto a sujeto, como parte de un proceso centenario de ampliación de los sujetos del derecho, como recordaba ya en 1988 Jörg Leimbacher, jurista suizo. Lo central de los Derechos de la Naturaleza, de acuerdo al mismo Leimbacher, centra la atención en el "derecho a la existencia" de los propios seres humanos. Un derecho que ya fue formulado por Italo Calvino en el siglo XIX, como consecuencia de la Revolución Francesa, cuando propuso un:

"proyecto de Constitución para un ente estatal republicano con la Declaración de los Derechos Humanos, de los derechos de las mujeres, de los niños, de los animales domésticos y de los animales salvajes, incluyendo pájaros, peces e insectos, así como plantas, sean éstas árboles o legumbres y yerbas".⁵

No será fácil cristalizar estas transformaciones, sobre todo en la medida que éstas afectan los privilegios de los círculos de poder, pues éstos harán lo imposible para tratar de detener este proceso de cambios. Una situación que, lamentablemente, también se nutre de algunas acciones y decisiones del mismo gobierno del presidente Rafael Correa, quien alentó con entusiasmo el proceso constituyente y la aprobación de la Constitución de Montecristi... pero que ahora, con algunas de sus propuestas de ley atenta contra varios principios constitucionales.

Este conflicto, aunque pueda sorprender a algunos, puede ser positivo para la sociedad, en tanto convoca a la acción organizada de amplios sectores de la misma. Aceptemos que los avances constitucionales fueron logrados por la lucha de amplios segmentos poblacionales y que no son dádiva de ningún individuo. Entonces, como parte de la construcción colectiva de un nuevo pacto de convivencia social y ambiental, es necesario construir nuevos espacios de libertad y romper todos los cercos que impiden su vigencia.

"La tarea, desde luego, no es fácil y no tiene porque serlo; al contrario, como las grandes causas, es ardua y prolongada, pero ha comenzado con la vigencia de la Constitución de Montecristi. La óptica constitucional del derecho implica, además de una actitud profundamente ética, una elevada formación intelectual... ", nos recuerda el mismo Salazar Ochoa.

Para comprender el por qué de estas contradicciones, tengamos presente que, en la actualidad, todavía están presentes tesis y prácticas desarrollistas propias de una economía extractivista (primario-exportadora), que no han permitido hacer realidad el ansiado desarrollo y que están minando las bases de la Naturaleza. Esta necesidad neodesarrollista no aparece sólo en Ecuador. Los actuales gobiernos progresistas en América Latina han registrado importantes avances en algunas áreas, especialmente la social, pero muestran enormes dificultades para generar nuevos estilos de desarrollo. No dan señales de impulsar otra forma de apropiación efectiva de los recursos naturales para beneficio de la sociedad en su conjunto, garantizando los Derechos de la Naturaleza.

El gobierno ecuatoriano sigue atado a visiones y prácticas neodesarrollistas, que estarán en permanente contradicción con el espíritu del Buen Vivir. Por lo tanto, no sólo es indispensable superar las prácticas neoliberales, sino que es cada vez más imperioso garantizar la relación armónica entre sociedad y Naturaleza, es decir el Buen Vivir.

Las reflexiones anteriores se complementan con una aproximación diferente al mundo. Hoy más que nunca, en medio de la debacle financiera internacional, que es apenas una faceta de la crisis civilizatoria que se cierne sobre la humanidad, es imprescindible construir una concepción estratégica nacional -otro mandato de la nueva Constitución-, sobre bases de creciente soberanía, para insertarse inteligentemente y no en forma dependiente en la economía internacional. Entre otros muchos retos existentes en el ámbito externo, hay que terminar con aquellas relaciones financieras especulativas que han colapsado y, sobre todo, hay que cambiar aquella visión tradicional que condena a nuestros países a ser productores y exportadores de materias primas.

Resulta inapropiado y altamente peligroso aplicar el paradigma desarrollo tal y como es concebido en el mundo occidental. No sólo que no es sinónimo de bienestar para la colectividad, sino que está poniendo en riesgo la vida misma de la humanidad. El Buen Vivir, entonces, tiene una trascendencia mayor a la sola satisfacción de necesidades y acceso a servicios y bienes. En este contexto, desde la filosofía del Buen Vivir se precisa cuestionar el tradicional concepto de desarrollo. Insistamos, la acumulación material permanente de bienes materiales no tiene futuro. El Buen Vivir, en definitiva, tiene que ver con una serie de derechos y garantías sociales, económicas y ambientales. También está plasmado en los principios orientadores del régimen económico, que se caracterizan por promover una relación armoniosa entre los seres humanos individual y colectivamente, así como con la Naturaleza. En esencia busca construir una economía solidaria, al tiempo que se recuperan varias soberanías como concepto central de la vida política del país.

Se necesita dar vuelta la página definitivamente. De todo lo anterior se desprende que hay que hacer un esfuerzo enorme y sostenido para maximizar aquellos efectos positivos que se puedan obtener de la extracción de recursos naturales, sin perder de vista que esta actividad, sobre todo cuando se realiza a gran escala, afecta a la Naturaleza y a las comunidades. Por lo tanto, es ingenuo creer que ampliando dichas actividades primario-exportadoras -por ejemplo con la minería a gran escala- se obtendrán recursos para financiar otro tipo de actividades que lleguen a sustituir la extracción masiva de recursos naturales...

El neodesarrollismo o "desarrollismo senil" (Joan Martínez Allier) no es el camino para el desarrollo, menos aún para construir el Buen Vivir.

La consecución de una mayor disponibilidad de crecientes ingresos financieros no ha asegurado por sí sola el bienestar de ningún país. No podemos depender prioritariamente de la renta de los recursos naturales sino del esfuerzo de los seres humanos, viviendo y conviviendo con la Naturaleza. Para lograrlo es preciso ampliar las capacidades sociales, a partir del rescate y potenciación de la multiculturalidad, como un elemento consustancial al cambio. Una acción que requiere un profundo conocimiento y difusión de los elementos básicos de la Constitución de Montecristi.

Este es el compromiso del presente libro. Aquí se recogen aportes de varias personas, quienes -con rigurosidad académica- abordan el tema, reconociendo la existencia de fallas o limitaciones de la Constitución. Ramiro Ávila Santamaría, en el primer capítulo de este libro, nos adentra, detalladamente, con un estudio comparativo de las constituciones andinas, en los principios básicos de aplicación de los derechos, a la luz de la Constitución del 2008; según él, "el hecho, por tanto, de tener principios y derechos lo que hace, en el fondo, es dar más herramientas para lograr una vida digna, en la que se realice y potencie el Buen Vivir". Jhoel Escudero Soliz, a partir de una comparación constitucional con Colombia, España, Costa Rica y Perú, nos convoca a cambiar la cultura jurídica en la interpretación constitucional; a través de lo que él considera "un cambio genético en el derecho", la nueva Constitución, por lo tanto, debe estar en "el vértice del ordenamiento (jurídico) de manera formal y material". Mario Melo Cevallos, quien destaca los profundos y amplios avances de los derechos indígenas, demuestra, con sobrada razón, su preocupación por los riesgos que se ciernen sobre la nueva Constitución por el mantenimiento e incluso expansión del modelo extractivista, atentatorio del Buen Vivir, de la plurinacionalidad y de los Derechos de la Naturaleza. El derecho al ambiente sano en la nueva Constitución, como garantía del Buen Vivir, es analizado por Javier Dávalos González, quien asevera que este "nuevo pacto de convivencia ahora incluye como sujeto de derechos a la Naturaleza, y establece un sistema económico que promueve la igualdad material, un fuerte sistema de inclusión social, la extensión y profundización de la participación social y por supuesto, una convivencia armónica con la Naturaleza y el patrimonio cultural de nuestros pueblos". Andrés Borja Ortiz complementa el análisis de los Derechos de la Naturaleza, recordando que todos y todas, nos debemos a la Naturaleza, somos parte de la Naturaleza, en sí somos Naturaleza. Patricio Benalcazar Alarcón sintetiza los importantes y

revolucionarios avances en el tema de la movilidad humana, insistiendo en que queremos un país en el que la dignidad de todas las personas sea respetada sin importar su lugar de origen o procedencia; un país que por ello exija el mismo respeto a la dignidad de los ecuatorianos y ecuatorianas en otras tierras. Efrén Guerrero Salgado dedica su estudio al tema del refugio, otro de las cuestiones fundamentales de la Constitución, que establece todo un aparato normativo que puede ser aplicable en el caso de personas solicitantes de refugio o refugiadas. Wilton Guaranda Mendoza aborda una cuestión conflictiva, definitivamente no resuelta en forma adecuada y consecuente en la Constitución manabita: la consulta previa, que carece de su contraparte: el consentimiento previo; tema que es completado con un análisis del derecho a la resistencia. Juan Pablo Aguilar Andrade cierra el libro con una crítica al proyecto constitucional, destacando, entre otros cuestionamientos, un punto que podría convertirse en el "talón de Aquiles" de la Constitución de Montecristi:

"El discurso constitucional es solo eso, un discurso que importa en la medida en que su construcción fue un excelente instrumento para la consolidación de la figura presidencial, un discurso que da buena imagen y legitimidad al recoger demandas y prometer cambios, aunque la realidad se mantenga inalterada."

Para impedir que esta amenaza se haga realidad, hay que abrir todos los espacios de diálogo y acción posibles. Es urgente apropiarse democráticamente del contenido de la nueva Constitución. Los futuros acuerdos políticos, indispensables para enraizar la nueva Constitución, tienen como condición innegociable sustentarse en el sentido de país, aportar al Buen Vivir y no sacrificar los intereses nacionales en beneficio particular de personas, gremios y corporaciones; los privilegios de unos pocos son insostenibles. A diferencia de las prácticas de los grupos oligárquicos (causantes de la permanente crisis nacional), que han controlado el Estado durante décadas, no se puede ganar posiciones simplemente con la fuerza del número, sino con la de los argumentos. La Constitución debe ser realmente de una amplia mayoría de la sociedad, no de un gobierno en particular. Tampoco puede ser la Constitución un simple instrumento para construir una nueva forma de gobierno patrimonialista y clientelar, que, más temprano que tarde, podría desembocar en nuevas expresiones de autoritarismo.

Hay que dejar atrás las prácticas rentísticas y clientelares. La responsabilidad es grande y compleja. Estamos ante el imperativo de construir demo-

cráticamente una sociedad realmente democrática, fortificada en valores de libertad, igualdad y responsabilidad, practicante de sus obligaciones, incluyente, equitativa, justa y respetuosa de la vida. Una sociedad en la que sea posible que todos y todas tengamos iguales posibilidades y oportunidades, donde lo individual y lo colectivo coexistan, donde la racionalidad económica se reconcilie con la ética y el sentido común, donde los Derechos de la Naturaleza sean una realidad práctica, donde el Estado plurinacional sea consustancial al Buen Vivir.

Alberto Acosta⁴
Quito, 12 de abril del 2009

NOTAS

- ¹ A más del importante aporte de los autores de este libro, que se comenta en esta presentación, se recurrió al artículo del autor de estas líneas: "*El Buen vivir, una oportunidad por construir*", Revista Ecuador Debate N° 75, diciembre 2008, CAAP, Quito (2006).
- ² Rómulo Salazar Ochoa; *Constitución y justicia*, 26.12.08 (mensaje electrónico).
- ³ Traducción del alemán realizada por el autor de esta presentación. Ver el libro de Jörg Leimbacher; *Die Rechte del Natur* (Los Derechos de la Naturaleza), Basilea y Frankfurt am Main, 1988. Hay que anotar que éste y cada vez más textos sobre esta materia llegan a manos del autor de estas líneas como consecuencia de la expedición de la Constitución de Montecristi. Con el profesor Leimbacher y otros especialistas en temas constitucionales, con capacidad para abrir la mente y entender la trascendencia de estas propuestas, estamos trabajando en lo que, en un futuro no muy lejano, podría ser la Declaración Universal de los Derechos de la Naturaleza.
- ⁴ Ecuatoriano. Economista. Profesor–investigador de la FLACSO-Ecuador. Consultor internacional. Ex-presidente de la Asamblea Constituyente. Ex-ministro de Energía y Minas.

Introducción

Defender la vigencia y debatir el contenido de la nueva Constitución, una obligación ineludible e impostergable

A seis meses de la vigencia de la nueva Constitución de la República de Ecuador culmina este proyecto que refleja las esperanzas y las dudas que ha generado nuestra nueva Carta Magna. La culminación de esta publicación coincide con las primeras elecciones que se realizan en vigencia de la actual Constitución. Los discursos electorales se han centrado en la crítica al gobierno de Rafael Correa, sobre todo por las violaciones que su partido político ha cometido en contra de la Constitución que ellos mismos impulsaron.

Estos hechos preocupan a quienes estamos convencidos que esta Constitución implica un avance cualitativo gigantesco respecto al tradicional Estado de Derecho. En efecto, el Estado de Derechos y Justicia implica un nuevo compromiso ético para quienes ejercen política, los derechos de los ciudadanos no podrán volver a ser vulnerados por cálculos partidistas ni por intereses de la oligarquía o los grupos económicos. En el Estado de Derechos la dignidad humana debe ser respetada de tal forma que cada persona sea tratada con un fin en si mismo, jamás como un medio. Digo que nos preocupa (o que debería preocuparnos) por el no inocente intento de ciertos grupos de identificar a la Constitución de 2008 como uno de los programas del Presidente Correa y que, por tanto, la derrota de Correa significará una nueva reforma constitucional. Estos grupos buscan claramente recuperar sus privilegios de hecho y de derecho que regían con la Constitución de 1998. Por otro lado, el Presidente Correa y su movimiento político han manejado las instituciones de tal forma que, en efecto, tratan la Constitución como de su propiedad y, por tanto, la han "interpretado" a su gusto y conveniencia.

Si de algo están de acuerdo los autores y la autora de este libro es que lo antes dicho no es cierto. En primer lugar, el movimiento que llevó a la presidencia a Rafael Correa fue muy diverso, pero coincidía en que el Estado oligárquico debía ser reemplazado por un verdadero Estado Constitucional, y, para esto, sería importante una reforma constitucional integral. En segundo lugar, el

contenido de esta nueva Constitución fue ampliamente debatido e impulsado por toda suerte de grupos sociales, el resultado final no era necesariamente lo que Correa y su círculo más cercano esperaban. En tercer lugar, la Constitución no es de Correa es de todos los ecuatorianos y ecuatorianas que defendimos y aprobamos un nuevo modelo Constitucional; y, además, rige sobre todas las demás ecuatorianas y ecuatorianos que votaron en contra de su vigencia. Por último, nuestra Constitución debe ser defendida, tanto de los intentos de los grupos políticos que pretenden echarla abajo, como de las violaciones que está cometiendo el propio movimiento del Presidente Correa y las que pudiera cometer. La instalación de una Corte Constitucional *de facto*, la aprobación de una ley de minería sin consultar a los pueblos indígenas y la expedición de decretos discriminatorios en contra de los ciudadanos y ciudadanas colombianas, son los ejemplos más notables.

Pero estos hechos, lejos de ser factores de decepción, nos obligan a llevar procesos independientes que: (i) ayuden al empoderamiento ciudadano de la nueva Constitución; (ii) incentiven debates académicos sobre su alcance y aplicación; e, (iii) impidan reformas constitucionales que impliquen regresividad de derechos o debilitamiento del modelo de Estado de Derechos y Justicia. Con estos fines, la Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos – INREDH – busca crear espacios de debate académico y social sobre la nueva Constitución de la República del Ecuador, cuyo primer producto es la publicación que ahora tiene en sus manos. "Nuevas Instituciones del Derecho Constitucional Ecuatoriano" cuenta con la colaboración de reconocidos juristas ecuatorianos (Juan Pablo Aguilar, Ramiro Ávila Santamaría, Patricio Benalcázar Alarcón y Mario Melo Cevallos), de jóvenes estudiosos del derecho integrantes del Colectivo Litigio e Investigación en Derechos Humanos – LIDH – (Andrés Borja Ortiz, Javier Dávalos Gonzáles, Efrén Guerrero Salgado y Carolina Silva Portero), así como miembros del equipo legal de INREDH (David Cordero Heredia, Jhoel Escudero Soliz y Wilton Guaranda Mendoza).

En la primera parte del libro, *Principio e Interpretación*, Ramiro Ávila Santamaría nos expone la importancia de los principios en un Estado Constitucional, como normas integrantes del sistema jurídico con sus formas de aplicación y de interpretación. En especial, hace un amplio estudio sobre los principios de aplicación de los derechos, valiéndose de la comparación con las Constituciones de los países andinos. Para Ávila, el "La Constitución del 2008 recoge principios que han sido ampliamente reconocidos por la doctrina y por los instrumentos internacionales de derechos humanos. Podríamos afirmar, por

la parte dogmática de la Constitución, y sus vínculos con la parte orgánica, que esta Constitución se la podría calificar como garantista. El modelo de Estado proclama un catálogo de derechos ambicioso, tiene garantías para alterar la realidad y tiene un Estado con fines claros en tanto su fin es realizar y proteger derechos".

Jhoel Escudero Soliz nos introduce en las técnicas de interpretación constitucional. Para Escudero no se puede cambiar de modelo de Estado sin cambiar la "cultura jurídica" de los operadores de justicia, para esto propone técnicas jamás aplicadas por nuestra justicia constitucional como la ponderación, el juicio de proporcionalidad, el bloque de constitucionalidad, así como los principios que deberían regir la administración de justicia constitucional. El autor presenta temas sustanciales para conseguir la tarea de elevar el nivel argumentativo y de debate de las sentencias de la Corte Constitucional y, por añadidura, la de toda la sociedad respecto a temas constitucionales, como ya ha ocurrido en países como Colombia, Perú, Costa Rica o España.

En la segunda parte, *Derechos*, Mario Melo Cevallos nos introduce a los Derechos de los Pueblos Indígenas en la Constitución de 2008. Parte de recordarnos el camino que llevó a su progresivo reconocimiento, desde el Convenio 169 de la OIT hasta la actual Carta Magna. Melo expresa en su artículo su profunda preocupación por lo que la Asamblea Nacional para el período de transición ha hecho hasta el momento en relación con estos derechos, para el autor "[e]normes intereses transnacionales hacen fuerza para que los cambios constitucionales no se reflejen en cambios profundos de la legislación secundaria. En la medida de que la Constitución garantiza derechos colectivos a favor de los territorios indígenas, espacios en los que a menudo se concentran reservas de recursos naturales codiciados, la voluntad de los decisores políticos por incorporarlos efectivamente en la gestión pública se vuelve más difusa".

Javier Dávalos Gonzáles desarrolla en su artículo los avances en el contenido y garantía del derecho humano al medio ambiente sano. Dávalos destaca en su artículo como la mejor garantía para la protección del derecho al medio ambiente es el cambio de modelo de desarrollo, del extractivista por el del buen vivir o *sumak kausay*, "[e]ste nuevo modelo pone en el centro al ser humano, y establece que el mercado es solamente un elemento más en el proceso de desarrollo, entendido como una interacción de subsistemas (dentro de los cuales el sistema ambiental es fundamental) orientados al buen vivir, que no es más que un estado de armonía entre lo seres humanos, las comunidades y la naturaleza".

Andrés Borja Ortiz propone una sustentación filosófico jurídica del reconocimiento de los "derechos de la naturaleza", para esto inicia refiriéndonos a los estudios sobre el calentamiento global y la degradación ambiental; para luego reflexionar sobre como hacer daño a la naturaleza significa hipotecar el futuro de la humanidad. En el artículo de Borja encontramos una crítica al modelo de producción y como este es inconsistente con la conservación de la naturaleza, "el sistema imperante de producción y consumo de bienes y servicios tiene un trasfondo económico-ideológico basado en la explotación de la naturaleza sin ninguna consideración, protección o mucho menos respeto. Sin embargo, de forma paulatina las premisas del desarrollo *ad aeternum*, del crecimiento económico y del progreso como promesa emancipatoria frente a las condiciones de necesidad y escasez van cediendo, son cuestionadas y se resquebrajan, tal como el falso sistema financiero que las alimenta; y, dan paso a un nuevo paradigma que revoluciona el pensamiento jurídico, trasladándolo desde una matriz cristina-antropocéntrica a una nueva visión biocéntrica, en la que el ser humano es parte integrante de la comunidad vital que le rodea, una visión más acorde con las emergentes necesidades de protección de la naturaleza, que día a día es devastada en nuestro propio perjuicio".

Patricio Benalcázar Alarcón desarrolla un pormenorizado estudio sobre el tratamiento de la movilidad humana en Ecuador. Benalcázar tiene el mérito de llevar al lector a la convicción de que el fenómeno de la movilidad humana y su tratamiento, como fenómeno global, pone en especial posición de vulnerabilidad a los seres humanos, sin hacer distinciones entre nuestros emigrantes ecuatorianos y los inmigrantes que acogemos en nuestro país. Para Benalcázar, "[e]sta forma de abordar el tema de la movilidad humana permitió reconocer que el Ecuador es un país de origen, tránsito, destino y retorno migratorio; y que, por lo tanto, debemos prepararnos para convivir en armonía, reconociendo la diversidad cultural; promoviendo la integración, así como el ejercicio de derechos humanos y el cumplimiento de los deberes ciudadanos".

Por su parte, Efrén Guerrero Salgado se introduce en el campo de la institución del refugio en la nueva Constitución. Resulta de especial interés el análisis que hace de los principios constitucionales generales aplicados al refugio, una mirada que difícilmente es acogida de buena gana por las autoridades migratorias acostumbradas a ejercer un poder absoluto en dicha materia, sin reconocer que las personas refugiadas tienen derecho internacionalmente (y ahora constitucionalmente) recogidos, por lo que la intervención estatal debe responder al ejercicio de los derechos de dichas personas. Para Guerrero "[l]a

transposición o reconocimiento de la figura jurídica del refugio en la norma Constitucional ha enriquecido y aumentado las posibilidades de protección de la persona, y ha mejorado el marco jurídico del sistema de DDHH. Cambiar el comportamiento de los tribunales y organismos de decisión en este sentido, es un objetivo evidente, para animar a los operadores de justicia a entrar en ejercicios provechosos e interesantes de aplicación e interpretación de la normativa existente".

Para terminar el capítulo, Wilton Guaranda Mendoza nos introduce en lo que sin duda será uno de los derechos más polémicos dentro del desarrollo constitucional, esto es el "derecho a la resistencia", junto con el derecho más abandonado en la Asamblea de Montecristi: "el derecho a la consulta previa". Guaranda analiza los últimos conflictos socio ambientales que llevaron a la criminalización y posterior amnistía de cientos de defensores y defensoras de derechos humanos; como estos conflictos pudieron ser evitados de haberse respetado el derecho a la consulta previa; y, de cómo el derecho a la resistencia se seguirá ejerciendo por las comunidades mientras el Estado no respete las opciones de desarrollo local incompatible con las opciones extractivistas. En este sentido, Guaranda centra su análisis en los temas que sin duda formarán parte del debate: cuales deben ser los principios que enmarque el ejercicio del derecho a la resistencia y como compatibilizar el código penal y el código de procedimiento penal con la obligación estatal de garantizar este derecho. En todo caso, el derecho a la resistencia sería el último recurso de las comunidades y personas para frenar una intervención arbitraria del Estado en sus derechos. La ejecución de auténticas consultas previas y la garantía de los derechos de participación evitarían que las comunidades deban llegar a extremos para defender legítimamente sus derechos.

El tercer capítulo esta dedicado a la *exigibilidad de los derechos*. Carolina Silva Portero realiza un amplio análisis sobre las obligaciones prestacionales, y en concreto las medidas positivas, derivados de los derechos del buen vivir. En este artículo el lector podrá encontrar un completo estudio sobre la evolución de las concepciones de los llamados derechos económicos, sociales y culturales, como lineamientos o objetivos programáticos; hasta la actual concepción de la interdependencia, indivisibilidad e igual jerarquía de los derechos humanos, recogida en la actual Constitución. Silva se refiere además a la antes sacrosanta discrecionalidad del ejecutivo para dictar políticas públicas; en el modelo de Estado de Derechos y Justicia, estas medidas son susceptibles de control constitucional: "[l]a norma constitucional establece que la formulación, ejecución,

evaluación y control de las políticas públicas y servicios públicos que garanticen los derechos reconocidos por la Constitución, se regularán de acuerdo con ciertos principios. Al disponer que las políticas deben regularse por ciertos parámetros ya se instituye una orientación bajo la cual los jueces y tribunales pueden revisar políticas públicas en las cuales se demanda la efectivización de las medidas positivas de derechos sociales. Además, la norma establece claramente los momentos en los que las políticas se deben sujetar a este enunciado constitucional, es decir, durante la formulación, ejecución, evaluación y control". Silva expone además los resultados de su investigación sobre la respuesta de la justicia constitucional (resoluciones de amparo constitucional) a su obligación de hacer cumplir los derechos constitucionales, los resultados, como podrán apreciar no son muy alentadores.

En este último punto inicia mi artículo sobre la Acción de Protección. Este artículo busca ser una guía de aplicación sobre las particularidades de esta nueva institución y, a la vez, una crítica a la forma en que se actuó respecto a la acción de amparo constitucional en la vigencia de la Constitución de 1998. Trato en especial la falta de medios de ejecución de las resoluciones, la falta de calidad de las resoluciones del anterior Tribunal Constitucional, los intentos del pasado por limitar el acceso a la garantía-derecho al amparo constitucional y como la Corte Constitucional *de facto* ha limitado de entrada la acción de protección constitucional de forma por demás ilegítima y abusiva.

El último capítulo, *una visión global*, contiene el artículo de Juan Pablo Aguilar, "Constitución y Realidad". En este artículo, Aguilar analiza la falacia ampliamente difundida de que la Constitución sería la llave para una reforma integral de la sociedad, sobre todo en cuanto a lo económico y político. Destaca la necesidad de un proceso político democrático, serio y sostenido para que los cambios propuestos sean reales, en este sentido expresa: "[m]e temo que el proyecto constitucional ecuatoriano, aquél que creyeron construir muchos de los que redactaron los textos de la actual Constitución, no refleja las necesidades reales de un proyecto político que camina por senderos distintos y distantes de aquéllos que conducen al propuesto estado constitucional de derechos y justicia". Los argumentos de Aguilar nos llaman a la reflexión sobre el futuro de la nueva Constitución y las condiciones para que el tan anhelado cambio político y social en el Ecuador sea factible.

Cuando empezamos la tarea de redactar este trabajo no nos imaginábamos que a seis meses tendríamos tantos elementos para dejar de avanzar en lo estrictamente teórico y centrarnos en los ya múltiples casos de violaciones a la

Constitución de 2008. Quizás el más infame de estos es la aprobación de la ley de minería, la cual (i) se le quiso dar la calidad de ley orgánica, (ii) impulsa un área incompatible con el respeto al derecho al medio ambiente sano de las comunidades, a los derechos de la naturaleza, a los derechos a la salud, a la alimentación, etc., pero sobre todo al régimen del buen vivir, que propugna un método sustentable distinto al que propone la industria extractiva; y, (iii) no se realizó la consulta pre legislativa a las nacionalidades indígenas, cuyo territorio se verá seriamente comprometido con esta actividad. Entonces, ¿Carece de importancia este libro?, ¿Carece de importancia cualquier publicación en la que se traten de desarrollar los derechos contenidos en la Constitución?, ¿Deberíamos sumarnos a las voces que identifican a la Constitución de 2008 con el gobierno de Correa y por tanto buscar su derogatoria?, ¿Debemos abandonar toda pretensión de impulsar esta Constitución y empezar a trabajar en la siguiente?

Estoy convencido que la respuesta es no. Sin lugar a dudas la Constitución de 2008 propone avances importantes en el constitucionalismo ecuatoriano y mundial. Nunca hemos tenido, y posiblemente no volvamos a tener, una Asamblea Constituyente que se dejó influir de las corrientes más adelantadas sobre la protección de derechos. Creo firmemente que la Constitución de 2008 es un documento sobre el cual se puede levantar una nueva institucionalidad, que tenga como centro al ser humano y a la naturaleza, que construya un sistema jurídico alrededor de los derechos y principios constitucionales, que elimine las viejas prácticas políticas, que permita la concertación entre grupos sobre la base de derechos irrenunciables y el respeto a la dignidad humana; y, sobre todo, es un documento que recoge un nuevo pacto social donde todos y todas tenemos espacio y decisión. Quizás el reto más grande es desvincular a la Constitución con el grupo político que la impulsó, la Constitución rige ahora sobre quienes la impulsamos y los quienes no lo hicieron, sobre quienes la defienden y sobre quienes la atacan, sobre los de izquierda y sobre los de derecha; marca las nuevas reglas del juego que son, por cierto, más humanas y más justas. Así que ¡vamos a defenderla!

David Cordero Heredia
Marzo 2009

PRIMERA SECCIÓN
Principios e interpretación

Los Principios de Aplicación de los Derechos

Ramiro Ávila Santamaría

Sumario

1. ¿Qué son los principios? 2. Los principios de aplicación de los derechos. 2.1. La titularidad de los derechos. 2.2. La legitimación activa para la exigibilidad. 2.3. La igualdad y la prohibición de discriminación. 2.4. Los derechos y las garantías son directamente aplicables. 2.5. Todo derecho es justiciable. 2.6. Prohibición de restricción normativa. 2.7. Aplicación más favorable. 2.8. Las características esenciales de los derechos. 2.9. Las fuentes de los derechos. 2.10. La progresividad. 2.11. La prohibición de regresividad. 2.12. La responsabilidad del estado. 3. Conclusiones. 4. Bibliografía

1. ¿Qué son los principios?

La Constitución de 2008, sin duda, realizó un avance considerable en relación a la parte dogmática al incluir principios de carácter general que serán útiles para interpretar los derechos y aplicarlos. En este acápite intentaremos conceptualizar a los principios y daremos pistas sobre su comprensión y utilidad.

R. Alexy¹ sostiene que los principios son mandatos de optimización. Al decir que son mandatos refuerza la idea de que los principios son normas jurídicas y, como tales, deben ser aplicadas. Al manifestar que son de "optimización" quiere decir que su finalidad es alterar el sistema jurídico y también la realidad.

El principio es una norma ambigua, general y abstracta. Ambigua porque requiere ser interpretada y recreada, no da soluciones determinantes sino que da parámetros de comprensión; ambigua también porque, en su estructura, no tiene hipótesis de hecho como tampoco determina obligaciones o soluciones. Las soluciones que pueden desprenderse de un caso son múltiples y solo pueden

¹ Robert Alexy, "El derecho general de libertad", en *Teoría de los derechos fundamentales*, España, Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ser determinadas en el caso concreto, por esto Alexy afirma que los principios proporcionan un "haz de posibilidades" para la persona que interpreta o aplica el derecho. La ambigüedad es una característica esencial del principio. El principio es general porque rige para todas las personas o colectivos, públicos o privados. Finalmente, es norma abstracta porque puede iluminar o servir como parámetro de interpretación para cualquier norma jurídica y para cualquier situación fáctica, carece de concreción.

Ilustremos lo afirmado con un ejemplo cotidiano. En el derecho de los niños y niñas se establece que "se atenderá al principio de su interés superior".² El interés superior significa que cuando se interpretan los derechos se tiene que visualizar la manera de aplicarlos de tal modo que se promueva el ejercicio de derechos y el desarrollo de las potencialidades de los niños y niñas. Una niña de siete años, a las once de la noche, mira televisión; el padre sostiene que debe ir a la cama porque tiene escuela al día siguiente y la niña sostiene que se está divirtiendo. En clave de derechos, el padre esgrime el derecho al descanso y a la educación; la niña el derecho a la recreación. El principio del interés superior del niño obliga al responsable, en este caso el padre, a visualizar de qué manera se potencia de mejor forma el ejercicio de derechos. Pondera. Si la niña sigue viendo televisión, al día siguiente se despertará cansada y no podrá asimilar las experiencias pedagógicas que reciba en la escuela; si la niña descansa, en cambio, podrá recuperar la energía para aprender y jugar al día siguiente. En este caso, por el principio de interés superior, la niña deberá descansar. Otra hipótesis. La niña ha tenido una jornada imparable de obligaciones. Ha ido a la escuela, ha recibido clases de piano, ha realizado sus tareas escolares, ha limpiado su cuarto y exige ver televisión para descansar. Son las seis de la tarde y el padre le quiere obligar a dormir. En este caso, en cambio, por el principio del interés superior, quizá convenga que la niña mire televisión antes de dormir. Las mismas personas, los mismos derechos y la solución es distinta porque los elementos a considerar cambian.

Los principios, por otro lado, sirven de parámetros de interpretación. Ayudan de forma decisiva a valorar el sistema jurídico. Gracias a los principios podemos identificar normas contradictorias (antinomias) y también las lagunas del sistema jurídico (anomias). El principio enuncia que "la ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales"³; y

² Constitución del 2008, artículo 44.

³ Constitución del 2008, artículo 76(6).

encontramos un precepto en una ley que establece que las personas que tengan drogas prohibidas, sin importar la cantidad ni el tipo de droga, serán sancionadas con 12 y 16 años, de igual modo la ley sanciona a las personas que matan con la misma pena. En un caso en que la persona tenga dos gramos de marihuana y sea para la venta, el juez se encontraría, sin duda, ante una norma legal desproporcionada que está en pugna con el principio constitucional de proporcionalidad. Ante este dilema, que en el derecho penal es más fuerte por el principio de legalidad, el juez aplica el tipo penal o la norma constitucional que es un principio. "Si se quiere hablar de fidelidad o sujeción a la ley, aunque sea en sentido meramente potestativo, podrá hacerse sólo respecto de las leyes constitucionales, sobre cuya base el juez tiene el deber jurídico y el jurista la tarea científica de valorar -y eventualmente censurar- las leyes ordinarias vigentes."⁴

El principio enuncia que las personas con discapacidad tienen derecho a que se eliminen "las barreras arquitectónicas".⁵ En la ciudad, las veredas y el acceso a los edificios públicos no tienen acceso para las personas que se movilizan en silla de ruedas. No existen normas jurídicas, en leyes ni ordenanzas, que viabilicen el principio constitucional. En este caso, existe una anomía, que puede ser colmada por el Consejo Municipal o por el fallo de un juez o jueza al conceder la protección de derechos.

Los principios inspiran para resolver las antinomias y para colmar las anomías. En el primer caso descrito, el juez podría, por el principio de proporcionalidad, determinar cuál sería la pena aplicable⁶ y, en el segundo, crear una norma basada en el principio de atención prioritaria.⁷

Los principios se refieren a los derechos y a la organización del Estado, los encontramos tanto en la Constitución como en el resto del sistema jurídico, ya normas internacionales ya normas infra constitucionales. En este ensayo trataremos sobre los principios de carácter constitucional, referidos a los derechos

⁴ Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón, teoría del garantismo penal*, Séptima edición, Madrid, Trotta, 2005, p. 876.

⁵ Constitución del 2008, artículo 47(10).

⁶ Fácil enunciar, pero en la práctica la construcción penal de una regla requiere un trabajo de elaboración compleja. Véase una referencia en Ramiro Ávila Santamaría, "¿Pueden los jueces penales inobservar el Código Penal?", en *Revista Foro* N. 8, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, 2008.

⁷ Sobre este problema jurídico, que enunciar resulta relativamente sencillo, véase Ramiro Ávila Santamaría, "¿Puede el juez penal inobservar el Código Penal?", en *Revista Foro* N. 8, UASB-Corporación Editora Nacional.

y los que están en el capítulo I del título II, denominado "Principios de aplicación de los derechos".

2. Los principios de aplicación de los derechos.

Las constituciones, en su parte dogmática, pueden tener principios de aplicación y principios sustantivos. Los principios de aplicación son de carácter general y tienen que leerse en conjunto para todos y cada uno de los derechos. Los principios sustantivos se refieren al enunciado y desarrollo de los derechos. Por ejemplo, el principio de igualdad y no discriminación (principio de aplicación) se aplica para los derechos del buen vivir, la participación, la protección y para todos los derechos (principios sustantivos).

La Constitución de 1998 estableció que el más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos (Art. 16), que los derechos se garantizan a todos y sin discriminación (Art. 17), que los derechos humanos son directa e inmediatamente aplicables, que se estará a la interpretación que más favorezca a la vigencia de los derechos humanos, que no se podrá exigir requisitos o condiciones no establecidos en la Constitución y la ley para su ejercicio (Art. 18), que los derechos reconocidos y garantizados son los mencionados en la Constitución, instrumentos internacionales de derechos humanos y los demás que se deriven de la naturaleza de las personas (Art. 19) y que el Estado es responsable por su inobservancia o irrespeto (Arts. 20 al 22). La Constitución del 2008 recoge todos los principios del año 1998 e incluye algunos más.

En la región andina, la Constitución de Bolivia⁸ tiene un capítulo primero, dentro del título II, "Derechos, Deberes y Garantías, denominado "Disposiciones generales", que aborda el tema de los principios de los derechos; por su lado, la Constitución de Colombia junta los principios de los derechos y del Estado en el título I, denominado "Principios fundamentales"; la Constitución de Perú no regula los principios generales; la Constitución de Venezuela tiene, al igual que Bolivia y Ecuador, un capítulo específico denominado "Disposiciones generales", dentro del título III, sobre los derechos, garantías y deberes.

⁸ Para efecto del análisis constitucional comparado, al referirnos a la Constitución de Bolivia, analizamos el texto aprobado por la Asamblea Constituyente en el año 2007 y que se someterá a referendo en los próximos meses.

	Bolivia	Colombia	Ecuador 98	Ecuador 08	Perú	Venezuela
Capítulo sobre principios de los derechos	X		X	X		X
Capítulo sobre principios de los derechos y del Estado		X				
No regula principios de los derechos					X	

2.1. La titularidad de los derechos.

"[L]as personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos son titulares y gozarán de los derechos [...]."⁹ En este enunciado se rompe con la tradición liberal de considerar que existían derechos individuales y, excepcionalmente, colectivos. En la Constitución de 1998 los derechos se clasificaban en derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, por una parte, y derechos colectivos por otra. En buena lectura se entendería que los primeros son de carácter individual y los segundos de carácter colectivo. Esta visión es, sin duda, restrictiva. Resultaba que solo los titulares de los derechos podían exigir los primeros y cualquier persona de la colectividad los segundos. En los primeros tenía que haber un titular de un derecho y en los segundos cualquier titular. La teoría liberal del derecho subjetivo se imponía. Los derechos subjetivos son derechos de carácter personalísimo en las relaciones horizontales; solo el titular de un derecho tiene acción ante la justicia. El concepto de derecho subjetivo evoluciona al derecho subjetivo público, que tiene la misma lógica salvo que la parte denunciada puede ser el Estado. Otra persona puede demandar en nombre de otra con autorización expresa del titular.

En cambio, en la Constitución del 2008, todos los derechos humanos tienen una doble dimensión: la individual y la colectiva, y se denominará

⁹ Constitución del 2008, artículo 10.

doctrinariamente como derecho fundamental (no subjetivo). La forma de su ejercicio puede ser variada, dependiendo de las circunstancias. La enumeración del artículo comienza con las personas que pueden intervenir de forma individual o como parte de un colectivo. Siguen las comunidades, que pueden abarcar a grupos humanos que no cuadran con el término pueblo ni nacionalidad. Las comunidades podrían tener vínculos de vecindad o geográficos, como la comunidad de Oyacachi, o vínculos de otra especie, como la comunidad GLBTT (gay, lesbiana, bisexual, travestí y transexual). Las nacionalidades son colectividades formadas a lo largo de la historia y que comparten la misma identidad étnica, cultural, lingüística, entre otras, como la nación kichwa o Shuar; los pueblos son subdivisiones de la nacionalidad Quichua que se identifican por algunos rasgos específicos que no comparten los otros pueblos, como el pueblo Cayambi. Hay además los colectivos, integrados por personas que forman parte de manera temporal de una categoría social a los que, como partes de esta categoría, se les reconoce derechos específicos, como son los niños, niñas, adolescentes y otros a los que Peces Barba denomina "personas situadas".¹⁰ Finalmente, hay colectividades conformadas por individuos que tienen el interés común de que se les reconozca sus derechos por razones o fundamentos jurídicos comunes.¹¹

La Constitución del 2008, al constituir como titulares a todos estos sujetos, expresa que todos y cada uno de los derechos que se enumerarán tienen dimensiones individuales y colectivas. Por ejemplo, el derecho a la identidad podría ser reivindicado por el individuo a quien se le niega hacer constar su nacionalidad en la cédula de identidad y podría ser considerado un derecho colectivo para demandar una ley en la que se establezca la obligación de la autoridad para hacer constar esta característica de los miembros de la respectiva nacionalidad. Desde la perspectiva del juez o jueza, al conocer un caso por una demanda individual, también podría resolverlo con carácter colectivo; por ejemplo, en el caso de que una persona portadora de VIH-Sida, que requiera antirretrovirales, demande al Estado por omisión en la provisión de la medicina, el juez al constatar la violación podría determinar que un colectivo se encuentra

¹⁰ Gregorio Peces Barba Martínez, "La universalidad de los derechos humanos", en *Doxa* 15-16, España, 1994.

¹¹ Esta parte del ensayo se basa, en gran parte, en Julio César Trujillo y Ramiro Ávila Santamaría, "Los derechos en el proyecto de Constitución", en ILDIS, *Análisis nueva Constitución, Revista la Tendencia*, Quito, 2008, pp. 68-85.

expuesto a la misma situación. El ámbito y las posibilidades del derecho, en consecuencia, se multiplican.

La Constitución de 1998 dividía con claridad los derechos colectivos, que eran explícitamente los derechos indígenas y los derechos al medio ambiente, y los demás derechos, que había que entender, como se ha dicho, que eran los individuales. Esta dicotomía, en la clasificación, impedía que un derecho no indígena o del medio ambiente, pueda ser exigido en dimensión colectiva; o, al contrario, que un derecho considerado colectivo pueda ser demandado en su dimensión individual.

Para apreciar las dimensiones individuales y colectivas pensemos en el caso hipotético de una política pública a través de la cual se distribuyen vacunas para niños y niñas menores de cinco años. Las vacunas se distribuyen solo en zonas urbanas y en escuelas públicas. Evidentemente, existiría una situación discriminatoria hacia los niños y niñas de zonas rurales y que se encuentran en las escuelas privadas. En la Constitución de 1998 la lectura sería que se trata del derecho a la salud que podría solo ser exigido por los representantes de los niños y niñas que han sido discriminados, por tratarse de un derecho individual. La solución sería exclusivamente para el niño o niña que demanda. En cambio, en la Constitución del 2008, cualquier persona, indiferente de si es víctima o no, podría demandar una acción de protección de derechos y la solución beneficiaría colectivamente a todos los niños y niñas discriminadas.

La Constitución de Bolivia evita utilizar la clasificación de derechos colectivos; la de Colombia (capítulo III) y la de Venezuela tienen la clasificación dicotómica, distinguen entre los derechos de las personas, que parecería que son todos salvo los indígenas y ambientales; y la de Perú no hace alusión alguna a los derechos indígenas.

	Bolivia	Colombia	Ecuador 98	Ecuador 08	Perú	Venezuela
Derechos colectivos		X	X			X
Derechos individuales		X	X		X	X
No distingue titularidad	X			X		

Consideramos un avance conceptual la no distinción de la titularidad de derechos individual o colectiva, porque se amplían las posibilidades de exigibilidad, como sucede en Bolivia y en la Constitución del Ecuador del 2008.

2.2. La legitimación activa para la exigibilidad.

Los derechos se materializan, cuando son violados, con la exigibilidad. La Constitución del 2008 determina que "los derechos se podrán [...] promover y exigir de forma individual y colectiva [...]".¹² Este enunciado se complementa con la acción popular reconocida en las disposiciones generales de las garantías constitucionales: "cualquier persona, grupo de personas, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá proponer las acciones previstas en la Constitución".¹³ La teoría del derecho subjetivo, que fue interpretada con la frase "por sus propios derechos",¹⁴ tiene que ser reformulada o replanteada. En efecto, la Constitución de 2008 permite que "cualquier persona, grupo de personas, comunidad, pueblo o nacionalidad"¹⁵ pueda proponer acciones constitucionales.

La violación a los derechos humanos no puede ser ajena a ninguna persona o grupos de personas. Al Estado y a la comunidad les interesa que se sepa cuando hay violaciones y que se corrijan las actuaciones atentatorias a los derechos. Este avance constitucional, que podría ocasionar escándalo a los tratadistas tradicionales del Derecho, no es nada nuevo en la legislación nacional y menos aún en el derecho internacional. A nivel constitucional, se ha establecido algo parecido para el hábeas corpus y en la práctica se admite que cualquier persona demande la libertad de quien se encuentra privado ilegítimamente;¹⁶ además, la misma Constitución de 1998 prevé que cualquier persona natural o jurídica, o grupo humano, pueda ejercer las acciones establecidas en el ordenamiento jurídico del país para la protección del ambiente.¹⁷ A nivel legal, en las normas procesales penales, se permite que cualquier persona pueda poner en conocimiento del fiscal la existencia de una infracción penal. A nivel del derecho internacional de los derechos humanos, cualquier persona puede concurrir ante la Comisión de Derechos Humanos para denunciar la violación

¹² Constitución del 2008, artículo 11(1).

¹³ *Ibidem.*, artículo 86(1).

¹⁴ Constitución del Ecuador 1998, artículo 95.

¹⁵ Constitución del 2008, artículo 86(1).

¹⁶ Constitución del Ecuador 1998, artículo 93.

¹⁷ *Ibidem.*, artículo 91, último inciso.

a los derechos reconocidos en la Convención Americana de Derechos Humanos.¹⁸ Lo mismo que sucede con los atentados a la libertad, al ambiente, a los bienes jurídicos penalmente protegidos, a los derechos reconocidos en la Convención Americana, debe suceder con las violaciones a los derechos humanos constitucionalmente reconocidos. En otras palabras, no se puede tolerar impasiblemente su violación sin recurrir a las acciones constitucionales para que se los respete.

La legitimación activa, en el derecho comparado andino, puede ser "subjetiva" si solo las víctimas que sufren la violación de derechos pueden reclamar, "colectiva restringida" si se establecen excepciones para que cualquier persona pueda reclamar a nombre de otra, y "popular" (*actio popularis*) si cualquier persona puede intervenir a nombre de otra persona o de una colectividad.

La Constitución de Bolivia conserva una legitimación activa restrictiva para exigir derechos (Art. 129) salvo que se trate de derechos que amenacen intereses colectivos, que son violaciones o amenazas al patrimonio, espacio, seguridad y salubridad (Art. 136); la Constitución colombiana permite que una persona actúe a nombre de otra (Art. 86); la Constitución de Perú (Art. 202(2)) y la de Venezuela enuncian que se puede acceder a los órganos de justicia "para hacer valer sus derechos" (Art. 25) y, en caso de derechos difusos y colectivos,

Legitimación activa	Bolivia reconoce la acción popular	Colombia acción popular (Art. 26)	Ecuador (Art. 98)	Ecuador 08	Perú	Venezuela
Individual/subjetiva			X		X	X
Colectiva restringida	X					
Popular		X		X		

Sin duda, a la vanguardia en este aspecto se encuentra la Constitución del 2008 de Ecuador y la Constitución colombiana de 1991.

¹⁸ Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 44: "Cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados Miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de esta Convención por un Estado Parte".

2.3. La igualdad y la prohibición de discriminación.

El principio de igualdad, en la Constitución del 2008, tiene algunas interesantes variaciones. Se reconoce (1) la igualdad formal,¹⁹ (2) la igualdad material y (3) la prohibición de discriminación.²⁰

(1) La igualdad formal significa que, ante el sistema jurídico -y no exclusivamente ante la ley-, todas las personas deben ser tratadas de igual manera. En la versión clásica, que se sintetiza en la doctrina *equal but separate*, hay que tratar igual a los iguales y diferente a los diferentes, esto significaba que cabía trato diferenciado si es que la ley lo establecía.

(2) En la igualdad material, en cambio, se introduce un análisis sustancial que pasa del sistema jurídico a la realidad de la persona; en este sentido, la fórmula de Santos contribuye a aclarar las consecuencias del trato igualitario en relación a la constatación de la diferencia: todos tenemos derecho a ser iguales cuando la diferencia oprime, y derecho a ser diferentes cuando la igualdad descaracteriza.²¹ La igualdad jurídica implica que hay que proteger las diferencias personales y excluir las diferencias sociales. Cada persona es, al mismo tiempo, diferente a los demás, en cuanto a su identidad, y es una persona como todas las demás, en cuanto a la igualdad social. Se tutelan las diferencias, en el primer caso, y se combaten las desigualdades, en el segundo²².

(3) La Constitución de 1998 apenas enuncia que todos los derechos son garantizados a todos los habitantes del Ecuador sin discriminación. La Constitución del 2008, en cambio, se inspira en la Convención contra todas las formas de discriminación de la mujer²³ que contiene una definición acabada sobre la discriminación,²⁴ garantiza la igualdad, define lo que significa la discriminación que queda prohibida y cierra con las acciones afirmativas.²⁵ En la definición, la Constitución recoge todos los elementos reconocidos a nivel

¹⁹ Constitución del 2008, artículo 11.2., reconocida en el artículo 23.3 en la Constitución de 1998.

²⁰ *Ibidem.*, artículo 66.4.

²¹ Santos Boaventura de Sousa, *La caída del angelus novus: ensayos para una nueva teoría social*, Bogotá, ILSA, 2003, p. 164.

²² Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón, teoría del garantismo penal*, Séptima edición, Madrid, Trotta, 2005, p 907.

²³ Convención contra todas las formas de discriminación contra la Mujer (CEDAW), artículo. 1.

²⁴ Véase Alda Facio, "La Carta Magna de las mujeres", en *Memorias del Diplomado en Derechos Humanos*, Quito, PUCE, 2003

²⁵ Constitución del 2008, artículo 11(2).

internacional para distinguir el trato igualitario del discriminatorio: enumera los criterios por los que se pueden discriminar y los prohíbe expresamente, en tanto la finalidad o consecuencia del trato distinto, menoscabe o anule el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. Entre las categorías prohibidas, también encontramos novedades. A las ya numerosas del año 98, se ha incluido el género, la cultura, ideología, el portar VIH, la diferencia física, el pasado judicial y la condición migratoria; en total veinte características que no deben ser consideradas como criterios para distinguir en el trato a las personas. Estas categorías -se especifica- podrían ser personales o colectivas, temporales o permanentes.

Las categorías prohibidas, que siempre deben entenderse como ejemplificativas, reflejan preocupaciones de movimientos sociales que se visibilizan para ser protegidos y que históricamente han sido discriminados. Desde esta perspectiva, la enumeración, por grande que parezca, no es un agregado arbitrario o retórico.

La Constitución de Bolivia establece un número parecido de categorías prohibidas para discriminar pero no define su concepto (Art. 14. II). La Constitución de Colombia establece la igualdad formal y material (igualdad real y efectiva), establece tres veces menos categorías prohibidas en el trato, no define la discriminación y también establece la posibilidad de acciones afirmativas (Art. 13).²⁶ La Constitución de Perú solo reconoce la igualdad formal y siete categorías prohibidas (Art. 2(2)),²⁷ no define la discriminación ni tampoco recoge las acciones afirmativas. La Constitución de Venezuela reconoce la igualdad ante la ley (Art. 21) y, como derivación de este principio, la prohibición de discriminación por cuatro categorías (Art. 21(1)) con definición de acuerdo a estándares internacionales, también reconoce la igualdad real y efectiva ante la ley y la adopción de medidas positivas (Art. 21(2)).

²⁶ Artículo 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados. El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.

²⁷ Artículo 2°. Toda persona tiene derecho: 2. A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole.

Igualdad	Bolivia	Colombia	Ecuador 98	Ecuador 08	Perú	Venezuela
Igualdad formal	X	X	X	X	X	X
Igualdad sustancial	X	X		X		X
Definición discriminación				X		
Categorías prohibidas	23	17	13	20	7	4
Acciones afirmativas		X		X		X

2.4. Los derechos y las garantías son directamente aplicables.

"Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte".²⁸

Cualquier norma jurídica que esté vigente y además sea válida, es decir, que haya sido expedida por autoridad competente, siguiendo las reglas de su producción y que no se contradiga con los principios constitucionales, tiene que ser aplicada. Para el derecho ordinario no existe discusión alguna en la teoría tradicional, que establecía que el juez debe aplicar la ley. Sin embargo, en relación a la Constitución tenemos algunas dificultades.

La teoría tradicional del derecho considera que en la Constitución se pueden encontrar dos tipos de normas. Unas de directa aplicación y otras programáticas. Se entendía que las primeras, al tener formas de reglas (hipótesis de hecho y obligación), podían ser aplicadas, mediante un proceso subsuntivo, por quien juzga. En cambio, las normas programáticas, aquellas que establecen objetivos a alcanzarse, tales como los derechos sociales, solo pueden ser aplicadas si es que existe desarrollo normativo. Esta teoría tiene sentido en el estado legal

²⁸ Constitución del 2008, artículo 11(3).

de Derecho, puesto que las autoridades judiciales están sometidos exclusivamente a la Ley. Este principio se conoce como el de mera legalidad.

En el neoconstitucionalismo toda norma constitucional es aplicable, aún cuando tenga la estructura de un principio. La distinción entre normas programáticas y normas directamente aplicables, es irrelevante. Por supuesto que esta afirmación implica que las personas están sometidas además de la Ley a la Constitución, y que requiere una dosis de creatividad de la persona que aplica al imaginar y crear la hipótesis de hecho y la obligación que emana del principio en el caso que aplica. La sujeción a la Constitución, y no solo a la Ley, se conoce como el principio de estricta legalidad.

Por otro lado, los sujetos destinatarios de los derechos ya no son exclusivamente las autoridades judiciales. Esto también cambia la teoría tradicional del derecho. Las normas están destinadas a vincular y limitar a cualquier persona que se encuentre en situación de poder.

El problema teórico, que se resuelve de forma fácil y enunciativa, a través de la comprensión de que los principios son normas, se torna terriblemente complicado en la aplicación práctica, en particular en aquellos derechos que demandan una fuerte intervención estatal. Piénsese, por ejemplo, en el principio que establece que "las personas y colectividades tienen derecho al acceso seguro y permanente a alimentos sanos, suficientes y nutritivos".²⁹ ¿Puede ser directamente aplicable esta norma? La respuesta es categóricamente sí. Los ámbitos y las formas de resolver la real diferencia entre el "deber ser" del principio y el "ser" de la realidad requieren de teoría de los derechos humanos y de técnicas de interpretación. En principio, por el solo hecho de la existencia de la norma, las personas que consideran que se viola en la realidad este derecho, pueden iniciar una acción de protección de derechos. El resultado depende de las circunstancias. ¿Si un día usted no tiene dinero para comprar su almuerzo, podría considerarse que se ha violado su derecho a la alimentación? ¿Si la alimentación que se vende en un restaurante de comida rápida está llena de grasa saturada, estarían violando el derecho a alimentos sanos y nutritivos? Quien juzga o la autoridad que pretenda aplicar el principio, debe resolver la cuestión en relación al contexto y a las posibilidades reales de aplicación. Puede ser que exista daño y por tanto se requiere reparación, puede ser que existan justificaciones que expliquen la falta de atención al derecho, puede ser que se aplique el principio

²⁹ *Ibidem.*, artículo 13.

de subsidiaridad y que las personas que tienen recursos deban por sí mismo satisfacer el derecho, puede ser que exista una omisión del Estado al formular políticas públicas sobre alimentación.

La norma es siempre aplicable. Cuando la autoridad determina que no cabe la pretensión de la persona que considera que su derecho está siendo violado, puede eso significar que el principio está siendo aplicado. Alexy, para comprender el fenómeno de la aplicación del derecho, utiliza la teoría de la posición jurídica. Según esta teoría las personas que tienen derecho y consideran que están siendo violados, solo podrán encontrar satisfacción por parte del Estado cuando tienen razones válidas y suficientes para ello. Esto nos remite al problema de la argumentación jurídica y de la ponderación para encontrar la justificación en caso de que la norma no surta efectos en el caso.

Otro efecto de la directa aplicación es que no se requiere de intermediación de autoridad alguna para que se pueda invocar el cumplimiento de una norma. Los pretextos de falta de ley o reglamento para excusarse de cumplir un derecho, tan comunes en un estado burocratizado, no tienen cabida.

Si los derechos son aplicables directamente, las garantías, que son las herramientas para su efectividad, también deben de serlo. En tiempos de estados de excepción o de emergencia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dicho que las garantías son imprescindibles para el control democrático sobre el poder del estado.³⁰ Los argumentos sobre el derecho son los mismos para sostener la directa aplicabilidad de las garantías.

2.5. Todo derecho es justiciable.

En la teoría tradicional de los derechos humanos, solo los derechos que tenían dimensiones negativas podían ser justiciables porque no significaban erogación alguna de parte del Estado y significaba que el Estado estaba abusando de su poder. El ejemplo paradigmático es el de la libertad de movimiento. Toda persona tiene la posibilidad y la atribución de moverse por donde le sea permitido; si alguna autoridad pública le impide el movimiento, estaba violando su deber de abstenerse. Por el contrario, los derechos sociales, que se consideraban prestacionales, requerían de recursos económicos y humanos para su realización y, por tanto, su consecución era progresiva.

³⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva N. 8 y N. 9.

C. Sunstain ha demostrado que los derechos civiles no son solamente de abstención sino que requieren múltiples recursos y que dependen de los impuestos. De igual modo, los derechos sociales tienen también dimensiones negativas, o sea, exigen abstención de parte del estado cuando se practican formas alternativas a las estatales de medicina.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha puesto énfasis en que éstos también pueden ser justiciables y que la diferencia en cuanto a la exigibilidad es de grado. Latinoamérica es paradigmática en cuanto a demostrar que los derechos sociales pueden ser justiciables. La Corte Constitucional de Colombia ha justiciabilizado el derecho a la salud pública cuando el municipio no ha concluido una obra de alcantarillado; los jueces argentinos han ordenado la provisión de agua potable a una comunidad que tenía agua contaminada, el Tribunal Constitucional de Ecuador ha ordenado la provisión de medicinas a personas portadoras de VIH, la Corte de la India ha dispuesto que las personas que viven en las calles no pueden ser desalojadas porque tienen derecho a la vivienda.

En suma, la doctrina y la jurisprudencia confirma que todo derecho es justiciable y así lo recoge la Constitución 2008: "Los derechos serán plenamente justiciables".³¹

En el constitucionalismo andino, las constituciones de Bolivia (Art. 112), Perú (Art. 200(2)) y Venezuela (Art. 27) reconocen que todo derecho es justiciable; la Constitución de Colombia es la única que establece una diferencia entre los derechos directamente aplicables y justiciables (Art. 85) y los otros, que tendrían naturaleza programática, aunque, debemos reconocer, la Corte Constitucional ha justiciabilizado derechos económicos, sociales y culturales.

Justiciabilidad	Bolivia	Colombia	Ecuador 98	Ecuador 08	Perú	Venezuela
Todo derecho	X		X	X	X	X
Algunos derechos		X				

³¹ Constitución del 2008, artículo 11(3).

2.6. Prohibición de restricción normativa.

"Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales".³²

La prohibición de restricción normativa infraconstitucional tiene relación directa con (1) la supremacía de la Constitución, con (2) el principio *pro homine* y con (3) el principio de progresividad.

(1) La Constitución establece, al reconocer expresamente un derecho y una garantía, un mínimo que no puede ser disminuido. Irrespetar el mínimo, a través de una norma jurídica de cualquier jerarquía, significaría que la Constitución está siendo irrespetada y que, por tanto, esa norma se torna inválida. La prohibición de restricción no impide la regulación. Las normas de carácter secundario, si es que regulan sobre los derechos o las garantías, pueden ampliar los mínimos, desarrollar los derechos, ampliar los márgenes de protección y facilitar las condiciones para su aplicación. No puede, en cambio, disminuir la protección, restringir un derecho o imponer condiciones que hagan que el derecho sea inaplicable. Por ejemplo, el amparo constitucional establecido en la Constitución de 1998 fue regulado sucesivamente por varias resoluciones de la Corte Suprema de Justicia. Esas regulaciones normativas establecieron condiciones tales como prestar otro juramento adicional al establecido en la ley, e imposibilitar las causales de amparo contra actos normativos de carácter general. Estas resoluciones eran evidentemente inconstitucionales por regular requisitos no establecidos en la Constitución. Puede presentarse el caso que una norma de carácter internacional tenga regulaciones o protecciones inferiores a las establecidas en la Constitución; en este caso, la norma internacional no se aplicaría por restrictiva. En otras palabras, el principio comentado permite la regulación más favorable y prohíbe la regulación restrictiva.

(2) El principio *pro homine* nos indica la real posibilidad de encontrar antinomias en el sistema jurídico. Si tengo una norma constitucional que establece, por ejemplo, que está prohibida la discriminación y tengo otra norma de carácter legal que determina que el matrimonio es solo entre hombre y mujer, la segunda norma no debería ser observada y sería inválida. De existir duda en el alcance de una norma, y si quien debe interpretarla no está seguro si la regulación es restrictiva o no, por el principio *pro homine* deberá entenderse que la norma sospechosa de restringir derechos, no deberá ser aplicada.

³² *Ibidem.*, artículo 11(4).

(3) Derechos y las garantías deben ir de menos a más. La Constitución establece un punto de partida que debe ser desarrollado y expandido en todo sentido: alcance, ámbito de protección, personas que las disfrutan, autoridades que aplican. El sentido contrario, está proscrito. La prohibición de restricción implica que cuando alguien la practica está optando por una alternativa regresiva.

El mandato de no restricción en la regulación de derechos está íntimamente vinculado con la garantía normativa.³³ El destinatario de esta norma es la Asamblea Nacional y todo órgano que tiene potestad o competencias normativas, tales como un Consejo Provincial, el Presidente cuando establece un reglamento, un ministro cuando realiza una resolución, y, por supuesto, la autoridad judicial cuando resuelve mediante sentencia, que es norma para las partes. Como la Constitución también regula a los particulares, los estatutos de compañías, las directrices de un colegio, los contratos laborales tampoco podrían restringir los derechos.

En el derecho comparado andino, las constituciones no reconocen expresamente este principio consagrado por Ecuador.

	Bolivia	Colombia	Ecuador	Ecuador	Perú	Venezuela
			98	08		
Principio de prohibición de restricción normativa				X		

2.7. Aplicación más favorable.

"En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia".³⁴

El principio supone (1) que hay dos normas aplicables para una misma situación o caso, y (2) que hay dos interpretaciones posibles para una misma norma. En cualquiera de los dos casos, hay que aplicar aquella norma o interpretación que favorezca efectivamente el ejercicio de derechos.

³³ *Ibidem.*, artículo 84.

³⁴ *Ibidem.*, artículo 11(5).

(1) Entre dos normas, la mejor para la persona. En el año 1973, cuando la Corte Suprema de los Estados Unidos resolvió el controversial caso "Roe v. Wade", a través del cual permitió el aborto bajo ciertas condiciones, lo hizo bajo el argumento del derecho de la intimidad, que prohíbe la injerencia arbitraria del estado en la vida de las mujeres. Otro derecho que pudo haberse aplicado es el de la libertad. El movimiento feminista de los Estados Unidos considera que la norma que más protege el derecho a las mujeres es de la libertad más que el de la intimidad. En el derecho a la intimidad se reforzó la separación de lo público con lo privado y la no injerencia el Estado en asuntos que no son de su incumbencia. Esta aplicación puede ser contraproducente para reivindicaciones públicas de espacios privados como el de la violencia doméstica. Más allá de las discusiones sobre la legitimidad del aborto, la autoridad que debe aplicar un derecho debe guiarse por la norma que brinde mayores posibilidades de ejercicio de derechos. En el caso brevemente relatado, tenemos dos normas, desde la perspectiva de las mujeres, que pueden ser aplicadas. ¿Cuál norma expande los derechos de manera más contundente?

(2) Una norma, dos o más interpretaciones, la mejor. En general, el Derecho siempre es interpretable. Este fenómeno se produce porque las normas se expresan a través del lenguaje y las palabras tienen múltiples sentidos en sí mismas, y éstos se multiplican en el contexto. Cada palabra tiene más de un significado, y basta ver un diccionario de sinónimos; cada palabra adquiere sentido en una frase; cada palabra cobra sentido, incluso, en un contexto histórico, social y cultural. El Derecho es por esta razón interpretable. Toda persona tiene derecho a una vivienda *adecuada* y digna.³⁵ ¿Qué significa una vivienda *adecuada* para una persona indígena que vive en un ambiente comunitario, cálido y lluvioso? ¿Qué significa una vivienda adecuada para una persona urbana, soltera, jubilada, discapacitada? La palabra *adecuada* debe ser interpretada en función del contexto, de la persona beneficiaria, de las necesidades, de la cultura, de los medios que se dispongan para hacer una vivienda. Otro ejemplo de carácter procesal. La Constitución establece que en las acciones de protección de derechos, las notificaciones deben hacerse de la manera que sea más *eficaz* que estén al alcance de las partes.³⁶ La palabra eficaz puede entenderse desde el derecho civil, que implicaría un trámite escrito, formal y lento, o desde los avances de la informática, que implica un trámite a través de un medio electrónico, sin firmas e inmediato.

³⁵ *Ibidem.*, artículo 30.

³⁶ *Ibidem.*, artículo 86 (2) (d).

Ante estas dos interpretaciones de una misma norma procesal, debe favorecerse la que más favorezca la vigencia de los derechos; en este caso, debe optarse por la segunda opción porque beneficiaría a la persona que está exigiendo un derecho y que busca la tutela efectiva de parte del Estado.

La aplicación más favorable a los derechos solo la tienen la Constitución de Bolivia (Art. 255) y Ecuador. Esta afirmación no obsta a que a nivel jurisprudencial o legal ordinario se haya desarrollado; tampoco significa que las Constituciones no reconozcan el principio *pro reo* o *pro operario*, como lo hace, por ejemplo, la Constitución colombiana.

2.8 Las características esenciales de los derechos.

	Bolivia	Colombia	Ecuador	Ecuador	Perú	Venezuela
Principio de aplicación más favorable	X	X	X	X	X	X

La Constitución del 2008 recoge lo que en su momento fue una aspiración y un llamado de la comunidad internacional: "todos los principios y derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía".³⁷ L. Ferrajoli aporta a la comprensión de los derechos con una caracterización bastante precisa de los derechos fundamentales, que se distinguen de manera clara con los derechos ordinarios o patrimoniales. Las características que distinguen a los primeros son precisamente los establecidos en la Constitución.

Inalienables. Los derechos son indisponibles y ningún poder lo puede vaciar de contenido. En cambio los derechos patrimoniales pueden ser de libre disposición del titular y de restricción legítima por parte de otro poder. Por ejemplo, no se puede disponer del derecho a la salud, pero sí se puede la propiedad.

Irrenunciables. Una persona no puede renunciar, bajo circunstancia alguna, de la titularidad de estos derechos. En cambio, en los patrimoniales caben algunas

³⁷ *Ibidem*, artículo 11 (6); y Asamblea General de las Naciones Unidas, Conferencia Mundial de Derechos Humanos (1993), Declaración y Programa de Acción de Viena: "5. Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso [...]"

formas de renuncia, por ejemplo el abandono y la donación; una persona puede despojarse de la propiedad de un bien arrojándolo a la basura o regalárselo a otra persona, sin que este abandono o renuncia implique una violación de derecho.

Indivisible. Los derechos, al igual que las personas, son integrales; no se puede sacrificar un derecho a costa de otro. Las personas al mismo tiempo están ejerciendo múltiples derechos (vivir, libertad de movimiento, de pensamiento, de expresión, vivienda, nutrición, salud...) o los están violando. Así como en la vida no se puede afirmar que se ejerce un derecho a la vez, así tampoco se debe analizar los derechos sin consideración de los otros. Una persona es digna cuando todos los derechos están satisfechos. Los derechos patrimoniales, en cambio, son por naturaleza divisibles: se puede dividir la herencia, la propiedad horizontal, puedo vender un vehículo por partes, hipotecar una propiedad, satisfacer un crédito periódicamente, dividir la sociedad conyugal.

Interdependiente. Los derechos se relacionan entre sí, son como un sistema en el que si un derecho no se lo ejerce o se lo viola, puede afectar a otros. Los derechos tienen que ser leídos sistémicamente. Los derechos son un instrumento para que los seres humanos puedan vivir cabalmente. Así como al ser humano no se lo puede compartamentalizar, tampoco se los debe compartamentalizar a los derechos. Una vivienda inadecuada, por no tener baños, ventilación, espacio suficiente, puede afectar al derecho a la intimidad, a la salud, a la familia, a la educación. De igual modo, por ejemplo, una alimentación inadecuada puede afectar la salud, la concentración en la escuela, la posibilidad de realizar deportes y hasta la vida misma. Por esta razón, la autoridad que aplique, restrinja o repare un derecho tiene que tomar en consideración los otros derechos que están en juego.

Igual jerarquía. Esto quiere decir que cualquier clasificación sobre derechos humanos no implica jerarquización alguna. No por estar al final, en segundo o tercer lugar de una enumeración de derechos, significa que es menos importante, como se ha pretendido afirmar en relación a la ubicación del derecho a la vida o al derecho a las libertades. El argumento de que los derechos de la libertad se encuentran al final y por tanto el constituyente les ha dado una importancia secundaria es falaz. Eso querría decir que quienes escribieron la Constitución del 1998, al poner en último lugar a los derechos colectivos y los derechos sociales, relegaron su importancia. Sostener estos argumentos no solo que atentarían contra la naturaleza de los derechos sino que establecerían jerarquías que, en su aplicación, implicarían situaciones evidentemente discriminatorias.

Estas características esenciales las encontramos, con algunas variaciones (universalidad e inviolabilidad) en la Constitución de Bolivia (Art. 13(I)); la de Colombia reconoce que los derechos son inalienables (Art. 5); la de Perú no tiene un capítulo ni norma sobre principios de los derechos; la de Venezuela tiene un capítulo sobre disposiciones generales y reconoce que los derechos son irrenunciables, indivisibles e interdependientes (Art. 19).

Características DD. HH.	Bolivia	Colombia	Ecuador 98	Ecuador 08	Perú	Venezuela
Inalienables	X	X		X		
Irrenunciables				X		X
Indivisibles				X		X
Interdependientes				X		X
Igual jerarquía				X		
Universal	X					

2.9. Las fuentes de los derechos.

Las fuentes de los derechos humanos, en la Constitución de 1998, son tres: la (1) Constitución, (2) los instrumentos internacionales de derechos humanos y los demás derechos que se derivan de la naturaleza humana.³⁸ Esta última fuente nos llevaba a un problema cuya solución no es pacífica: el iusnaturalismo. En la Constitución del 2008, en cambio, se adopta la fórmula de que la enunciación de los derechos en las anteriores fuentes "no excluirá los demás derechos derivados de (3) la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su desenvolvimiento".³⁹

(1) La Constitución es el gran referente para identificar aquellos derechos que un país considera que son tan importantes que fundamentan la convivencia de las personas y los pueblos en un Estado. Estos derechos están en lo que se

³⁸ Constitución de 1998, artículo 19.

³⁹ Constitución del 2008, artículo 11(7).

denomina la parte dogmática de la Constitución. El primer lugar al que se debe recurrir para saber cuáles son los derechos que tienen protección especial en un Estado es, sin duda, a la Constitución.

(2) Los instrumentos internacionales son de dos clases: los tratados y el *soft law*. Los tratados, convenios, pactos, protocolos, que tienen igual naturaleza jurídica, son instrumentos que requiere un trámite de aprobación, normalmente parlamentaria, al interior de los estados, y que debe su ratificación depositarse ante un organismo internacional. Una vez ratificados, los tratados tienen fuerza vinculante y pueden ser invocados ante una autoridad judicial como cualquier otra norma vigente. Los tratados de derechos humanos contienen un preámbulo (porque el tratado), obligaciones generales (respetar y hacer respetar los derechos), enumeración de derechos (cuerpo) y un mecanismo de protección (que puede ser un mecanismo de información, como el establecido en la Convención de los Derechos de los Niños; un mecanismo cuasi contencioso, como el establecido en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos; o un mecanismo contencioso, como el reconocido en el estatuto de Roma).⁴⁰ El *soft law*, en cambio, implica simplemente una firma del Estado; estos instrumentos no tienen un proceso de ratificación, enumeran derechos pero no tienen un mecanismo de protección internacional. Se dice, por tanto, que no son vinculantes y de ahí la denominación de "derecho suave". Entre los documentos de *soft law* podemos enunciar las declaraciones, las resoluciones, las normas mínimas, las directrices. ¿Se puede invocar un derecho establecido en el *soft law* en Ecuador? Sin duda alguna la respuesta es sí. No solo porque en Ecuador se pueden invocar los derechos que emanen de la dignidad, que el *soft law* puede ayudar a enunciarla, sino también porque el artículo *in comento* de manera clara establece que los derechos que reconoce Ecuador están en los instrumentos de derechos humanos. Si la voluntad expresa era restringir las fuentes a los tratados, creemos que se hubiera expresado de ese modo.

(3) La referencia a la dignidad tiene sustento jurídico innegable, aunque también podría tener referencia al iusnaturalismo, que tanto fue criticado por el positivismo. La célebre fórmula kantiana de que nadie debe ser un medio para que otros cumplan sus fines salvo que sea medio y fin al mismo tiempo,⁴¹ ha

⁴⁰ Véase Carlos Villán Durán, *Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Madrid, Trotta, 2002, pp. 773-822.

⁴¹ Immanuel Kant, "The doctrine of virtue", en *Metaphysics of morals*, citado por Henry Steiner y Philip Alston, *International Human Rights in context, Law Politics and Morals*, Second Edition, Oxford University Press, 2000, pp. 261-263

dado ocasión para que, a nivel jurídico, se la desarrolle en más de 94 volúmenes de sentencias del Tribunal Constitucional Federal, como enseña el jurista alemán Robert Alexy, con ocasión del artículo uno de la Ley Fundamental Alemana que proclama que el Estado tiene como fin realizar la dignidad;⁴² a nivel doctrinario, por ejemplo, Ferrajoli ha usado la fórmula kantiana para deslegitimar todos los argumentos a favor de la prevención como fin de la pena.⁴³ Esta cláusula que remite a la dignidad, que se denomina en la doctrina como "cláusula abierta", abre la posibilidad para que los derechos no reconocidos en la Constitución ni en instrumento internacional alguno, puedan ser justiciables. La referencia a la dignidad, sin duda, nos ofrece parámetros más objetivos para la determinación de derechos. Por ejemplo, supongamos que la experimentación genética llegue a ser tan desarrollada que la dignidad pueda ser afectada. Una persona científica, modificando genes, puede dotar a un ser humano de características tan excepcionales que sea inmune a las enfermedades, sea clarividente y pueda anticipar la voluntad de otros. Una sociedad con estas personas sería inevitablemente jerárquica y en consecuencia discriminatoria. En estas circunstancias hipotéticas ¿puedo demandar el derecho a la no experimentación científica con el genoma humano?⁴⁴ Los derechos son una realización histórica. El derecho a la naturaleza, que reconoce Ecuador en un contexto de calentamiento global y de extinción de bosques primarios, era inconcebible hace cincuenta años cuando no se consideraba siquiera que el modelo de desarrollo podría implicar una destrucción de la naturaleza que afecte la subsistencia incluso del ser humano. En el liberalismo clásico del siglo XIX no estaba bajo discusión que las mujeres, los niños, niñas, indígenas, analfabetos tuvieran derechos y pudieran ser ciudadanos o ciudadanas. ¿Tienen derecho las generaciones futuras? ¿Pueden existir necesidades de reconocimiento de derechos, que el ser humano de ahora no puede visualizar, con los amenazas de la técnica? De ahí la necesidad de una cláusula abierta en beneficio de los seres humanos y como herramienta de protección contra los males o amenazas no identificadas.

La Constitución de Bolivia parecería que reconoce explícitamente los

⁴² Robert Alexy, "Derechos fundamentales y estado constitucional democrático", en Miguel Carbonell, *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003, p. 45.

⁴³ Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón, teoría del garantismo penal*, Séptima edición, Madrid, Trotta, 2005.

⁴⁴ Sobre los riesgos de la biotecnología, ver Francis Fukuyama, "La dignidad", en *El fin del hombre/el último hombre*, Punto de lectura, 2003, pp. 241-285.

derechos establecidos en la Constitución, sin referencia a los instrumentos internacionales, y permite la proclamación de derechos no enunciados en ella (Art. 13.II); la de Colombia establece que tienen vigencia los derechos reconocidos en la Constitución, tratados internacionales y los demás derechos inherentes a la persona humana (Art. 94);⁴⁵ la de Perú también tiene una cláusula abierta de derechos y hace referencia a derechos de naturaleza análoga, sin especificar fuente, y a derechos "que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno"(Art. 3);⁴⁶ la de Venezuela también reconoce las tres fuentes comunes: Constitución, tratados internacionales y los inherentes a la persona.

Fuentes de los DD. HH.	Bolivia	Colombia	Ecuador 98	Ecuador 08	Perú	Venezuela
Constitución	X	X	X	X	X	X
Tratados		X	X	X		X
<i>Soft Law</i>			X	X		
“cláusula abierta” (dignidad, naturaleza)	X	X	X	X	X	X

⁴⁵ Artículo 94. 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.

⁴⁶ Artículo 3°. La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno.

2.10. La progresividad.

La Constitución de 2008 recoge dos principios importantes en la teoría general de los derechos humanos: el principio de progresividad y el de no regresividad.⁴⁷ Tradicionalmente se ha considerado que los derechos económicos, sociales y culturales eran de desarrollo progresivo y que solo los derechos civiles eran de cumplimiento inmediato. Lo cierto es que todos los derechos humanos tienen dimensiones de cumplimiento inmediato y dimensiones de progresividad. Por ejemplo, nadie negará que la prohibición de la tortura es de cumplimiento inmediato pero que, al mismo tiempo, requiere de progresividad en su aplicación, conforme avanza la ciencia y la técnica, así como la sensibilidad social de la humanidad; la inviolabilidad de la correspondencia comprendía, en el pasado, la de la comunicación escrita, luego se extendió a la telefónica y ahora comprende a la que se realiza por medios electrónicos; de igual modo, el derecho a la libertad y el secreto del voto es de cumplimiento inmediato siempre, pero uno es el alcance cuando se emplea medios puramente mecánicos, y otro cuando se consideran medios electrónicos, que implicaría progresión hacia el perfeccionamiento de los instrumentos para emitir y registrar el voto; el derecho a la salud es de cumplimiento inmediato, pero de cumplimiento progresivo conforme las enfermedades aparecen o se extienden y la ciencia médica avanza en la prevención o tratamiento de ellas.

La Constitución de Bolivia reconoce que los derechos son progresivos (Art. 13.I); la de Colombia reconoce la progresividad solo en dos derechos (seguridad social, Art. 48; acceso a la propiedad de la tierra, Art. 64); la de Perú reconoce la progresividad solo en la seguridad social (Art. 10); la de Venezuela establece que el Estado garantiza a las personas los derechos de acuerdo al principio de progresividad (Art. 19).

Progresividad	Bolivia	Colombia	Ecuador 98	Ecuador 08	Perú	Venezuela
Todo derecho	X			X		X
Algunos derechos		Seguridad social y acceso a la propiedad			Seguridad social	
Ningún derecho			X			

⁴⁷ Constitución del 2008, artículo 11 (8)

2.11. La prohibición de regresividad.

El complemento más importante del principio de progresividad es la prohibición de regresividad que proscribe desandar lo avanzado en las condiciones establecidas para el goce efectivo de los derechos. Al respecto se establece que: "será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de derechos".⁴⁸ La regresividad está prohibida y solo podrá ser admisible si existe estricto escrutinio de sus causas y consecuencias. O sea, si se justifica adecuadamente, se podría admitir una regresión, en forma excepcional y por tiempo determinado, en el goce de derechos. De este modo, las políticas públicas y los servicios que permiten el goce de los derechos, como la inversión en educación o salud, o los establecimientos para proveerlas no pueden disminuir en cuanto a montos o coberturas, ni privar a quienes gozan de ellos. Si esto sucede, existiría una violación a menos que el gobierno justifique adecuadamente las causas y éstas sean razonablemente aceptables. Se garantiza así la continuidad en las políticas y los servicios sin distinguir si se trata de un gobierno u otro, con una ideología determinada o la opuesta.⁴⁹

Sobre la no regresividad, la Constitución de Bolivia, Colombia, Perú y Venezuela no tienen referencia alguna.

⁴⁸ *Ibidem.*, 11(8), inciso segundo.

⁴⁹ Sobre la doctrina y jurisprudencia más actualizada sobre la prohibición de regresividad véase Christian Courtis, *Ni un paso atrás*, Buenos Aires, Editorial del Puerto, 2006.

2.12. La responsabilidad del estado.

El último principio tiene referencia con la responsabilidad del estado. Se señala en la Constitución: (1) el más alto deber del estado, (2) la responsabilidad objetiva, (3) la repetición, (4) responsabilidad por violación a la tutela efectiva.⁵⁰

(1) El estado absoluto tenía como el más alto deber cumplir con la voluntad de la autoridad soberana; el estado liberal tenía como más alto deber cumplir la ley; en el estado constitucional, en cambio, "el más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución".⁵¹ Los otros fines del estado son secundarios frente a éste y deben entenderse funcionalizados a su cumplimiento. Por ejemplo, la defensa de la soberanía del Estado⁵² tiene sentido en cuanto se defiende un Estado que protege y garantiza los derechos de la gente; no tienen sentido la defensa de un Estado por el Estado, por el orden público, por seguridad nacional o, en general, por cualquier fin de carácter abstracto desvinculado de las personas.⁵³

La Constitución reproduce la forma tradicional de los tratados internacionales de derechos humanos de establecer las obligaciones generales frente a los derechos: respetar y hacer respetar. "Respetar" implica obligaciones de abstención frente a las manifestaciones positivas del ejercicio de los derechos; por ejemplo, cuando alguien está ejerciendo la libertad de movimiento, ningún agente de estado puede detenerlo; otro ejemplo, cuando una persona ejerce su derecho a la salud a través de un régimen homeopático, el Estado no puede imponer medicamentos. "Hacer respetar", en cambio, implica obligaciones de hacer u obligaciones positivas. Esta obligación puede tener dos manifestaciones. La una es tomar medidas, tales como elaborar una política pública, un programa de capacitación, expedir una ley, construir una escuela, o ejecutar un plan de vacunación. La otra es impedir que terceros, con sus acciones u omisiones, provoquen violaciones a los derechos, y esto tiene que ver con tener un aparato de justicia eficiente que resuelva conflictos horizontales (delitos, deudas, contratos incumplidos, violencia intrafamiliar). Estas obligaciones se reiteran cuando la Constitución trata el tema de la reparación en la acción de protección de derechos:

⁵⁰ Constitución del 2008, artículo 11(9).

⁵¹ *Ibidem.*, artículo 11 (9), primer inciso.

⁵² *Ibidem.*, artículo 3 (2).

⁵³ Sobre este tema y el debate sobre la legitimidad del Estado para hacer una guerra y de las personas para involucrarse en ella, véase Michael Walzer, "La ley y el orden en la sociedad internacional", *Guerras justas e injustas*, 3 ed., Paidós, 1997, pp. 89-116.

el juez o jueza tiene la obligación de "especificar e individualizar las obligaciones, positivas y negativas [...]".⁵⁴ Se incumplen las obligaciones de respeto cuando el estado realiza acciones y de "hacer respetar" cuando el estado omite actuar. En el primer caso cuando, por ejemplo, discrimina o tortura; en el segundo caso, cuando incumple un mandato claro y expreso del tipo "el Estado generará las condiciones de protección integral a sus habitantes a lo largo de sus vidas [...]".⁵⁵

(2) La responsabilidad objetiva es propia de los derechos humanos por oposición a la responsabilidad subjetiva del derecho civil. En la responsabilidad objetiva responde el Estado cuando existe un daño sin más; en la subjetiva responde una persona y tiene que demostrarse que existe culpa o dolo. La formulación "El Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos [...]"⁵⁶ expresa la responsabilidad objetiva. Aún cuando no aparezca expresamente el enunciado sobre la responsabilidad objetiva, sería un gran error interpretar y aplicar categorías del derecho privado en la institucionalidad de los derechos. La responsabilidad objetiva también la encontramos en el derecho ambiental: producido un daño ambiental, hay que repararlo, aún cuando el daño se produjo por negligencia o culpa.

(3) ¿Tiene sentido que una persona pague, a través de sus impuestos, por la reparación material que realiza el Estado cuando ha sido condenado por torturar? Si bien el Estado, por la responsabilidad objetiva, responde ante la víctima prescindiendo de la identificación y del grado de responsabilidad de los agentes del Estado, no es menos cierto que tiene la obligación de repetir. "Repetir" quiere decir que tiene la obligación de investigar y sancionar a los agentes del Estado que provocaron la violación de derechos, de tal forma que el responsable individual pague lo que el Estado hizo a su nombre. La víctima de violación de derechos reclama al Estado y no al agente. Cuando el Estado es condenado tiene la obligación de reclamar al agente. En el derecho internacional de los derechos humanos cuando un Estado es sancionado expresamente se determina en la sentencia que debe investigar y sancionar a quienes provocaron la violación y la subsiguiente responsabilidad del Estado.

(4) Finalmente, la Constitución dedica especial atención a las violaciones relacionadas con el derecho a la tutela efectiva. La tutela efectiva puede ser considerada como un sinónimo de protección efectiva de los derechos. Si una

⁵⁴ Constitución del 2008, artículo 86(3).

⁵⁵ *Ibidem.*, artículo 341.

⁵⁶ *Ibidem.*, artículo 11(9), inciso segundo.

persona ha sufrido la violación de un derecho, el Estado tiene la obligación de ofrecer un recurso sencillo, rápido y eficaz. El Estado le hace el daño y le tiene que ofrecer un mecanismo adecuado para repararlo. La Constitución ejemplifica algunas violaciones que puede provocar el uso de esta herramienta privilegiada de protección: detención arbitraria, error judicial, retardo injustificado, inadecuada administración de justicia, violaciones de los principios y reglas del debido proceso, revocación de sentencia condenatoria y, en general, violación a la tutela judicial efectiva.⁵⁷

En el constitucionalismo andino, la obligación de respetar derechos se encuentra dentro del articulado que establece otras obligaciones en Bolivia (Art. 9(4)), Colombia (Art. 2), Perú (Art. 74) y Venezuela (Art. 3); la responsabilidad objetiva se desprende de los textos normativos de todas las constituciones; la obligación de repetir contra el funcionario o funcionaria público que vulneró los derechos lo tienen Bolivia (Art. 116(2)) y Colombia (Art. 90).

Responsabilidad Estado y derechos	Bolivia	Colombia	Ecuador 98	Ecuador 08	Perú	Venezuela
Objetiva tácita	X	X	X	X	X	X
Repetición	X	X	X	X		
Máximo deber del estado			X	X		
Deber DDHH entre otros	X	X			X	X

3. Conclusiones.

(1) Los principios son normas jurídicas, propias del constitucionalismo contemporáneo, que se caracterizan por su ambigüedad y amplitud en su aplicación, imprescindibles para colmar las lagunas jurídicas y para solucionar las contradicciones que se manifiestan en el sistema jurídico. El introducir un capítulo de principios generales para comprender y aplicar todos los derechos reconocidos en la Constitución del 2008 es, sin duda, importante. La Constitución

⁵⁷ *Ibidem.*, artículo 11(9), último inciso.

de 1998 lo incorporó a su texto, y la Constitución del 2008 lo perfeccionó, al ampliar los principios y sus contenidos.

(2) Ecuador, en términos generales, se encuentra en la vanguardia constitucional, comparando con los textos constitucionales de la región andina. La Constitución del 2008 recoge principios que han sido ampliamente reconocidos por la doctrina y por los instrumentos internacionales de derechos humanos. Por la parte dogmática de la Constitución, y sus vínculos con la parte orgánica, esta Constitución se la podría calificar como garantista. El modelo de Estado proclama un catálogo de derechos ambicioso, tiene garantías para alterar la realidad y tiene un Estado con fines claros en tanto su fin es realizar y proteger derechos.

(3) Nos encontramos ante una paradoja de legitimación del Estado. En un país como el Ecuador, la Constitución, sus principios y derechos no van a transformar automáticamente la realidad. La aplicación de la Constitución requiere de múltiples condiciones, entre otras: el texto constitucional sustancial, la cultura legal, el compromiso de la gente dentro del Estado, la participación ciudadana. Aún, en la hipótesis más favorable, con todas las condiciones y hasta con los recursos económicos, el cumplimiento de los principios y derechos serán incompletos. Mientras más derechos, más posibilidades de tener un Estado y una sociedad que los incumpla. ¿Es esto un error histórico o una falsa promesa? ¿Los derechos son siempre papel mojado o letra muerta? Para responder estas preguntas, conviene hacer un breve análisis en perspectiva histórica.

Los regímenes autoritarios y despóticos no tienen problemas de legitimidad entre el sistema jurídico que implantan y su ejecución. El *anciane régime* no tenía contradicciones: se cumplía lo que se regulaba. En los regímenes liberales, que introducen pocos derechos y pocas garantías, en cambio, tengo un sistema jurídico que puede ser ilegítimo por permitir contradicciones, pero éstas son corregibles y eliminables. Pero en el sistema constitucional, las diferencias son permanentes e insalvables, y el sistema jurídico no deja de tener anomias y antinomias. En el régimen autoritario no hay conflictos, porque se los resuelve con la fuerza; en el régimen liberal, hay conflictos pero se los resuelve con la ley, la educación, el sistema. En el régimen constitucional, el sistema siempre está en conflicto, pero tiene los mecanismos para aminorarlos o combatirlos.

El hecho, por tanto, de tener principios y derechos lo que hace, en el fondo, es dar más herramientas para lograr una vida digna, en la que se realice y potencie el buen vivir.

4. Bibliografía.

- Alexy, Robert, "Derechos fundamentales y estado constitucional democrático", en Miguel Carbonell, *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003.
- Alexy, Robert, "El derecho general de libertad", en *Teoría de los derechos fundamentales*, España, Centro de Estudios
- Constitucionales, 1997.
- Ávila Santamaría, Ramiro, "¿Pueden los jueces penales inobservar el Código Penal?", en *Revista Foro* N. 8, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, 2008.
- Courtis, Christian, *Ni un paso atrás*, Buenos Aires, Editorial del Puerto, 2006.
- Facio, Alda, "La Carta Magna de las mujeres", en *Memorias del Diplomado en Derechos Humanos*, Quito, PUCE, 2003.
- Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón, teoría del garantismo penal*, Séptima edición, Madrid, Trotta, 2005.
- Fukuyama, Francis, "La dignidad", en *El fin del hombre/el último hombre*, Punto de lectura, 2003.
- Peces-Barba Martínez, Gregorio, "La universalidad de los derechos humanos", en *Doxa* 15-16, España, 1994.
- Santos, Boaventura de Sousa, *La caída del angelus novus: ensayos para una nueva teoría social*, Bogotá, ILSA, 2003.
- Steiner, Henry y Alston, Philip, *International Human Rightst in context, Law Politics and Morals*, Second Edition, Oxford University Press, 2000.
- Trujillo, Julio César y Ávila Santamaría, Ramiro, "Los derechos en el proyecto de Constitución", en ILDIS, *Análisis nueva Constitución, Revista la Tendencia*, Quito, 2008.
- Villán Durán, Carlos, *Curso de Derecho Interncional de los Derechos Humanos*, Madrid, Trotta, 2002.
- Walzer, Michael, "La ley y el orden en la sociedad internacional", *Guerras justas e injustas*, 3 ed., Paidós, 1997.

Normativa.

- Constitución de la República del Ecuador de 2008.
- Constitución Política de la República del Ecuador de 1998.

- Constitución de la República de Bolivia.
- Constitución de la República de Colombia.
- Constitución Política de la República del Perú.
- Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.
- Convención Americana de Derechos Humanos
- Convención contra todas las formas de discriminación contra la Mujer (CEDAW).

Jurisprudencia Internacional.

- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva N. 8.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva N. 9.

Otros Instrumentos Internacionales

- Asamblea General de las Naciones Unidas, Conferencia Mundial de Derechos Humanos (1993), Declaración y Programa de Acción de Viena.

El Cambio de Cultura Jurídica en la Interpretación Constitucional.

Jhoel Escudero Soliz

SUMARIO

1. Introducción. 2. El Cambio del Estado de Derecho y la Proyección del Estado Constitucional en el Ecuador. 3. La Supremacía Constitucional en el Derecho Comparado. 3.1. España. 3.2. Colombia. 3.3. Costa Rica. 3.4. Perú. 3.5. Ecuador. 4. Fuentes del Derecho Constitucional. 5. Interpretación Constitucional. 5.1. Bloque de Constitucionalidad. 5.2. Ponderación. 5.3. Integralidad o Unidad Constitucional. 5.4. Principio de Progresividad. 5.5. Juicio de Razonabilidad. 5.6. Criterio Histórico. 5.7. Criterio Teleológico Finalista. 6. Principios Generales de los Procesos Constitucionales. 6.1. Impulso de Oficio. 6.2. Carga Argumentativa. 7. Sentencias Constitucionales. 7.1. Partes de las Sentencias Constitucionales por la Forma. 7.2. Votos Salvados y Aclaraciones de las Sentencias. 7.3. Sentencias por el Fondo. 7.4. Decisiones Manipulativas o Normativas. 7.5. Motivaciones de las Sentencias. 8. El Precedente Constitucional. 8.1. La Obligatoriedad del Precedente. 8.2. Alejamiento del Precedente. 8.3. La Disanalogía. 8.4. Distinción entre Ratio Decidendi y Obiter Dicta. 8.5. Progresividad de la Jurisprudencia. 9. Conclusiones. 10. Bibliografía

1. Introducción.

La investigación se desarrolla considerando la legislación, jurisprudencia y doctrina que ha influido en el constitucionalismo de Colombia, Costa Rica, España y Perú. A través de la comparación de las Constituciones, las normas y la jurisprudencia de los países referidos, se recogen las similitudes encontradas en el modelo jurídico expuesto en la Constitución ecuatoriana vigente. El objetivo de identificar los avances del derecho comparado es informar a operadores judiciales y profesionales del derecho el adecuado uso e implementación de mecanismos, técnicas y herramientas de interpretación constitucional para su perfeccionamiento. Igualmente, se exponen los principios generales de los procesos constitucionales, que en los lineamientos generales serían los que se deben tener en cuenta para ejercer la defensa y como un instrumento para los jueces en relación al camino que se debe seguir en los procesos.

Cabe hacer referencia al proceso de cambio del pasado Estado Social de Derecho reconocido en el artículo 1 de la Constitución de 1998 y el Estado Constitucional de Derechos y Justicia Social establecido en la Constitución vigente. Es importante señalar que en 1998 no se desarrolló ni se profundizó la fórmula reconocida como Estado Social, sino se ubica un débil y tímido adelanto de los derechos sociales y colectivos, es decir sólo fue un reconocimiento formal y no sustancial. Así, se pone de relieve el mantenimiento de un Estado Liberal o Estado de Derecho. Este hecho forma parte del uso de restringidos métodos de interpretación de las leyes que son insuficientes en un modelo constitucional, social y de derechos que requiere ser ampliado.

2. El cambio del Estado de Derecho y la proyección del Estado Constitucional en el Ecuador.

La tradición jurídica ecuatoriana consiste, por un lado, en la primacía de la ley o la aplicación de un legalismo estricto y, por otro, en el limitado desarrollo del derecho constitucional. Estas circunstancias *¿formarán parte del pasado?* En relación con ésta pregunta, habrá que hacer referencia a la cultura jurídica ecuatoriana, en donde se deberá marcar un profundo cambio, y con él, proyectar un salto cualitativo en materia de interpretación; propiciando el cambio de la interpretación de la estricta legalidad a una amplia y profunda interpretación constitucional. La finalidad es formar un amplio margen de interpretación y transformación de la cultura jurídica.

Para tal propósito, es necesario resaltar el significado del cambio o en qué consiste el pasar de un modelo de Estado de Derecho al Estado Constitucional de Derechos y Justicia Social. El primero, de forma general y conjunta, se caracteriza porque el principio de legalidad se encuentra sobre el principio de constitucionalidad, lo cual es parte de la teoría clásica del derecho, según Gustavo Zagrebelsky, quien ubica al "principio de legalidad [...] como la hegemonía de la burguesía que se expresa en las cámaras de representantes y el retroceso del ejecutivo y de los jueces, que por ser poderes autónomos pasan a estar subordinados a la ley".¹ En este modelo de Estado, la legalidad es el concepto del positivismo. La ley sirve para establecer límites y poner orden, jurídicamente la ley lo puede todo.

¹ Gustavo Zagrebelsky, *El Derecho Dúctil. Ley, Derechos, Justicia*, Traducción de Marina Gascón, Madrid, editorial Trotta, 1 ed., 1995, 2 ed., 1997, p. 30.

Para Habermas, quien suscribe la defensa del Estado de Derecho, el orden está determinado por la validez de la ley. Afirma que las reglas son las que rigen las sociedades, por tanto, es deber de todos respetar las decisiones de las mayorías legítimamente representadas en el sistema legislativo, ya que los derechos son creados y se ajustan a ciertos tipos de *praxis*.² En el mismo sentido, Hans Kelsen establece que las normas dependen de su validez, es decir, deben pasar por un proceso legislativo y de sanción del ejecutivo. De esta manera, las reglas son directamente aplicables, pero los principios constitucionales no pueden ser directamente exigidos sino a través de normas secundarias que interpreten los derechos contenidos en la Constitución, a lo que se conoce como un constitucionalismo clásico o débil, que es parte del derecho constitucional ecuatoriano, ya que los derechos reconocidos en la Constitución de 1998 mantenían cierta complejidad para su aplicación o descenso a la exigibilidad social directa, lo cual permite considerar a las constituciones como programas declarativas de derechos de una manera formal, volviendo un reto el reconocimiento sustancial de estos.

A tal efecto, el Tribunal Constitucional servía como medio o arbitro del sistema político caracterizado por la división de poderes y el sistema de pesos y contrapesos (se regula sólo el sistema político, pero no soluciona el conflicto social). En relación con los derechos constitucionales, éstos marcan una clara división entre los Derechos Civiles y Políticos (DCP) los cuales son exigibles, no así los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC), que son considerados programas políticos, por tanto, no pueden en este contexto ser pretendidos. Es así, que el principio de la seguridad jurídica, según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, se expresa de la siguiente forma:

"La Carta Política Ecuatoriana [de 1998], en el numeral 26 del artículo 23, la seguridad jurídica es el elemento esencial y patrimonio común de la cultura del Estado de Derecho; implica la convivencia jurídicamente ordenada, la certeza sobre el derecho escrito y vigente, el reconocimiento y la previsión de la situación jurídica. Es la confiabilidad en el orden jurídico, la que garantiza la sujeción de todos los poderes del Estado a la ley y aplicación uniforme de la misma, la constancia, precisión y previsibilidad del derecho como protección de la confianza. Es decir, que la Constitución garantiza la seguridad jurídica a través de algunas concreciones como: el principio de la legalidad: no hay pena

² Jürgen Habermas, Ronald Dworkin y otros, *La Política y el Derecho, ¿Se Opone la Democracia y el Constitucionalismo?*, Revista No. 4, Estudios Sobre el Estado y la Sociedad, Octubre de 1998, p. 18.

sin ley; la publicidad de las normas; la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales; la responsabilidad de la arbitrariedad de los poderes públicos; la fuerza de cosa juzgada de las sentencias judiciales: las resoluciones que emanen de ellas sean posibles de cumplir y no algo imposible; el debido proceso, la igualdad ante la ley, que equivale a tratar de la misma manera hechos iguales."³

En el Estado de Derecho es indispensable la sujeción del orden y la seguridad jurídica a la ley, por tanto, es necesario que el Estado actúe dentro de los parámetros de la ley. Este principio se considera como un límite al poder.

En el segundo modelo, el Estado Social o Constitucional de Derechos y Justicia Social, que según la Constitución vigente en su artículo 1 identifica al modelo jurídico político ecuatoriano en sentido amplio, constituye una democracia constitucional y conforme a lo defendido por Dworkin: "no hay una estructura constitucional compatible con la democracia, sino una protección del amplio espectro de los Derechos Humanos que se asocian con el constitucionalismo, que van más allá de lo que realmente es necesario para una democracia".⁴

Es así, que los principios reconocidos en la Constitución deben ser considerados como guías argumentativas y derechos exigibles directamente por los particulares y las sociedades. Se considera a la división de derechos, tales como los de primera, segunda y tercera generación, como parte de la historia y del Estado Liberal de Derecho, ahora en el nuevo modelo se tornan todos los derechos contenidos en la Constitución directamente exigibles, sin la estricta necesidad que exista entre ellos normas secundarias, conforme el artículo 11(3) Constitución de la República del Ecuador. Igualmente, en relación con los derechos desarrollados en el sistema internacional de protección Derechos Humanos, al asociarse con el constitucionalismo, deberían ser aplicables al interior de los estados a través del principio identificado como bloque de constitucionalidad, que según Héctor Fix-Zamudio dice: "Los complejos problemas que

³ Tribunal Constitucional Ecuatoriano, resoluciones 835-2003 TC y 00118-98 TC. "La resolución No. 148-29-CP de 13 de Julio de 1992, con la que el **Tribunal Constitucional** no está de acuerdo, pero que tiene plena validez, porque fue aprobada por órgano competente y tiene el valor de *Cosa Juzgada* y que por tanto el Tribunal no puede, sobre esa misma materia emitir pronuncia-miento, nótese que respetando la validez de dicha resolución". A fin de que se forme la seguridad jurídica y se confié en la justicia ecuatoriana".

⁴ Jürgen Habermas, Ronal Dworkin y otros, *La Política y el Derecho, ¿Se Opone la Democracia y el Constitucionalismo?*, op. cit., p. 11

se presentan en las relaciones entre los tribunales nacionales y supranacionales sólo podrán resolverse gracias al esfuerzo conjunto de los cultivadores de los derechos, internacional, constitucional y procesal, que hasta hace poco tiempo se encontraban relativamente aislados".⁵ Al generarse la posibilidad de aplicar los derechos desarrollados en el sistema internacional de protección de los Derechos Humanos, a través de la justicia constitucional a cargo de la Corte Constitucional, se amplía la visión del ordenamiento jurídico destinado a la protección de los derechos subjetivos y al control de las normas en general. A continuación, se identificarán en los países de la referencia las normas que posibilitan a los Tribunales y Cortes Constitucionales garantizar la supremacía constitucional y el cambio de fórmula jurídica, del legalismo al constitucionalismo.

3. La supremacía constitucional en el Derecho Comparado.

A través del derecho comparado, es necesario analizar otras latitudes espaciales de derecho para identificar cuál ha sido la expresión textual de las normas que revolucionaron el sistema estatal en relación con los mandatos que incorporaron la fórmula del constitucionalismo, que relegó la tradicional primacía de la ley. A su vez, la transformación incluye la modificación de los deberes estatales y la incorporación de nuevas instituciones constitucionales. Cabe indicar que este principio se encuentra identificado como "*supremacía constitucional*".

3.1. España.

Las funciones atribuidas al Tribunal Constitucional por la Constitución, se desarrollan de forma precisa en la Ley Orgánica de Control Constitucional. La institución busca regular de acuerdo con el mandato de su artículo 165: "*la protección de la supremacía constitucional, y la consiguiente depuración del ordenamiento de las normas contrarias a los mandatos constitucionales, se complementan con la protección de derechos fundamentales, así como la resolución de conflictos territoriales*".⁶

⁵ Zamudio Héctor, citado, por: César Moyano Bonilla, "Soberanía y Derechos Humanos", Libro en homenaje de Hector Zamudio, *La Corte Interamericana de los Derechos Humanos, Un Cuarto de Siglo*, San José de Costa Rica, ed., 1, Vol. II CIDH, 2005, p. 1123.

⁶ Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de España, Preámbulo.

3.2. Colombia.

La Corte Constitucional ejerce su control en los estrictos y precisos términos del artículo 241 de la Constitución de Colombia. "La función de esta Corte es preservar la supremacía e integridad de la Constitución, por lo cual, cuando existen dudas sobre el alcance de una de las competencias consagradas en el artículo 241 superior, es natural que se prefiera a aquella interpretación que mejor permita la guarda de la supremacía de la Carta."⁷

3.3. Costa Rica.

Conforme la Ley de Justicia Constitucional, se prevé la supremacía de la Constitución en los términos del artículo 1: "La presente ley tiene como fin regular la jurisdicción constitucional, cuyo objeto es garantizar la supremacía de las normas y principios constitucionales y del Derecho Internacional o Comunitario vigente en la República, su uniforme interpretación y aplicación, así como los derechos y libertades fundamentales consagrados en la Constitución o en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos vigentes en Costa Rica".

3.4. Perú.

El Código de Procesos Constitucionales, dictado mediante Ley No. 28237, garantiza la supremacía en los siguientes términos "Artículo II.- Fines de los Procesos Constitucionales, son fines esenciales de los procesos constitucionales garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales."

3.5. Ecuador.

El principio que rige la supremacía del Estado Constitucional constituye una garantía y un deber. Es así, que todos los poderes del Estado y los particulares deben someterse a los principios constitucionales. Sin embargo, este debe ser protegido y desarrollado por la Corte Constitucional, así como lo señala su artículo 424:

⁷ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C400-98.

"La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica.

La Constitución y los tratados internacionales de Derechos Humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público."

Las normas contenidas en los artículos 429 de la Constitución vigente, describen cuales son los objetivos y finalidades de la justicia constitucional, que en esencia es garantizar todos los derechos reconocidos en la Constitución en dos aspectos. En primer lugar, con relación al control difuso de constitucionalidad, derechos fundamentales caracterizados por constituir límites expresos al poder y no poseer un carácter universal, así como los Derechos Humanos, caracterizados por su universalidad. Ellos, según este artículo, pueden ser exigidos de forma individual o colectiva. Además, la revisión de sentencias de la administración de justicia ordinaria,⁸ propiciando un debate entre la Corte Nacional y la Corte Constitucional; la primera en defensa de la cosa juzgada y seguridad jurídica (resguardo de la legalidad); y, la segunda justifica su intervención, con la finalidad de generar un orden jurídico coherente con las normas constitucionales inspiradas en los valores de la justicia y dignidad de los seres humanos. Considera que la cosa juzgada debe ser complementaria a los derechos de la justicia y la seguridad jurídica, expresada en la certidumbre de las decisiones judiciales, que tienen por finalidad la seguridad social.

El segundo lugar, el control concreto de constitucionalidad de los actos del poder público, como el control de las leyes, se expresarán mediante: las acciones públicas de inconstitucionalidad, por el fondo o por la forma, por omisión, de oficio y dirimir conflictos de competencia.⁹ Igualmente, la atribución de emitir dictámenes previos y automáticos de constitucionalidad sobre los tratados internacionales,¹⁰ los decretos de estados de excepción,¹¹ sobre la

⁸ Constitución de la República del Ecuador, Artículos 94 y 437, Publicada en Registro Oficial No.- 449-2008 de 20 de Octubre de 2009.

⁹ Constitución de la República del Ecuador, Artículo 436.

¹⁰ Constitución de la República del Ecuador, Artículo 438.

¹¹ Constitución de la República del Ecuador, Artículo 166.

decisión de disolver la asamblea y de resolver sobre el abandono del cargo del presidente.¹² Este conjunto de atribuciones profundizan el debate entre "*derechos y democracia*", pues se considera que la Corte Constitucional es un órgano de democracia indi-recta que busca ejercer control sobre los poderes del Estado de democracia directa. En este contexto, se advierte que la Corte debe intervenir de forma muy exacta a fin de evitar un desgaste prematuro. A la Corte Constitucional le corresponde establecer la eficacia de los derechos establecidos en la Constitución, pues este mandato se vincula con la necesaria relación de que todos los actos del poder público y de las personas en general, deben respetar y seguir la senda de los principios constitucionales.

Conocemos de las críticas a los jueces debido a la pobre argumentación en sus fallos, lo cual vislumbra su poca capacidad técnica para identificar los métodos de interpretación constitucional. Cabe señalar, que en este trabajo se busca informar el desarrollo del derecho en estos temas para que se apunte a una mejor administración de justicia en el Ecuador. En primer lugar, identificaremos las fuentes del Derecho Constitucional.

4. Fuentes del Derecho Constitucional.

Con el objetivo de dotar de instrumentos claramente identificados para el derecho constitucional, se reconoce como fuentes a las siguientes: la Constitución, los instrumentos internacionales de Derechos Humanos,¹³ la jurisprudencia, sentencias y dictámenes de la Corte Constitucional¹⁴ y de los órganos internacionales de Derechos Humanos que el Ecuador haya aceptado su competencia. Además, se consideran complementarias la ley, la doctrina y demás derechos que se deriven de la dignidad del ser humano, los precedentes de la Corte Constitucional y de los órganos contenciosos de Derechos Humanos tendrán fuerza obligatoria.¹⁵

Cabe destacar el desarrollo del derecho constitucional de Colombia y Perú, países que incorporan las fuentes del derecho identificadas en el párrafo

¹² Constitución de la República del Ecuador, Artículos 436 y 438. Así como las que constan en el Artículo 129 (dictamen previo de admisibilidad, para juicio político) y 148 (Dictamen favorable de la Corte para disolver la Asamblea).

¹³ Constitución de la República del Ecuador, Artículo 11(3).

¹⁴ Constitución de la República del Ecuador, Artículo 436(6).

¹⁵ Ramiro Ávila, Ramiro Rivadeneira y Jhoel Escudero debate sobre la Justicia Constitucional, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito-Ecuador 2008.

anterior en sus resoluciones. Así por ejemplo, en Colombia existe un amplio desarrollo e interacción de los principios universales del Derecho Internacional Humanitario y de los Derechos Humanos, ya que, de manera pormenorizada, la Corte Constitucional cita jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia, la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, los informes sobre la situación de los Derechos Humanos en la Región Latinoamericana emitidos por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.¹⁶ Igualmente, el Tribunal Constitucional de Perú, en casos de suma complejidad, para incorporar esas nuevas normas en sus sentencias, desarrolló el concepto de derechos constitucionales implícitos,¹⁷ el cual admite que sea posible incorporar principios de los derechos internacionales de Derechos Humanos que no forman parte de su Constitución. En los tribunales referidos es usual observar que la argumentación se sustenta en la doctrina más relevante sobre protección de Derechos Humanos y constitucionales.

Esta es la lógica que se pretende introducir en la justicia constitucional ecuatoriana, es decir, una nueva forma de sustentar los fallos, así como la modificación de la cultura jurídica incluye que las peticiones de los particulares y colectivos se sustenten con la argumentación interdisciplinaria y tomen en cuenta los derechos desarrollados en el sistema internacional de protección de los Derechos Humanos. La finalidad es fortalecer la argumentación jurídica para la adecuada exigibilidad de los derechos y el control de las normas en general. Así, las garantías constitucionales servirán, para consolidar una verdadera democracia, en la que transversalmente, los principios constitucionales puedan ser aplicables directamente por las personas, colectivo e instituciones. Estas garantías efectivamente constituyen límites precisos al poder, desde los individuos, así como desde los poderes del Estado, siempre y cuando estos se encuentren inaplicando los principios constitucionales.

5. Interpretación constitucional.

Cualquier actividad interpretativa supone el planteamiento y el consiguiente intento de dar repuesta a un triple problema: (1) el uso de los medios a través de los cuales se va a llevar a cabo la interpretación y de los presupuestos que sirven

¹⁶ Corte Constitucional de Colombia, Sentencias T1319-2001 y C5878-2002

¹⁷ El Tribunal Constitucional de Perú, Sentencia 2488-2002-HC/TC.

de punto de partida, (2) la gravitación de esos presupuestos sobre su desarrollo y, (3) la fusión perseguida con la interpretación. Ahora bien, cuando los hechos son diversos frente a un mismo principio, estas tres distintas categorías interpretativas se aplican de forma diferentes. Es así, que su función se relaciona con el interés prioritario de los enfoques del denominado *uso alternativo del derecho*,¹⁸ la hermenéutica hace hincapié en los presupuestos que la acompañan, como es el caso de los criterios de interpretación; al tiempo que la tópica sitúa su centro en los medios que sirven de soporte a la actividad interpretativa.

El desarrollo de una hermenéutica sobre los métodos correctos para interpretar textos es una cuestión nacida en la modernidad. Sólo hasta los siglos XVIII y XIX se empezó a hablar de manera sistemática de una hermenéutica crítica por contraste con la simple exégesis o comentario de los textos: "No se hablaba entonces de 'problema hermenéutico', considerado en sí, sino más bien de '*ars interpretandi*', de '*sensus scripturae*', de '*regulae interpretationis*' o simplemente de exégesis".¹⁹ El nacimiento de esta hermenéutica crítica se dio paralelamente en la teología, la filosofía, el arte y el derecho.²⁰ En este campo, específicamente, Carlos Federico de Savigny adoptó gran parte de los logros alcanzados en otras áreas de la cultura a la hermenéutica del derecho. Para él, "[...] la interpretación es un arte que se aprende por el estudio de los grandes modelos que la antigüedad y los tiempos modernos ofrecen en abundancia, al contrario de lo que sucede con la teoría de este arte, respecto a la cual, por circunstancias accidentales, nos encontramos sumamente pobres".²¹ Dada la pobreza de la teoría hermenéutica en derecho, Savigny busca sistematizar lo aprendido de la observación cuidadosa de cómo interpretaban, en concreto, los grandes juristas antiguos y modernos. Con fundamento en estas observaciones,

¹⁸ Cfr., Antonio Enrique Pérez Luño, *Derechos Humanos Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, Ed., Tecnos, 6ta edición 1999, p. 260.

¹⁹ René Marle, *El problema teológico de la Hermenéutica*, Madrid, Razón y Fé, 1965, p. 14. Citado por Diego Eduardo López Medina, *Interpretación Constitucional*, Bogotá, Escuela de Juristas Rodrigo Lara Bonilla, 2da., Edición, p. 19

²⁰ Para Savigny "la interpretación de la ley en nada difiere de la interpretación de cualquier otro tipo de pensamiento expresado por el lenguaje, como por ejemplo, la de que se ocupa la filología".

²¹ Carlos F. Von Savigny, Sistema de derecho romano actual, párr. 33, en Diego Eduardo López Medina, *Interpretación Constitucional*, Bogotá, Escuela de Juristas Rodrigo Lara Bonilla, 2da., Edición, p. 20.

Savigny se propone pasar del arte (basado en la observación) a una teoría de la interpretación (basada en la sistematización de lo observado).

La teoría de la interpretación del derecho, al igual que en muchos países fue el método de interpretación para todas las ramas del mismo, pues, la interpretación no es otra cosa que un método abstracto en el que se condensaban las enseñanzas obtenidas de la práctica o "arte de la interpretación". Por esta razón, puede decirse que con Savigny y otros autores alemanes de la primera mitad del siglo XIX, nace la teoría general de interpretación del derecho que ha dominado desde entonces de manera tan prevalente en Europa y su esfera de influencia. Esta teoría general sería incorporada a los nacientes derechos patrios de América Latina, por vía de la consagración que recibió en el Código de don Andrés Bello. Las normas de Bello sobre interpretación provenían, a su vez, de la positivización que hizo el Código Civil.²²

La teoría de Savigny postulaba, en líneas generales, que la interpretación de la *ley* se descomponía en cuatro elementos constitutivos: el gramatical, el lógico, el histórico y el sistemático. La explicación de los elementos la hace así Savigny:

"El elemento gramatical de la interpretación tiene por objeto las palabras de que el legislador se sirve para comunicarnos su pensamiento; es decir, el lenguaje de las leyes. El elemento lógico, la descomposición del pensamiento o las relaciones lógicas que unen a sus diferentes partes. El histórico tiene por objeto el estado del derecho existente sobre la materia, en la época en que la ley ha sido dada; determina el modo de acción de la ley y el cambio por ella introducido, que es precisamente lo que el elemento histórico debe esclarecer. Por último, el elemento sistemático tiene por objeto el lazo íntimo que une las instituciones y reglas del derecho en el seno de una vasta unidad. El legislador tenía ante sus ojos tanto este conjunto como los hechos históricos y, por consiguiente, para apreciar por completo su pensamiento, es necesario que nos expliquemos claramente la acción ejercida por la ley sobre el sistema general del derecho y el lugar que aquella ocupa en este sistema[...]."²³

Por su parte, los civilistas franceses desarrollaron una forma de interpretación excesivamente literalista,²⁴ también conocida como *escuela de la*

²² Diego Eduardo López Medina, *Interpretación Constitucional*, Bogotá, Escuela de Juristas Rodrigo Lara Bonilla, Bogotá, 2da., Edición, p. 20.

²³ Diego Eduardo López Medina, *Interpretación Constitucional*, op. cit., p. 20 a 21.

²⁴ Cfr., Constitución de la República del Ecuador, Artículo 427.

exégesis. Sin embargo, los cuatro métodos de Savigny superan en mucho al *hipertextualismo* propio de la *exégesis* de los franceses. Es así, que el profesor Hans Kelsen en su obra "Teoría Pura del Derecho", incorporó el método conocido como la *subsunción*, inspirado en la famosa *pirámide de Kelsen*. La misma que explica la ubicación jerarquía de las normas, en la cúspide, la Constitución y hacia abajo, los tratados internacionales, las leyes orgánicas, ordinarias, reglamentos, ordenanzas y sentencias. A esta graduación de normas, se expone la fórmula siguiente: de existir un conflicto entre dos reglas de distinta jerarquía, se preferirá aquella que se ubique en un rango superior. Así, del conflicto entre una ley ordinaria y una orgánica, se preferirá la segunda.²⁵ La interpretación constitucional trae consigo modificaciones interesantes, a la vez, que no limita el desarrollo de la interpretación del derecho liberal o positivo, sino que, se complementan.

El principio de Interpretación Constitucional²⁶ debe tender a generar coherencia del ordenamiento jurídico con las disposiciones constitucionales. Ello implica varias cosas: (a) que toda interpretación que no sea conforme a la Constitución debe ser descartada; (b) que ante dos interpretaciones posibles de una norma, el juez se debe inclinar por aquella que, en forma manifiesta, resulte más adecuada a los mandatos superiores; y (c) que en caso de dos o más interpretaciones que sean, en principio, igualmente constitucionales, el juez, en ejercicio de su autonomía funcional, deberá escoger en forma razonada aquella que considere que mejor satisface a los dictados del constituyente en el caso concreto.²⁷

5.1. Bloque de Constitucionalidad.

Según la Constitución vigente, los artículos: 10, 11(3), 11(7), 57, 93, 156, 172, 416(7), 417, 426, 436(1), buscan generar una dialéctica entre los derechos constitucionales y los Derechos Humanos desarrollados en el sistema internacional, los cuales posibilitan relacionar estas normas con el bloque de constitucionalidad. Los tratados internacionales deben ser ratificados por el Ecuador.

Además de los tratados internacionales sobre Derechos Humanos, las normas que contienen el desarrollo de los derechos fundamentales a nivel nacional integrarían el bloque de constitucionalidad, a desarrollarse de forma más adecuada en la Jurisprudencia que emitirá la Corte Constitucional. El

²⁵ Cfr., Constitución de la República del Ecuador, Artículo 425.

²⁶ Cfr., Constitución de la República del Ecuador, Artículo 424.

²⁷ Cfr., Corte Constitucional de Colombia, Sentencia 1026-2001.

propósito del bloque, es orientar al juez constitucional a identificar elementos esenciales que definan la fisonomía insustituible de la Constitución, pero no solo tales tratados y normas son un referente autónomo y supraconstitucional para juzgar el contenido material de una norma o realizar la protección de un derecho.²⁸ En este sentido, según la Corte Constitucional de Colombia habrá que tener presente que "se restringe el concepto de bloque de constitucionalidad para entender que no todos los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia hacen parte del bloque de constitucionalidad sino que, salvo remisión expresa de normas superiores, sólo constituyen parámetros de control constitucional aquellos tratados y convenios internacionales que reconocen Derechos Humanos y que prohíben su limitación en estados de excepción".²⁹

Con estas precisiones, queda claro, que el bloque de constitucionalidad no significa que todas las normas del sistema internacional de protección de los Derechos Humanos pueden formar parte de la Constitución, ya que en ese sentido, se volvería ilusorio este dispositivo. Dejando claro, que pertenecerían al bloque de constitucionalidad aquellos principios del Sistema Universal del Derechos Humanos que no hubieren sido desarrollados en un Estado como derechos fundamentales; y, las normas del derecho interno relacionadas con los derechos fundamentales así como, aquellas que precisen límites al poder y traten sobre protecciones precisas de los derechos constitucionales.

El desarrollo del derecho de nuestro tiempo incorpora como parte de la *praxis* jurídica los denominados criterios de interpretación. Éstos constituyen un soporte para el desarrollo de los derechos constitucional. Es así, que los métodos de interpretación constitucional, a su vez, se asientan en criterios de interpretación los cuales son herramientas necesarias para los operadores judiciales, a la hora de relacionar la realidad con los principios constitucionales y corregir las desigualdades sociales. Estos instrumentos tienen por finalidad la realización de la justicia entendida como un todo atañe a la seguridad jurídica que se relacionada con la búsqueda insaciable de la certidumbre de la sociedad en el sistema de justicia constitucional.

La interpretación constitucional es sistemática y finalista, busca fundamentalmente criterios más amplios para la protección de los derechos fundamentales. En general, podría afirmarse que estos criterios deben recoger los siguientes

²⁸ Cfr., Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C1040-2005.

²⁹ Mónica Arango Olaya, "Bloque de Constitucionalidad en la Corte Constitucional de Colombia", Bogotá, en *Revista Precedente*, 2003.

parámetros: (a) que un mayor número de derechos se hicieran tutelables, (b) con menos trabas meramente procesales; y, (c) con una primacía más clara del derecho constitucional sobre el derecho común.³⁰ Las herramientas con las que debe contar el sistema de justicia constitucional a desarrollarse deben ser los principios y criterios constitucionales que la norma fundamental reconoce.

5.2. La Ponderación.

El modelo constitucional no responde a un sistema homogéneo, como tampoco lo hacen los principios. Es así, que los conflictos constitucionales son susceptibles de ponderación. De un lado, se denominan principios a las normas que carecen o que presentan de modo fragmentado el supuesto de hecho o condición de aplicación, son normas téticas (principios) y no hipotéticas (reglas), así por ejemplo: la igualdad, como muchos derechos fundamentales, no puede en tales criterios observarse el juicio de especialidad, porque este requiere que la descripción de la condición aparezca explícita.

Pero, por otro lado, son también principios las llamadas directrices o mandatos de optimización que se caracterizan por la particular fisonomía del deber que incorporan; consiste, en seguir cierta conducta finalista que puede ser realizada en distinta medida o grado de cumplimiento del principio que resulta cada vez, en cada caso, de distintas circunstancias; y, en particular, de la presencia de otros principios en pugna.³¹ Ejemplo de colisión de principios,³² en la igualdad reconocida en el Artículo 11(2) y que en realidad encierra, dos sub-principios: tratar igual aquello que es igual y tratar desigual a lo que es desigual,³³ para que exista vulneración a este principio es necesario que exista trato desigual. Según Boaventura de Sousa Santos, el principio de igualdad en la actualidad posee la siguiente fórmula: "tenemos derecho a ser iguales cada vez que la diferencia nos inferioriza; y tenemos derecho a ser diferentes cuando la igualdad nos descaracteriza [...]".³⁴ El conflicto de igualdad sustancial, requiere

³⁰ Diego Eduardo López Medina, *Interpretación Constitucional*, op. cit., p. 50.

³¹ Cfr., Luis Prieto Sanchis, *Justicia Constitucional y Derechos Constitucionales, El Juicio de Ponderación*, Madrid, Editorial Trotta, 2003, p.180.

³² Cfr., Luis Prieto Sanchis, *Justicia Constitucional y Derechos Constitucionales, El Juicio de Ponderación*", op. cit., p. 181.

³³ Principio, tratado de esta forma por Aristóteles.

³⁴ Boaventura de Sousa Santos, *La Caída del Angelus Nobus: Ensayos Para una Nueva Teoría Social y una Nueva Práctica Política*, Bogotá, ILSA, 2003, p. 154.

de la ponderación, la razonabilidad y la proporcionalidad, para intervenir en la interdicción de la arbitrariedad del Estado Social de Derechos y Justicia Social. Así, la igualdad reconocida constitucionalmente buscara constantemente la corrección de las desigualdades sociales mediante la jurisprudencia.

Ahora bien, siempre que se trate de ponderar se entenderá que entran en conflicto dos cosas imparciales de aspectos contrapuestos, la formula es una relación de peso y equilibrio. Este equilibrio en derecho implica la satisfacción parcial y compartida de los principios en pugna, se muestra imposible que por la ponderación uno de ellos triunfó en el caso concreto. Ponderar es buscar la mejor decisión.³⁵ Así, Robert Alexy, considera que es semejante a un *Óptimo de Pareto*,³⁶ es decir que a un problema (relacionado con un principio) le corresponde un conjunto de variables, pero no todas son consecuentes a la necesidad del problema que se presenta, pues existen tres subprincipios aplicables para realizar una elección adecuada: idoneidad, proporcionalidad y necesidad, que buscarán una maximización del principio analizado en cada caso concreto.

La ponderación, de manera general, es aplicable cuando dos principios entran en conflicto, se expresa de forma que uno ceda en beneficio de otro; lo cual no significa que no se invalide el principio que queda desplazado, ni que en este último se haya introducido una cláusula excepcional. Lo que sucede es que uno de los principios se antepone al otro sin perjuicio de que, en los diversos casos concretos, la cuestión pueda ser solucionada de manera inversa.³⁷

5.3. Integralidad o unidad constitucional.

El intérprete de la Constitución debe comprender que las normas constitucionales poseen un conjunto de normas correlacionadas o coordinadas entre sí. En otras palabras, la Constitución ha de entenderse de manera integral y no como formada por comportamientos estancados o cerrados. Por tanto, el análisis

³⁵ Luis Prieto Sanchis, *Justicia Constitucional y Derechos Constitucionales, El Juicio de Ponderación*, op. cit., p.189.

³⁶ Robert Alexy, "Formula de Peso", en *Principio de Proporcionalidad e Interpretación Constitucional*, Serie de Justicia y Derechos Humanos, Neoconstitucionalismo y Sociedad, ed. Miguel Carvonell, edc. I, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, p. 16.

³⁷ Claudia Storini, "Hermenéutica y Tribunal Constitucional", En *Revista de Derecho Foro* No. 7, UASB, I, Semestre de Septiembre de 2007, p. 185

de cada disposición debe efectuarse tomando en cuenta las demás normas contenidas en la Constitución. La Corte Constitucional de Colombia categóricamente ha remarcado la importancia de este principio, y ha señalado que las disposiciones constitucionales "deben ser interpretadas y aplicadas en su integralidad, de tal manera que resulta inadmisibles como método de interpretación o criterio de juzgamiento la aplicación apenas parcial de un precepto para hacer valer algunos de sus efectos, dejando otros inaplicados".³⁸ La unidad antes mencionada se somete a la coherencia, o en otros términos, a la falta de contradicción entre las distintas normas que integran el sistema constitucional lo cual se denomina concordancia práctica. Desde otra perspectiva, los bienes jurídicos constitucionales deben ser compatibilizados en la determinación de problemas interpretativos, de manera que cada uno conserve su identidad.

Además, se deberá tomar en cuenta el principio de eficacia integradora, que hace relación por ejemplo: a que si una norma constitucional promueve la formación y mantenimiento de una determinada unidad política, su interpretación debe dirigirse a potenciar las soluciones que refuercen dicha unidad. Así mismo, en el principio de eficacia y efectividad, el intérprete debe encausar su actividad hacia aquellas opciones hermenéuticas que optimicen y maximicen la eficacia de las normas constitucionales, sin distorsionar su contenido y actualizándolas ante los cambios de la realidad.³⁹

5.4. Principio de Progresividad.

La progresividad, tanto en el desarrollo de las normas secundarias, así como el desarrollo de la jurisprudencia constituye una obligación,⁴⁰ un mandato, el cual implica que una vez alcanzado un determinado nivel de protección, la amplia libertad de configuración del legislador en materia de derechos se ve restringida,

³⁸ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C445-1994.

³⁹ Tribunal Constitucional peruano, sentencia dictada el 19 de junio de 1997, citado en: Luis Huerta Guerrero, *Jurisprudencia Constitucional e Interpretación de los Derechos Fundamentales*, Lima, Comisión Andina de Juristas CIEDLA, 1997. p. 42.

⁴⁰ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C038-2004. En esta oportunidad se examinaba la exequibilidad de ciertas disposiciones de la Ley 789 de 2002, que a juicio de los demandantes significaba un retroceso en materia de derechos laborales.

La Corte examinó las disposiciones demandadas a la luz del *principio de progresividad*, específicamente respecto a la aplicación temporal de normas legales en materia laboral que establecen una regulación menos favorable, y sostuvo: Sin embargo, esa regulación

al menos en un aspecto: todo retroceso frente al nivel de protección alcanzado, es constitucionalmente problemático puesto que precisamente contradice el mandato de progresividad. Como los Estados pueden enfrentar dificultades, que puedan hacer imposible el mantenimiento de un grado de protección que había sido alcanzado, es obvio que la prohibición de los retrocesos no puede ser absoluta sino que debe ser entendida como una prohibición *prima facie*.⁴¹ "Esto significa que, [...] un retroceso debe presumirse en principio inconstitucional, pero puede ser justificable, y por ello está sometido a un control judicial más severo. Para que pueda ser constitucional, las autoridades tienen que demostrar que existen imperiosas razones que hacen necesario ese paso regresivo en el desarrollo de un derecho."⁴²

sobre los efectos temporales de las disposiciones laborales debe ser armonizada con el mandato de progresividad, el cual, como ya se ha explicado largamente, prohíbe *prima facie*, los retrocesos en la protección de los derechos sociales. Ahora bien, cuando las nuevas normas son más favorables a los trabajadores que se encuentran empleados, el efecto general e inmediato de las normas incorporadas al CST no plantea ningún problema constitucional, pues desarrolla el principio de progresividad, al dar aplicación a los contratos laborales en curso de los avances en la protección de los derechos de los trabajadores. Por el contrario, ese efecto general inmediato es constitucionalmente problemático cuando las nuevas regulaciones representan menores garantías para los trabajadores empleados, puesto que la aplicación inmediata a los contratos ya existentes hace aún más grave el retroceso en la protección de los derechos laborales. Por ello la Corte considera que no es posible aplicar mecánicamente la norma sobre efectos temporales inmediatos de las regulaciones laborales. A fin de armonizarla con el mandato de progresividad, las nuevas disposiciones que reduzcan la protección a los trabajadores pueden tener aplicación inmediata, si aparece claro que el fin constitucional que se persigue y que eventualmente podría justificar un retroceso en la protección de los derechos sociales, hace necesario aplicar las medidas a los contratos en curso. En caso de que no aparezca necesaria esa aplicación, la regla de los efectos generales e inmediatos se torna inconstitucional por su afectación del principio de progresividad, y por ende los contratos existentes continúan rigiéndose por la normatividad derogada. Con esos criterios, entra la Corte a analizar si la aplicación general e inmediata de las normas impugnadas vulnera o no el mandato de progresividad. No obstante, en el caso concreto luego de examinar las disposiciones demandadas a la luz del principio de progresividad concluyó que éstas no eran inconstitucionales.

⁴¹ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C739-2001. No obstante, en el caso concreto luego de examinar las disposiciones demandadas a la luz del principio de progresividad concluyó que éstas no eran inconstitucionales.

⁴² Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C739-2001.

5.5. Juicio de Razonabilidad.

En el derecho público español, el Tribunal Constitucional utiliza el principio de razonabilidad para fundamentar sus decisiones, esto constituye una herramienta para valorar la corrección de las decisiones jurisprudenciales,⁴³ y, a su vez, es empleada por la comunidad jurídica y política en sus decisiones. La razonabilidad, según Manuel Atienza debe: (1) respetar las reglas de la lógica deductiva, (2) respetar el principio de la razonabilidad práctica (coherencia, consistencia, generalidad y honestidad), (3) si encuentra fundamento en fuente jurídica; y, (4) si no está fundada en principios éticos o políticos, no previstos por el ordenamiento jurídico⁴⁴.

Así, el profesor Carlos Bernal Pulido, considera que, es, una decisión razonable: 1) Si se presenta un punto de equilibrio entre las exigencias contrapuestas que necesariamente deben tener en cuenta el caso concreto, y 2) si ella se admite por la comunidad, entendida como un auditorio ideal. Estos dos criterios implican reciprocidad, porque, una decisión será tanto más compartida por la comunidad cuando mejor sea el equilibrio de las exigencias contrapuestas al caso concreto.⁴⁵

Igualmente, busca que un "juicio, raciocinio o idea esté conforme con la prudencia, la justicia o la equidad que rigen para el caso concreto. Es decir, cuando se justifica una acción o expresión de una idea, juicio o raciocinio por su conveniencia o necesidad".⁴⁶ Una decisión razonable, es una decisión no

⁴³ A. Nieto, arbitro judicial, Barcelona, Ariel, 2001, p. 336, ss., citado por: Carlos Bernal Pulido, *El Derecho de los Derechos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, I Ed., 2005, IV reimpresión 2007, p. 68

⁴⁴ Manuel Atienza, "Para una razonable definición, de razonable", no. Iv 1987.p 93, en *Doxa Revista española de Derecho Constitucional*, no. 7 1989, p 93, citado por: Carlos Bernal Pulido, *El Derecho de los Derechos*, op. cit., p. 69.

⁴⁵ Carlos Bernal Pulido, *El Derecho de los Derechos*, op. cit., p. 68.

⁴⁶ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C1026-2001.

El principio de razonabilidad trata de dar una respuesta a esta pregunta, sin embargo, implica una contradicción lógica ya que, como lo dijera Ricardo Guastini, es una respuesta tautológica, pues las distinciones hechas por el legislador deben ser razonables para no ser discriminatorias. Lo que significa que para distinguir deben existir razones. Razones, que deben ser buenas razones, buenos argumentos, que equivalen a justificaciones. Por esa razón, Guastini señala que, según el principio de razonabilidad, una distinción es justificada cuando está justificada y esto, desde el punto de vista lógico, es una tautología.

arbitraria, es decir fundada en una decisión jurídica legítima.⁴⁷ Se trata de garantizar, que en cada caso, la interpretación de las disposiciones jurídicas se lleve a cabo acudiendo a un criterio finalista, que tome en cuenta las metas y objetivos establecidos en la Constitución, de acuerdo con los criterios "*pro-libertatis*", "*pro-homine*" y *pro derechos* constitucionales,⁴⁸ derivados de la filosofía humanista que inspira el constitucionalismo. El principio de razonabilidad, no es más que un límite a la legislación y más concretamente al órgano legislativo. Este principio ha tenido origen en la interpretación que se ha hecho del principio de igualdad y especialmente de la regla de la igualdad que establece que los casos iguales deben ser tratados por el legislador del mismo modo y los desiguales deben ser tratados de manera diferente.⁴⁹

5.6. Criterio Histórico.

La interpretación histórica, es un método hermenéutico de carácter subsidiario, ya que sirve cuando el resto de métodos interpretativos no proporcionan suficientes elementos para comprender el alcance de alguna disposición constitucional,⁵⁰ según el cual, hay que intentar precisar el sentido que a una determinada norma de derecho fundamental le dio el poder constituyente o el poder reformador de la Constitución, decir un sentido originario de la interpretación.⁵¹ La reconstrucción de la voluntad constituyente se puede realizar por medio de los debates de la asamblea, de las exposiciones de motivos que fundamentaron determinadas iniciativas de reforma o por la legislación histórica sobre la materia. Debe notarse, sin embargo, que cuando se habla de investigar la "voluntad del constituyente" en realidad se alude a una ficción, puesto que esa voluntad no puede ser otra que el propio texto constitucional; además, las asambleas constituyentes democráticas suelen ser muy plurales, por lo que intentar precisar una *voluntad unitaria* es una tarea prácticamente imposible de realizar.

⁴⁷ Carlos Bernal Pulido, *El Derecho de los Derechos*, op. cit., p. 69.

⁴⁸ Constitución de la República del Ecuador, artículo 427.

⁴⁹ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C1026-2001.

⁵⁰ Miguel Carbonell, *La Interpretación de los Derechos Fundamentales*, disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122004000100012&lng=es&nrm=iso.

⁵¹ Cfr., Constitución de la República del Ecuador, Artículo 427.

5.7. Criterio Teleológico Finalista.

El Criterio teleológico finalista (cauce del principio democrático participativo),⁵² constituye un relieve fundamental para el derecho posee, tanto en su dimensión subjetiva como en la objetiva, en un Estado Constitucional y Social de Derechos, como el proclamado en la Constitución. Los fines deben relacionarse con los propósitos expuestos en el modelo de Estado, a fin de que el Juez, también sea portador de la visión institucional relacionada con el deber ser, proyectado en el modelo de estado diseñado por el constituyente y, que en consecuencia, tiene relación con el interés general. El Juez, al poner sus criterios en relación a la Constitución (sus principios y sus normas) y con la ley y con los hechos hace uso de una discrecionalidad interpretativa que necesariamente delimita el sentido político de los textos constitucionales. En este sentido, la legislación y la decisión judicial son ambos procesos de creación de derecho.⁵³ En el Estado Constitucional:

"La Constitución está concebida de tal manera que la parte orgánica sólo adquiere sentido y es la razón de ser de la aplicación y puesta en obra de los principios y de los derechos inscritos en la parte dogmática de la misma. La carta de derechos, la nacionalidad, la participación ciudadana, la estructura del Estado, las funciones de los poderes, los mecanismos de control, las elecciones, la organización territorial y los mecanismos de reforma, se comprenden y justifican como transmisión instrumental de los principios y valores constitucionales. No es posible entonces, interpretar una institución o un procedimiento previsto por la Constitución, por fuera de los contenidos materiales plasmados en los principios y derechos fundamentales."⁵⁴

En el Estado Constitucional, los principios y los criterios de interpretación anteriormente mencionados son instrumentos jurídicos que informan al Derecho Constitucional para que su desarrollo e importancia adecuadamente sirvan para el

⁵² Un ejemplo de este método sentencia se encuentra en el Tribunal Constitucional Español, Sentencia 85/1988 y de la Corte Constitucional Colombiana C916-2002. El método finalista de interpretación es posible concluir que es el límite a la indemnización de daños que establece el Artículo 97 cuestionado, no es aplicable a todo tipo de daños, especialmente cuando éstos han sido valorados pecuniariamente con base en criterios objetivos, pues en esos eventos no se justifica limitar la discrecionalidad del juez, pues esta es mínima, ya que la determinación del valor del daño puede hacerse con base en parámetros ajenos a la subjetividad del juez.

⁵³ Cfr., Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T778-1992.

⁵⁴ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T778-1992.

funcionamiento del sistema jurídico. La revisión de estos principios busca generar una dialéctica en latitudes espaciales más amplias entre los principios constitucionales y las técnicas de interpretación. El objetivo es que las normas actúen adecuadamente en relación y uniformidad a los valores y principios constitucionales, las cuales son guías interpretativas para la aplicación de la ley positiva buscando la formación de la seguridad jurídica que tiene como fin último la justicia.

Se debe tener presente que el derecho de nuestro tiempo posee un cambio genético de la ley con la fórmula del constitucionalismo el cual afecta la ubicación de la ley, estableciendo una relación de subordinación a un estrato más alto de Derecho Constitucional.

6. Principios Generales de los Procesos Constitucionales.

La Constitución ecuatoriana, en su Artículo 169 establece que la dirección general del proceso se regirá bajo los principios de: proporcionalidad, publicidad, responsabilidad, transparencia, intermediación, gratuidad, oralidad, duda razonable, imparcialidad, igualdad y economía procesal. Los procesos deberán ser desarrollados conforme estos presupuestos. Además de estos, el Artículo 86 de la Constitución introduce particularidades relacionadas con las garantías constitucionales establecidas de la siguiente forma: (a) el procedimiento será sencillo, rápido, eficaz y oral en todas sus fases e instancias, (b) serán hábiles todos los días y horas,⁵⁵ (c) podrán ser propuestas oralmente o por escrito, sin formalidades y sin necesidad de citar la norma infringida. No será indispensable el patrocinio de un abogado o una abogada, para proponer la acción, (d) las notificaciones se efectuarán por los medios más eficaces que estén al alcance del juzgador, del legitimado activo y del órgano responsable del acto u omisión; y, (e) no serán aplicables las normas procesales que tiendan a retardar su ágil despacho.

Además, que en la medida de lo posible, se deberá disponer que los trámites se realicen, en forma oral, y se ordenará una comparecencia oral para que los interesados formulen conclusiones antes de la sentencia, necesariamente en las acciones de inconstitucionalidad y facultativamente en los demás casos.⁵⁶

⁵⁵ Constitución de la República del Ecuador, , Artículo 169. "El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, intermediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades."

⁵⁶ Proyecto de Ley de Jurisdicción Constitucional, en debate.

6.1. Impulso de Oficio.

Este principio procesal, corresponderá al desarrollo del artículo 86(1): "Cualquier persona, grupo de personas, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá proponer las acciones previstas en la Constitución", a su vez el artículo 86(2)(c) señala que "[p]odrán ser propuestas oralmente o por escrito, sin formalidades y sin necesidad de citar la norma infringida. No será indispensable el patrocinio de un abogado para proponer la acción" y el artículo 86(2)(d), que "las notificaciones se efectuarán por los medios más eficaces que estén al alcance del juzgador, del legitimado activo y del órgano responsable del acto u omisión." El impulso de oficio requiere de la labor del juez de suplantar por ejemplo la precisión normativa que no realizare una persona que requiera de la protección de un derecho, así como tampoco requerirá de la petición de parte para activar el progreso del proceso constitucional.

6.2. Carga argumentativa.

La carga argumentativa, constituye de forma estricta el sustento de las resoluciones, las cuales deben ser claras, precisas, coherentes, coordinadas y razonadas. Es así que de forma integral las resoluciones de la Corte Constitucional, son vistas como actos de mera discrecionalidad. Una vez generada una línea jurisprudencial, las posteriores resoluciones de los órganos de justicia, en relación con casos apegados a esa línea jurisprudencial o similares, ya no tiene un peso argumentativo, salvo que de forma especial se impida la realización de la justicia o se obstaculice, entonces será necesario el cambio jurisprudencial. La carga argumentativa se relaciona con un deber constitucional que busca certidumbre en la realización de la justicia.

La línea argumentativa fundamental busca conceder a los principios la *certidumbre en la administración de justicia* y de *cosa juzgada* "tiene carácter absoluto y en ocasiones necesario (esto es, si en la resolución de un caso entran en juego también otros principios que tienen mayor peso) puede estar justificado posponerlo, lo que no quiere decir eliminar el principio".⁵⁷ Al controlar la constitucionalización de una norma, el sistema de justicia constitucional ha de ser muy preciso para intervenir en esa norma, ya que en esencia lo que se cuestiona

⁵⁷ Atienza, Manuel, *Tras la Justicia*, Bogotá, editorial Ariel, 2003, pág. 81.

se relaciona con el principio de democracia representativa. En este sentido, la carga argumentativa debe validar la intervención de la Corte Constitucional, en otro poder de representación directa tales como el ejecutivo y el legislativo.

7. Sentencias constitucionales.

Las sentencias que se refieren al control de constitucionalidad de las leyes y protección de derechos, al ser dictadas por la Corte Constitucional proyectan un cambio sustancial, en relación con las sentencias establecidas por las Cortes de Justicia así como por el anterior Tribunal Constitucional ecuatoriano. Las diferencias se identifican tanto en la forma como en el fondo.

7.1. Partes de las sentencias constitucionales por la forma.

Las partes de las sentencias, se dividen en: (1) motivada, (2) estricta y (3) formal. La primera, se relaciona con la exigencia de motivación jurídica de las decisiones por parte de los órganos aplicadores del derecho, que deviene del ordenamiento jurídico. La segunda, es la motivación de normas, se trata de que el juez realice una síntesis entre equidad y ley, para lo cual se le permite flexibilización de la ley, se ponen a su disposición normas de perfiles difusos como los principios generales del Derecho. Es así que, el deber de motivar las sentencias en una medida es considerado un derecho fundamental.⁵⁸ Pero, ésta nueva concepción del papel del juez, sin duda viene ligada a un deber de justificación de sus actos, pues es el propio andamiaje democrático que vela por el cabal cumplimiento de las facultades conferidas a éste poder.

Sobre la estructura de las sentencia, éstas expresaran las siguientes partes: (a) una parte expositiva en la cual se expresen los antecedentes de hecho y las motivaciones de derecho, (b) una parte motivada, en la cual se debe hacer una argumentación jurídica y constitucional para la decisión, (c) una parte, en la cual se realice un examen de constitucionalidad, en esta parte es necesario se usen métodos de interpretación constitucional; y, (d) la parte resolutive, que expresará la resolución propiamente dicha.

⁵⁸ Omar Vázquez Sánchez, *La Argumentación jurídica en el Tribunal Constitucional de España los casos fáciles difíciles y trágicos*, disponible en: <http://www.filosofiyderecho.com/rtdf/numero9/10-9.pdf>.

Conforme el Artículo 436(6) de la Constitución prescribe que las sentencias son el instrumento de máxima instancia para la interpretación constitucional, tanto de los tratados internacionales de Derechos Humanos ratificados por el Estado ecuatoriano, a través del control previo de constitucionalidad, como del control a posteriori de constitucionalidad de los actos del poder público. Así mismo, la Constitución para su efectividad manifiesta que sus decisiones tendrán carácter vinculante y sus efectos serán de cumplimiento obligatorio. La jurisprudencia y los precedentes de la jurisdicción constitucional son vinculantes *erga omnes*, salvo para sí misma.⁵⁹

Considerando lo sostenido por Alejandro Nieto, cabe realizar las siguientes precisiones conceptuales que nos permitirán en todo caso dilucidar el término "motivación":⁶⁰

a) Motivación (en sentido amplio) es el concepto genérico, tal como aparece en la Constitución, y que equivale también a fundamentación. Esta motivación genérica se desenvuelve en dos campos específicos: la explicación y la justificación.

b) La explicación (motivación psicológica, o *contexto de descubrimiento*) consiste en la descripción de las causas que han provocado la aparición del fallo o parte dispositiva, que es su efecto. En cuanto que la sentencia es un fenómeno anímico, se refiere necesariamente a un proceso psicológico, a un 'iter' mental y, en definitiva, el intérprete tiende a responder la pregunta del 'por qué se ha tomado la decisión'.

c) La justificación (motivación jurídica, o *contexto de justificación*) no se refiere a las causas que han provocado la sentencia sino a las bases jurídicas en que se apoya (los llamados "fundamentos jurídicos" en la práctica procesal). Responde a la pregunta del '¿por qué se ha debido tomar la decisión o, por qué una decisión es correcta?'

d) La argumentación, finalmente, es la forma de expresar o manifestar (y, por supuesto, defender) el discurso justificativo. Las motivaciones psicológicas pueden ser descritas, más no argumentadas.⁶¹

⁵⁹ Cfr., Ley de Jurisdicción constitucional de Costa Rica, Artículo 13.

⁶⁰ Cfr., Constitución española, Artículo 120(3)

⁶¹ Alejandro Nieto, citado por Omar Vázquez Sánchez, *La Argumentación jurídica en el Tribunal Constitucional de España los casos fáciles difíciles y trágicos*, op.cit.

7.2. Voto salvado y aclaración en las sentencias.

Son votos salvados, aquellos que expresan puntos de discrepancia con la resolución firme o expedida con la mayoría de votos de la sala o el pleno. Las sentencias que dicte la Sala podrán ser aclaradas a petición de parte y de oficio en cualquier tiempo. Incluso en los procedimientos de ejecución, en la medida en que sea necesario para dar cabal cumplimiento al contenido del fallo.⁶²

7.3. Sentencias por el fondo: disposiciones interpretativas.

En este sentido se habla de *sentencias interpretativas*.⁶³ Consiste en evaluar si una norma es compatible con la Constitución o no. Tanto la Constitución como el resto de normas se expresan a través de disposiciones normativas que deben ser interpretadas mediante el denominado juicio de constitucionalidad, cuya interpretación tiene dos parámetros: (a) respecto del texto del precepto y (b) se debe verificar su constitucionalidad, éste deber se relaciona con el principio de supremacía constitucional, en la medida que la norma constitucional es la norma jurídica suprema que confiere unidad al ordenamiento jurídico.⁶⁴

7.4. Decisiones manipulativas o también normativas.

Son aquellas sentencias de aceptación, en las cuales la Corte Constitucional no se limita a declarar la ilegitimidad constitucional de las normas que les son sometidas, sino que además -comportándose como un legislador modifica el ordenamiento con el objeto de armonizar la norma controlada con la Constitución.⁶⁵ Existen dos tipos fundamentales de sentencias manipulativas:

⁶² Ley de Jurisdicción constitucional de Costa Rica, Art. 12. "Las sentencias que dicte la Sala podrán ser aclaradas o adicionadas, a petición de parte, si se solicitare dentro de tercero día, y de oficio en cualquier tiempo, incluso en los procedimientos de ejecución, en la medida en que sea necesario para dar cabal cumplimiento al contenido del fallo."

⁶³ Ricardo Guastini, "La Constitucionalización del Ordenamiento Jurídico: El Caso Italiano", en *Neo constitucionalismo (s)*, ed. Miguel Carbonell, Madrid, editorial Trotta, 2003, p. 63.

⁶⁴ Marina Gascón Abellán y Alfonso García Figueroa, *La argumentación Jurídica en el Derecho*, Lima, editorial Palestra, 2da., Edición, 2005, p. 286.

⁶⁵ Ricardo Guastini, "La Constitucionalización del Ordenamiento Jurídico: El Caso Italiano", op. cit., p. 65.

a) Sentencias Aditivas.

Son aquellas en que la Corte declara la ilegitimidad constitucional de una disposición dada, en la parte que no expresa cierta norma (Qué debería expresar para ser conforme la Constitución). Es decir, cuando ninguna interpretación plausible permite mantener su constitucionalidad, no obstante se considera conveniente anular ese precepto, lo que la Corte hace, es más bien, agregar una nueva norma al ordenamiento o manipular el texto de la ley en la parte que lo requiere.⁶⁶ Precisamente por esta razón se llaman *aditivas*.

b) Sentencias sustitutivas

Son aquellas en las cuales la Corte declara la ilegitimidad constitucional, en la parte en la que se expresa cierta norma en lugar de otra y propone una norma distinta que se debería expresar para ser conforme a la Constitución.

Así por ejemplo, una disposición que confiere cierto poder a una institución estatal O1, mientras que, según la Constitución (como es interpretada por la Corte), tal poder debería ser conferido a un órgano distinto O2. Por consecuencia la disposición es inconstitucional y, por tanto, debería ser anulada. En casos de este género la Corte no se conforma con la pura y simple anulación de la norma. La Corte considera que la norma es inconstitucional en la parte que declara el poder de que se trata al O1 y no al O2. En este sentido la Corte por un lado declara la parte de la norma en la que otorgó poder a O1 inconstitucional ya que no le correspondía y por otro lado, otorga el poder a O2 que si le corresponde ingresando así una nueva norma, en virtud del cual el poder resulta del arbitrio de O2 y no de O1.⁶⁷

7.5. Motivación de la Sentencias.

Las sentencias están compuestas de razonamientos jurídicos y son un excelente instrumento de interpretación de la normatividad constitucional.⁶⁸ Del ejercicio

⁶⁶ Marina Gascón Abellán y Alfonso García Figueroa, *La argumentación Jurídica en el Derecho*, op. cit., p. 291.

⁶⁷ Ricardo Guastini, *La Constitucionalización del Ordenamiento Jurídico: El Caso Italiano*, op.cit., p. 66.

⁶⁸ Manuel Becerra Ramírez, "Las Decisiones Judiciales Como Fuente del Derecho Internacional de los Derechos Humanos", en: *Un Cuarto de Siglo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, op. cit., p. 431.

del análisis de los razonamientos que llevan a los jueces a dictar sus resoluciones podemos desprender opiniones interesantes que nos sirven para interpretar la Constitución y estructurar la doctrina jurídica, así como distinguir algunos elementos débiles que se deben subsanar.⁶⁹ Las resoluciones como señalamos anteriormente deberán poseer obligatoriamente una motivación estricta y motivación formal, en la primera existe motivación jurídica y en la otra motivación de normas.

8. El Precedente constitucional.

Como la Constitución es norma de normas, el precedente constitucional sentado por la Corte Constitucional es guardián de la supremacía de la Carta y tiene fuerza vinculante no solo para la interpretación de la Constitución sino también para la interpretación de las leyes que obviamente debe hacerse de conformidad con la Constitución.⁷⁰ La fuerza normativa de los precedentes constitucionales

⁶⁹ Tipos de sentencias.- conforme el ordenamiento peruano las sentencias se dividen en 1.- Procedimientos de inconstitucionalidad tendrán el valor de cosa juzgada, vincularán a todos los poderes públicos y producirán efectos generales desde la fecha de su publicación en el "Boletín Oficial del Estado". 2. Las sentencias desestimatorias dictadas en recursos de inconstitucionalidad y en conflictos en defensa de la autonomía local impedirán cualquier planteamiento ulterior de la cuestión por cualquiera de las dos vías, fundado en la misma infracción de idéntico precepto constitucional. 3. Si se tratare de sentencias recaídas en cuestiones de inconstitucionalidad, el Tribunal Constitucional lo comunicará inmediatamente al órgano judicial competente para la decisión del proceso. Dicho órgano notificará la sentencia constitucional a las partes. El Juez o Tribunal quedará vinculado desde que tuviere conocimiento de la sentencia constitucional y las partes desde el momento en que sean notificadas.

Artículo 39 (1). Cuando la sentencia declare la inconstitucionalidad, declarará igualmente la nulidad de los preceptos impugnados, así como, en su caso, la de aquellos otros de la misma Ley, disposición o acto con fuerza de Ley a los que deba extenderse por conexión o consecuencia. 2. El Tribunal Constitucional podrá fundar la declaración de inconstitucionalidad en la infracción de cualquier precepto constitucional, haya o no sido invocado en el curso del proceso.

Artículo 40(1): Las sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad de Leyes, disposiciones o actos con fuerza de Ley no permitirán revisar procesos fenecidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada en los que se haya hecho aplicación de las Leyes, disposiciones o actos inconstitucionales, salvo en el caso de los procesos penales o contencioso-administrativos referentes a un procedimiento sancionador en que, como consecuencia de la nulidad de la norma aplicada, resulte una reducción de la pena o de la sanción o una exclusión, exención o limitación de la responsabilidad.

⁷⁰ Cfr., Diego Eduardo López Medina, *Interpretación Constitucional*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia Facultad de Derecho. Ed. 2. p. 112.

dentro del ordenamiento jurídico y su función sirven para preservar la integridad constitucional. El problema jurídico surge cuando se relaciona directamente el valor constitucional de la jurisprudencia de la Corte Nacional de Justicia en la jurisdicción ordinaria: (i) para las decisiones de los jueces ordinarios inferiores llamado *precedente vertical* y (ii) para las futuras decisiones de la Corte Constitucional (precedente horizontal). El problema jurídico se relaciona con las condiciones en que, tanto los jueces inferiores, como la misma Corte, pueden apartarse de las decisiones de ésta, en virtud de la función uniformadora de la jurisprudencia que tiene el recurso extraordinario de casación.⁷¹

8.1. La Obligatoriedad del precedente.

Para comprender el alcance de la obligatoriedad de un precedente, resulta indispensable distinguir entre los diversos aspectos de una decisión judicial. Así, siguiendo en parte la terminología del *Common Law*, que es en donde más fuerza tiene la regla del *stare decisis*, y es por ende, donde más se ha desarrollado la reflexión doctrinal en este campo, es posible diferenciar muy esquemáticamente entre la parte resolutive, llamada a veces *decisum*, la *ratio decidendi* (razón de la decisión) y los *obiter dicta* (dichos al pasar). La *ratio decidendi* no solo es vinculante como precedente sino que además lleva a una conclusión ineludible: el juez que decide el caso no puede caprichosamente atribuir el papel de *ratio decidendi* a cualquier principio o regla sino que únicamente tiene tal carácter aquellas consideraciones normativas que sean realmente la razón necesaria para decidir el asunto. Esto es obvio, pues si se permite que el propio juez, al resolver un caso de una manera, invoque como *ratio decidendi* cualquier principio, entonces desaparecen la virtud pasiva de la jurisdicción y la propia distinción entre opiniones incidentales y razones para decidir.⁷²

8.2. Alejamiento del precedente.

Las técnicas inevitables que modulan la fuerza vinculante de los precedentes se pueden describir así, en algunos eventos, el juez posterior "distingue" que un caso nuevo es diferente del anterior; enmarcándose, dentro de circunstancias similares pero relevantemente distintas, si el precedente mantiene su fuerza

⁷¹ Cfr., Diego Eduardo López Medina, *Interpretación Constitucional*, op.cit., p. 96.

⁷² Cfr., Diego Eduardo López Medina, *Interpretación Constitucional*, op.cit., p. 199.

vinculante, el juez debe identificar ciertas situaciones frente a las cuales no es posible aplicar el precedente y por la cual debe operar la nueva jurisprudencia.⁷³ En otros casos, la Corte si posteriormente concluye, que si bien en apariencia, la *ratio decidendi* del caso anterior parece aplicarse a la nueva situación, en realidad ésta fue formulada de manera muy amplia en el precedente, por lo cual es necesario concluir que algunos de sus aportes constituyen una opinión incidental, que no se encontraba directamente relacionada a la decisión del asunto. La Corte, deberá precisar cuál es la fuerza vinculante del precedente, ya que restringe (*narrowing*) su alcance.

En otras situaciones, la actuación del juez ulterior es contraria y amplía el alcance de una *ratio decidendi* que había sido entendida de manera más restringida.⁷⁴ En otras ocasiones, el tribunal concluye que una misma situación se encuentra gobernada por precedentes encontrados, por lo cual resulta necesario determinar cuál es la doctrina vinculante en la materia. O, a veces, puede llegar a concluir que un caso resuelto anteriormente no puede tener la autoridad de un precedente por cuanto carece verdaderamente de una *ratio decidendi* clara.

8.3. La Disanalogía.

El argumento de disanalogía, en los precedentes debe ser aplicado de manera general a aquellos casos futuros análogos por los hechos que los jueces deban resolver. Si el caso futuro, por algún hecho clave o determinante, no es analogizable al caso anterior, el juez puede inaplicar el precedente y aplicar otro, si respeta mejor la analogía siempre y cuando, la doctrina allí contenida pueda considerarse vigente; si ningún precedente en apariencia es analogizable al caso nuevo, el juez no tiene sub-reglas constitucionales aplicables y puede, por tanto, hacer una interpretación directa de los textos constitucionales sin tener que tomar en cuenta la fuerza gravitacional de la jurisprudencia.⁷⁵

8.4. Distinción entre *Ratio Decidendi* y *Obiter Dicta*.

El punto central de la diferencia consiste en lo siguiente: los jueces están obligados a seguir los precedentes válidos en casos nuevos análogos por sus hechos o circunstancias. Las sentencias, sin embargo, no se contentan con enunciar

⁷³ Cfr., Diego Eduardo López Medina, *Interpretación Constitucional*, op. cit., p. 199.

⁷⁴ Cfr., Diego Eduardo López Medina, *Interpretación Constitucional*, op. cit., p. 200.

⁷⁵ Cfr., Diego Eduardo López Medina, *Interpretación Constitucional*, op. cit., p. 200.

"reglas", sino que realizan argumentaciones (a veces largas y complejas) con las cuales construyen la plausibilidad de la "regla" judicial de la cual depende la resolución del caso. Esta "sub-regla judicial" (como la llama con frecuencia la Corte Constitucional Colombiana) tiene que ser "extraída" de los argumentos de la sentencia. La "sub-regla" con frecuencia está claramente expuesta en los considerandos, pero, a veces, tiene que ser a su vez "extraída" o "reconstruida" de sentencias más complejas. Esto significa que las sentencias, lo mismo que las leyes, tienen que ser interpretadas. Luego de este proceso, el intérprete es capaz de exponer la "sub-regla judicial" que resulta indispensable para la decisión del caso resuelto en el precedente. A esta "sub-regla" (y a los argumentos de los cuales depende más directamente) se le denomina *ratio decidendi* del caso. Los jueces, por tanto, le deben obediencia a la *ratio decidendi* de precedentes donde se establezca la doctrina constitucional vigente.⁷⁶

Para determinar qué parte de la motivación de las sentencias tiene fuerza normativa resulta útil la distinción conceptual entre los llamados *obiter dicta* o afirmaciones dichas de paso, y los *ratio decidendi* o fundamentos jurídicos suficientes, que son imprescindibles de la decisión sobre un determinado punto de derecho.⁷⁷ Sólo estos últimos resultan obligatorios, mientras los *obiter dicta*, o aquellas afirmaciones que no se relacionan de manera directa y necesaria con la decisión, constituyen criterio auxiliares de la decisión la identificación, interpretación y formulación de los fundamentos jurídicos necesarios para una decisión, son labores de interpretación que corresponden a los jueces, y principalmente a las altas Cortes. La *ratio decidendi* de un caso, por supuesto, no siempre es fácil de extraer de la parte motiva de una sentencia judicial como tal, y por tanto, su obligatoriedad no implica la vinculación formal del juez a determinado fragmento de la sentencia descontextualizada de los hechos y de la decisión, aun cuando resulta conveniente que las altas Cortes planteen dichos principios de la manera más adecuada y explícita en el texto de la providencia.

8.5. Progresividad en la jurisprudencia,

Conforme el principio de progresividad, no se debe restringir el desarrollo de un derecho que ha llegado a determinado punto. En este caso la jurisprudencia

⁷⁶ Cfr., Diego Eduardo López Medina, *Interpretación Constitucional*, op. cit., p. 201.

⁷⁷ Sobre los conceptos de *ratio decidendi* y *obiter dicta* ver las siguientes providencias de la Corte Constitucional de Colombia, SU168-1999, SU047-1999, SU640-1998, T961-2000, T937-1999, A016-2000, T022-2001 y T1003-2000.

es parte del desarrollo de un determinado derecho. La finalidad de este principio insertado en la jurisprudencia es constituirse en un medio adecuado para que la proyección de un derecho constantemente se adecue a las diversas realidades. Su alcance, por lo menos en términos prácticos, no se limita a la solución definitiva del caso que se presenta para su conocimiento, sino que va mucho más allá: sirve de pauta a todas las autoridades para la interpretación y aplicación de los derechos. Es innegable el valor pedagógico e incluso "normativo-general" de la jurisprudencia de tutela que crea la Corte Constitucional Colombiana. En este sentido, la justicia constitucional es un medio efectivo para llegar a concretar un fin justo y social. Sobre la base de los Artículos 86(5) y 436(6) de la Constitución vigente, todas las sentencias ejecutoriadas serán remitidas a la Corte Constitucional, para el desarrollo de su jurisprudencia.

Al expedir las sentencias que constituyan jurisprudencia vinculante respecto de las garantías jurisdiccionales: acciones de protección, cumplimiento, hábeas corpus, hábeas data, acceso a la información pública y demás procesos constitucionales, así como los casos seleccionados por la Corte para su revisión. Los jueces, al momento resolver casos sobre líneas jurisprudenciales ya existentes (jurisprudencia), no deberán restringir los derechos en *stricto sensu*. Por tal razón, en el cambio de la línea jurisprudencial la carga argumentativa es especial en el momento de separarse de la jurisprudencia constante. La desviación o cambio de jurisprudencia,⁷⁸ a su vez, no deberá ser restrictiva del desarrollo conseguido por la misma.

9. Conclusiones.

Debo resaltar, que la cultura jurídica ha mantenido como un pilar fundamental de la interpretación los criterios desarrollados por el derecho positivo clásico como son: el gramatical o literalista, el lógico, el histórico, la subsunción y el sistemático. Sin pretender desmerecer este desarrollo interpretativo que rigió y fue incorporado a su vez en nuestra constitución, como base del derecho positivo,

⁷⁸ Diego Eduardo López Medina, *Interpretación Constitucional*, op. cit., p. 134. Tribunal Constitucio-nal de España, BOE núm. 243 Suplemento Sentencia Ejemplo el incumplimiento de la carga argumentativa que corresponde al demandante, no se vislumbra ni la razón que tiene la mencionada ponderación con el principio acusatorio ni, con independencia de la cuestión de su legalidad, que luego será abordada, por qué la pena impuesta resulta desproporcionada.

a éstos se incorporan nuevos métodos de interpretación, que requerirán de un desarrollo adecuado, tanto por la jurisprudencia, como por la ley y la doctrina.

El Estado Constitucional, según Zagrebelsky, constituye un cambio genético en el derecho, en el cual la Constitución se encuentra en el vértice del ordenamiento de manera formal y material. Trae consecuencias que afectan la ubicación de la ley, la cual era la referencia máxima de un Estado de derecho. El presente trabajo busca incorporar, de forma integral, nuevos principios que posibilitarán el desarrollo jurídico del modelo constitucional.

Cabe señalar, que el desarrollo de los métodos de interpretación es un gran avance para la cultura jurídica y es muy complicado que se encuentre, este tema, en un cuerpo de normas con uniformidad. Por lo que su conocimiento es útil para el juez constitucional como intérprete de la constitución y, para los demás operadores judiciales. Finalmente, es necesario que también se sociabilice hacia los profesionales del derecho, a fin de que cuenten con instrumentos útiles sobre el tema.

Uno de los grandes pasos de las ciencias jurídicas, es reconocer los desarrollos filosóficos, doctrinarios, jurídicos y jurisprudenciales, que por un lado, evolucionan la práctica del derecho como parte de la cultura jurídica, y por otro lado, proyectan a trabajar de forma concreta en instrumentos o medios efectivos para llegar a la justicia.

Finalmente, se recomienda, incentivar la investigación para el desarrollo de los métodos de interpretación para su cabal comprensión y adecuado funcionamiento. El presente trabajo constituye un manual de interpretación que debería ser implementado en la cultura jurídica ecuatoriana.

10. Bibliografía.

- Alexy, Robert, "Formula de Peso", en Miguel Carvonell, edit., *Principio de Proporcionalidad e Interpretación Constitucional*, serie Justicia y Derechos Humanos Neoconstitucionalismo y Sociedad, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Diciembre del 2008.
- Arango, Mónica "Bloque de Constitucionalidad en la Corte Constitucional de Colombia", Bogotá, *Revista Precedente*, 2003.
- Atienza, Manuel, *Tras la Justicia*, Bogotá, editorial Ariel, año 2003.
- Becerra, Manuel, "Las Decisiones Judiciales Como Fuente del Derecho Internacional de los Derechos Humanos", en *Un Cuarto de Siglo de la Corte*

Interamericana de Derechos Humanos, Héctor Fix-Zamudio, San José de Costa Rica, I edición 1998.

- Bernal, Pulido Carlos, *El Derecho de los Derechos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, I Ed., 2005, IV reimpresión 2007.
- Carbonell, Miguel, "La Interpretación de los Derechos Fundamentales", en *Ius et Praxis*, vol.10, no.1. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122004000100012&lng=es&nrm=iso.
- De Sousa Santos, Boaventura "La Caída del Angelus Nobus: Ensayos Para una Nueva Teoría Social y una Nueva Práctica Política", Bogotá ILSA, 2003.
- Huerta Guerrero, Luis, *Jurisprudencia Constitucional e Interpretación de los Derechos Fundamentales*, Lima, Comisión Andina de Juristas CIEDLA, 1997.
- Gascón Abellán Marina y García Figueroa, Alfonso, *La Argumentación Jurídica en el Derecho*, Lima, editorial Palestra, 2da., Edición, 2005.
- Guastini Ricardo, "La Constitucionalización del Ordenamiento Jurídico: El Caso Italiano", en Miguel Carbonell, edit., *Neoconstitucionalismo (s)*, Madrid, editorial Trotta, 2003.
- Habermas, Jürgen, Dworkin, Ronald y otros, "La Política y el Derecho, ¿Se Opone la Democracia y el Constitucionalismo?", en la Revista *Estudios Sobre el Estado y la Sociedad*, No. 4, octubre de 1998.
- López Medina, Diego Eduardo, *Interpretación Constitucional*, Bogotá, Escuela de Juristas Rodrigo Lara Bonilla, 2da., Edición, 2000.
- Moyano Bonilla, César, "Soberanía y Derechos Humanos", en *La Corte Interamericana de los Derechos Humanos, Un Cuarto de Siglo*, San José de Costa Rica, ed., 1, Vol. II CIDH, 2005.
- Pérez Luño, Antonio Enrique, *Derechos Humanos Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, Ed., Tecnos, 6ta edición 1999.
- Prieto, Sanchis Luis, *Justicia Constitucional y Derechos Constitucionales, El Juicio de Ponderación*, Madrid, Editorial Trotta, 2003.
- Storini, Claudia, "Hermenéutica y Tribunal Constitucional", en *Revista de Derecho Foro*, No. 7 UASB, I, Semestre de Septiembre de 2007.
- Vázquez, Sánchez Omar, *La Argumentación Jurídica en el Tribunal Constitucional de España los casos fáciles difíciles y trágicos*, disponible en: <http://www.filosofiaderecho.com/rtfd/numero9/10-9.pdf>.

- Von Savigny, Carlos Federico, Sistema de Derecho Romano Actual, § 33, en Diego Eduardo López Medina, *Interpretación Constitucional*, Bogotá, Escuela de Juristas Rodrigo Lara Bonilla, 2da., Edición, 2000.
- Zagrebelsky, Gustavo *El Derecho Dúctil, Ley, Derechos, Justicia*, Traducción de Marina Gascón, Madrid, editorial Trotta, 1 ed., 1995, 2 ed., 1997.

Legislación.

- Código Procesal Constitucional de Perú, Ley No. 28237.
- Constitución de la República del Ecuador, publicada en Registro Oficial No.- 449 de 20 de octubre del 2008.
- Constitución Española de 27 de Diciembre de 1978, Modificada por Reforma de 27 de Agosto de 1992.
- Constitución Política de la República de Colombia de 1991, Actualizada mediante Decreto 2576 del 27 de Julio de 2005.
- Constitución Política de la República del Ecuador, publicada en Registro Oficial No.- 01 de 11 de agosto de 1998.
- Ley de Jurisdicción Constitucional de Costa Rica, ley No. 7135.
- Ley Orgánica de Control Constitucional del Ecuador, publicada en Registro Oficial No. 99 de 2 de Julio de 1997.
- Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de España, No. 2, de 3 de octubre de 1979.
- Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de Perú, Ley No. 28301.
- Ley de Procesos Constitucionales de Sudáfrica.
- Proyecto de Ley de Justicia Constitucional, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

Jurisprudencia.

- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T778-1992.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C445-1994.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C319-1996.
- Corte Constitucional de Colombia, Providencia SU640-1998.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C400-1998.
- Corte Constitucional de Colombia, Providencia SU047-1999.

- Corte Constitucional de Colombia, Providencia SU168-1999.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C032-1999.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T937-1999.
- Corte Constitucional de Colombia, Auto A016-2000.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T961-2000.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T1003-2000.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C739-2001.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C1026-2001.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C1026-2001.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C1026-2001.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T022-2001.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T1319-2001.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C426-2002.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C916-2002.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C5878-2002.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C292-2003.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C1114-2003.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C038-2004.
- Tribunal Constitucional de Ecuador, Resolución 835-2003TC.
- Tribunal Constitucional de Ecuador, Resolución 00118-98TC.
- Tribunal Constitucional de Ecuador, Resolución 148-29CP.
- Tribunal Constitucional de España, Sentencia 85-1988.
- Tribunal Constitucional de España, Sentencia 137-1997.
- Tribunal Constitucional de España, Sentencia 189-1998.
- Tribunal Constitucional de España, Sentencia 1184-1999.
- Tribunal Constitucional de España, Sentencia 13-2003.
- Tribunal Constitucional de España, Sentencia 1907-2003.
- Tribunal Constitucional de España, Sentencia 1911-2003.
- Tribunal Constitucional de España, Sentencia 136-2004.
- Tribunal Constitucional de España, Sentencia 138-2004.
- Tribunal Constitucional de España, Sentencia 242-2005.
- Tribunal Constitucional de España, Sentencia 9-2006.
- Tribunal Constitucional de Perú, Sentencia 2488-2002-HC/TC.

SEGUNDA SECCIÓN
Derechos

Los Derechos Indígenas en la Nueva Constitución

Mario Melo Cevallos

SUMARIO

1. Un largo camino recorrido. 2. La Constitución de 2008. 3. Los derechos colectivos en la Constitución vigente. 4. Un motivo de profunda preocupación. 5. Bibliografía

1. Un largo camino recorrido

La historia política del Ecuador, en los últimos treinta años ha tenido entre sus principales protagonistas al movimiento indígena. Representativo de una minoría poblacional, a veces lúcido y orgánico, a menudo disperso e inconsecuente, este actor social, heredero de luchas centenarias, se ha aglutinado en torno a agendas extremadamente concretas: el acceso a las tierras y los territorios, el control de determinados espacios del poder público, la defensa del agua, el combate a las privatizaciones y al libre comercio, etc. En el camino, su poderosa capacidad de movilización le ha permitido capitalizar algunas victorias concretadas en cambios en la legislación y en las políticas públicas.

La ruta no fue nunca fácil. Si se han logrado avances han sido fruto de intensas luchas. El movimiento indígena y sus aliados han debido invertir vidas enteras para que el estado de postración en el que el país veía sumido a los indígenas como herencia del "yugo colonial", se haya revertido, al cabo de casi treinta años desde el final de la última dictadura, en una situación de permanente movilización que es seguido con expectativa por una nación que sabe, aunque a veces no lo admita, que el movimiento indígena es su principal agente de cambio social.

Luego de las epopéyicos levantamientos de 1990 y 1992, para mediados de la década de los noventa las principales reivindicaciones indígenas habían logrado posicionarse en el tapete de la discusión política, fruto de lo cual, el Artículo 1 de la Codificación Constitucional de 1996 ya incorporaba la definición del Estado ecuatoriano como "soberano, independiente, democrático, unitario, descentralizado, pluricultural y multiétnico". Este reconocimiento del Ecuador

como un país de pluralidad de culturas y de multiplicidad de etnias, no solo que consagraba lo evidente, sino que constituyó un salto adelante en la afirmación de la identidad de país. Su incorporación en el discurso jurídico oficial, negaba el mito de los indios como raza vencida en vías de extinción, predominante en el imaginario nacional hasta finales de los ochentas¹.

En la Asamblea Constituyente 1997-1998, el movimiento indígena logró poner a discusión y luego incluir en el texto constitucional aprobado, un conjunto de derechos colectivos cuya titularidad corresponde a los Pueblos Indígenas "que se autodefinen como nacionalidades" y al pueblo afroecuatoriano. Consecuentemente, la Constitución que estuvo vigente desde agosto de 1998 hasta octubre de 2008, incorporó algunos avances importantes en relación a los derechos indígenas.

El primero de ellos es la definición del Ecuador como un "estado social de derecho, unitario, independiente, democrático, pluricultural y multiétnico".² Este reconocimiento no fue gratuito, como hemos dicho, sino fruto de la intensa lucha del movimiento indígena que a partir de la última década del siglo XX se convirtió en indiscutible protagonista de la política nacional. Sin embargo, la Asamblea Constituyente, en ese momento, no llegó a dar el paso de reconocer la multinacionalidad como era la aspiración del movimiento indígena. Aún así, la Constitución de 98 reconoció la existencia de pueblos indígenas "que se autodefinen como nacionalidades de raíces ancestrales" y forman parte del "Estado ecuatoriano único e indivisible".³

En ese contexto, el Artículo 84 de la anterior Constitución, consagraba un conjunto de derechos colectivos cuya titularidad corresponde a los pueblos indígenas, referidos a territorio, identidad, participación, autonomía interna, ejercicio de la autoridad, justicia propia. Entre los derechos colectivos indígenas reconocidos por el Artículo 84 de la Constitución podemos mencionar: el derecho a "Mantener, desarrollar y fortalecer su identidad y tradiciones en lo espiritual, cultural, lingüístico, social, político y económico"⁴ (numeral 1); el derecho a "Conservar y desarrollar sus formas tradicionales de convivencia y organización social, de generación y ejercicio de la autoridad".⁵

¹ Cfr. Erika, Silva, *Identidad Nacional y Poder*, Quito, Editorial AbyaYala, 2005, 2a. ed.

² Constitución Política de la República de Ecuador de 1998, Artículo 1.

³ Constitución Política de la República de Ecuador de 1998, Artículo 83.

⁴ Constitución Política de la República de Ecuador de 1998, Artículo 84, numeral 1.

⁵ Constitución Política de la República de Ecuador de 1998, Artículo 84, numeral 7.

Los derechos a "Conservar la propiedad imprescriptible de las tierras comunitarias, que serán inalienables, inembargables, e indivisibles, salvo la facultad del Estado para declararlas de utilidad pública [...]".⁶ "Mantener la posesión ancestral de las tierras comunitarias y a obtener su adjudicación gratuita, conforme a la ley"⁷; y, a "[n]o ser desplazados, como pueblos, de sus tierras"⁸, vinculados con la tierra y el territorio, proveían un marco de protección jurídica a los pueblos indígenas y el Estado debía responsabilizarse de garantizar que ningún actor externo les impida el pleno ejercicio de los derechos vinculados a su opción de vida, a su territorio ancestral del que no serán desplazados bajo ningún pretexto.

Estaba también el "Derecho a ser consultados y participar de los beneficios de los recursos naturales no renovables que se hallen en sus tierras y que puedan afectarlos ambiental o culturalmente; participar en los beneficios que esos proyectos reporten, en cuanto sea posible, y recibir indemnización por los perjuicios socio-ambientales que les causen".⁹

La incorporación de los Derechos Colectivos Indígenas en la Constitución del 98 fue importante. Jurídicamente implicó que tratándose de normas constitucionales, ninguna autoridad por importante que fuera, ni ninguna persona, empresa o institución, por poderosa que sea, podía desobedecerlas. Tampoco las leyes, reglamentos, ordenanzas, instructivos ni ninguna otra norma que provenga de cualquier autoridad del gobierno nacional o de los gobiernos locales (consejos provinciales, municipios, juntas parroquiales) podían desconocer los derechos consagrados en la Constitución u oponerse a lo que en ella se establece. Esos derechos eran además de directo e inmediato cumplimiento. Entonces, era de esperarse que muchos de los problemas de los pueblos indígenas se solucionaran cuando la Constitución de 1998 reconoció sus derechos colectivos. Desgraciadamente no fue así. La Constitución, como todas las normas jurídicas nacionales e internacionales, brinda un marco de derechos para la convivencia social, pero para que esos derechos sean efectivos es necesario que sean aplicados en la práctica. El primer responsable de que los Derechos Humanos sean respetados es el Estado, a eso se le llama el "Estado de Derecho". Algunos esfuerzos evaluatorios de los diez años de vigencia de los derechos

⁶ Constitución Política de la República de Ecuador de 1998, Artículo 84, numeral 2.

⁷ Constitución Política de la República de Ecuador de 1998, Artículo 84, numeral 3.

⁸ Constitución Política de la República de Ecuador de 1998, Artículo 84, numeral 8.

⁹ Constitución Política de la República de Ecuador de 1998, Artículo 84, numeral 5.

colectivos indígenas en el Ecuador, dan cuenta del limitado nivel de cumplimiento que tuvieron en la práctica.¹⁰

2. La Constitución de 2008

La Constitución Política de la República que actualmente rige la vida jurídica del Ecuador, es fruto de un proceso profundo de cambios en la estructura institucional del Estado iniciado en septiembre de 2007, que tuvo un punto culminante con la entrada en vigencia del nuevo texto constitucional el 20 de octubre de 2008, y no terminará sino a mediados del año 2009 cuando asuman sus funciones el Presidente o la Presidenta de la República y la Asamblea Nacional Legislativa electos bajo el nuevo régimen constitucional.

El texto constitucional aprobado en referéndum, incorpora algunos elementos de gran relevancia en relación a la diversidad étnica y cultural del Ecuador, la conservación y manejo sostenible del territorio y los recursos naturales, así como los derechos vinculados a ellos.

El primero de estos avances es la noción del "buen vivir" como una pieza clave en la definición ideológica que orienta el marco constitucional de la gestión pública. Está presente desde el Preámbulo y tiene tanta relevancia que, por ejemplo, ha servido para enmarcar el capítulo referido a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, a los que el texto constitucional propuesto se refiere como "Los derechos del Buen Vivir" y cuando trata de la institucionalidad social del Estado la llama "Régimen del Buen Vivir"

El "buen vivir", "*sumak kawsay*", como se lo expresa en el Preámbulo de la Constitución, acudiendo al *runa shimi* o lengua kichwa, que es la lengua ancestral más habladas en el Ecuador y constituye una categoría simbólica que denota, en la cosmovisión de numerosos pueblos originarios, un conjunto de valores que dan sentido a la existencia en el plano individual y colectivo. Significa vida en armonía y conjuga la relación con el entorno natural, la "tierra sin mal" y con la cultura o "sabiduría de los ancestros".¹¹ Es un concepto complejo, extraño a las

¹⁰ Cfr., Rodolfo Stavenhagen, *Informe sobre la visita al Ecuador del Relator Especial de la ONU sobre los derechos y libertades de los Pueblos Indígenas*, 2006. Cfr., Fernando García, *Los pueblos indígenas del Ecuador: derechos y bienestar*, Quito, FLACSO-OXFAM América, 2007.

¹¹ Cfr., Carlos Viteri Gualinga, *Visión indígena del desarrollo en la Amazonía*, 2006, disponible en <http://www.servindi.org/archivo/2006/1015> consultado el 19 de marzo de 2009.

tradiciones ético-religiosas de las que se nutre la civilización occidental, obsesionada no por "vivir bien", buscando armonizar necesidades y recursos disponibles, sino por "vivir mejor", es decir en una permanente tensión por contar con más recursos para atender mayores necesidades, en una espiral ascendente y sin fin en la que el progreso es empujado por la insatisfacción.

Ese paradigma de buscar siempre "vivir mejor" encuentra su expresión, en la teoría económica del neoliberalismo y del capitalismo tardío, a través de la concepción del crecimiento económico como base del desarrollo social.¹²

No será fácil, al momento de definir políticas públicas por parte de un Estado que ha venido trabajando desde una visión de desarrollo y líneas metodológicas occidentales, interpretar e incorporar plenamente el concepto del Buen Vivir. Aunque el texto constitucional ya delinea el buen vivir vinculándolo con el goce efectivo de los derechos, la interculturalidad, las diversidades y la armonía con la naturaleza,¹³ será necesario, una vez que ha entrado en vigencia el proyecto constitucional, que el Gobierno Nacional impulse un diálogo franco y genuinamente intercultural, para que sus acciones se orienten efectivamente hacia el "buen vivir".

Otro avance relevante de la nueva Constitución consiste en incorporar la plurinacionalidad entre los elementos que definen el carácter del Estado ecuatoriano. Esta incorporación reta a la Nación Ecuatoriana a debatir y definir los alcances de la plurinacionalidad con el fin de que, más allá de ser una proclama enunciativa, se convierta en el reconocimiento efectivo de la unidad en la diversidad. Este enunciado de "unidad en la diversidad" plantea al Ecuador el imperativo político de la unidad respetando la diversidad de los pueblos y las culturas y habiendo partido desde el movimiento indígena, muestra a la sociedad ecuatoriana "que los pueblos indígenas a pesar de haber vivido sometidos, excluidos, repudiados por el hecho de ser diferentes por siglos, buscan la unidad de los ecuatorianos, demandan reconocernos como hermanos a pesar de las diferencias, para construir un futuro mejor".¹⁴

El Estado Plurinacional implica, para Luis Maldonado, tres elementos fundamentales:

¹² Cfr., Pablo Dávalos, "El 'Sumak Kawsay' ('Buen vivir') y las censuras del desarrollo", en *Boletín ICCI Ary-Rimay*, Año 10, No 110, Mayo de 2008.

¹³ Cfr., Constitución de la República de Ecuador de 2008, Artículo 275.

¹⁴ Cfr., Luis Maldonado, "El Estado Plurinacional desde la perspectiva de los Pueblos", en *Boletín ICCI Ary-Rimay*, Año 10, No 110, Mayo de 2008.

- La definición del Ecuador como un país diverso, en el coexisten pueblos y culturas diferentes, muchas de las cuales de origen ancestral, preexistentes a la creación del Estado y reconocidos constitucionalmente como nacionalidades y pueblos, asentados en ámbitos territoriales, que al ser incorporadas al Estado Plurinacional, lo enriquecen con distintas visiones del desarrollo, de la organización social y política, de las instituciones.
- La plena incorporación de las nacionalidades y pueblos al nuevo Estado Plurinacional implica la abolición de toda forma de opresión, explotación y exclusión. "Sin la transformación del sistema político, económico e institucional colonial y neoliberal no es posible la participación plena y el ejercicio de los derechos ciudadanos y colectivos".¹⁵
- La interculturalidad es el nuevo tipo de relacionamiento igualitario y respetuoso entre nacionalidades, pueblos y el Estado.

Aunque la Asamblea Constituyente dio un paso adelante al definir como titulares de derechos a las nacionalidades que conforman el Ecuador,¹⁶ aún no ha quedado nítidamente claro el alcance de esa categoría como forma de organización social en relación a los pueblos que la conforman y a la nación ecuatoriana, así como el de las competencias de sus gobiernos propios frente a las del gobierno central y a las de otros gobiernos regionales y locales.

Más aún, la Asamblea Constituyente redefinió las circunscripciones territoriales indígenas, institución ya enunciada en la Constitución del 98, como "gobiernos territoriales autónomos" que se registrarán por principios de interculturalidad, plurinacionalidad y de acuerdo a los derechos colectivos.

El texto constitucional dice que las circunscripciones territoriales indígenas serán un "régimen de administración especial" que podrá ser adoptado en las parroquias, cantones o provincias conformados mayoritariamente por nacionalidades, pueblos indígenas, afroecuatorianos o ancestrales, luego de una consulta aprobada por al menos las dos terceras partes de los votos válidos. Además, dos o más circunscripciones administradas por gobiernos territoriales indígenas o pluriculturales podrán integrarse y conformar una nueva circunscripción.¹⁷

¹⁵ Cfr., *ibíd.*

¹⁶ Cfr., Constitución de la República de Ecuador de 2008, Artículo 10.

¹⁷ Cfr., Constitución de la República de Ecuador de 2008, Artículo 257.

El carácter "especial" de este régimen de administración territorial, así como sus atribuciones, estructura de funcionamiento y mecanismos de adopción, deberán ser regulados por la Ley. Constituye un problema para la adopción en la práctica de las Circunscripciones Territoriales Indígenas que, de acuerdo a la Constitución, deben constituirse a partir de parroquias, cantones y provincias conformados mayoritariamente por indígenas o afroecuatorianos. La dificultad consiste en que los territorios indígenas y afroecuatorianos no coinciden necesariamente con la división político administrativa del Estado. Normalmente, los territorios indígenas extensos y continuos de Costa y Amazonía se superponen parcialmente a varias parroquias, varios cantones e incluso varias provincias.

Así sucede, por ejemplo, con el territorio Achuar que se extiende por parte de la provincia de Pastaza y parte de la provincia de Morona Santiago. En Morona Santiago, el territorio Achuar está en parte del cantón Taisha, parte del Cantón Morona. Consecuentemente, el formato de conformación de la Circunscripción territorial Indígena del Artículo 257 de la Constitución, parece complejo de ser aplicado de una manera que garantice la integridad y continuidad del territorio Achuar.

Peor aún en el caso de las comunidades Kichwa de la sierra que por razones históricas han podido conservar sus territorios en porciones dispersas e intercaladas con predios de propietarios no indígenas (lógica de ocupación territorial indígena en archipiélagos). Por ello hay una necesidad muy grande que una ley secundaria que está por formularse, aclare y viabilice el mecanismo previsto en la Constitución para que las Circunscripciones Territoriales Indígenas se conviertan por fin en una realidad.

3. Los derechos colectivos en la Constitución vigente

Los derechos colectivos indígenas son especialmente importantes en el contexto de la plurinacionalidad. El reconocimiento de los derechos colectivos de carácter étnico, como hemos dicho, fue un avance importante de la Constitución de 1998. Su aplicación en la década de vigencia de esa carta fundamental ha sido deficitario¹⁸ pero el impacto de su vigencia ha sido invaluable para reafirmar la visión de los indígenas, ante los ojos del país y ante los suyos propios, como sujetos de derechos.

¹⁸ Cfr., Rodolfo Stavenhagen, *Informe sobre la visita al Ecuador del Relator Especial de la ONU sobre los derechos y libertades de los Pueblos Indígenas*, 2006.

Lamentablemente, los cuerpos legales secundarios que se ocupan de la aplicación de los derechos de los pueblos indígenas han sido escasos en esta década de vigencia de la Constitución del 98. Sucesivos esfuerzos por lograr la aprobación de leyes que promuevan la aplicación de los derechos colectivos han fracasado. El caso más relevante es el del Proyecto de Ley Orgánica de los Pueblos Indígenas que habiendo sido aprobado por el Congreso fue vetado totalmente por el Presidente de la República en el mes de diciembre de 2002. Apenas el 8 de julio de 2007 se aprobó la Ley Orgánica de Instituciones Públicas de los Pueblos Indígenas del Ecuador que se autodefinen como nacionalidades de raíces ancestrales, que regula la vida jurídica del Consejo de Desarrollo de las Nacionalidades y Pueblos Indígenas del Ecuador (CODENPE), la Secretaría Nacional de Salud Intercultural de las Nacionalidades y Pueblos Indígenas del Ecuador; y, el Fondo de Desarrollo de las Nacionalidades y Pueblos Indígenas del Ecuador (FODEPI).

En la nueva Constitución, se mantienen los derechos alcanzados en el 98 y se incorporan en el nuevo texto constitucional, otros derechos importantes, como el reconocimiento del derecho al territorio y a la autodeterminación de los pueblos en aislamiento voluntario. Sus territorios, de acuerdo al penúltimo inciso del Artículo 57, son de posesión irreductible y en ellos estará prohibido todo tipo de actividad extractiva. Esta prohibición para las actividades extractivas protege, de acuerdo al texto del proyecto constitucional, de manera amplia a los territorios ancestrales de los pueblos en aislamiento y de ningún modo puede entender restringida a la denominada Zona Intangible que solo abarca una porción de dichos territorios ancestrales. Ordena también este inciso que el Estado adopte medidas para garantizar la vida, la autodeterminación y la voluntad, de estos pueblos, de permanecer en aislamiento. Por último, se establece que la violación de los derechos constituirá delito de "etnocidio" que será tipificado por la Ley.

Otros derechos colectivos indígenas que incorpora la nueva Constitución son el derecho a recuperar, promover y proteger los lugares rituales y sagrados¹⁹. (Numeral 12, Art. 57)

Respecto a las tierras y territorios indígenas, el Artículo 57 de la Carta Magna, garantiza los siguientes derechos:

¹⁹ Cfr., Constitución de la República de Ecuador de 2008, Artículo 57, numeral 12.

1. Conservar la propiedad imprescriptible de las tierras comunitarias, que serán inalienables, inembargables, e indivisibles,²⁰ cuyo alcance ya hemos comentado al tratar de los derechos colectivos en la Constitución de 1998.
2. Mantener la posesión ancestral de las tierras comunitarias y a obtener su adjudicación gratuita.²¹
3. No ser desplazados de sus tierras ancestrales.²²

Está también "La consulta previa, libre e informada, dentro de un plazo razonable, sobre planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en sus tierras y que puedan afectarles ambiental o culturalmente; participar en los beneficios que esos proyectos reporten y recibir indemnizaciones por los perjuicios sociales, culturales y ambientales que les causen. La consulta que deben realizar las autoridades competentes será obligatoria y oportuna. Si no se obtuviese el consentimiento de la comunidad consultada, se procederá conforme a la Constitución y a la ley".²³ Los pueblos indígenas tienen derecho, además, a ser consultados antes de la adopción de una medida legislativa que pueda afectar cualquiera de sus derechos colectivos.

En la Constitución se hizo explícita la prevalencia de los instrumentos internacionales de derechos humanos, incluyendo pactos, convenios y declaraciones en la aplicación de los derechos colectivos.²⁴ Esta explicitación es importante en vinculación con el derecho a la consulta previa sobre planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en territorios indígenas, que ya habiendo constado en la Constitución del 98 ha tenido una muy escasa aplicación práctica por lo que el movimiento indígena nacional liderado por la CONAIE presionó insistentemente para que la Asamblea avance hacia la aprobación del derecho al consentimiento previo, libre e informado. La voluntad política de la mayoría de la Asamblea de incorporar los avances empujados por el movimiento indígena topó techo en este tema. La oposición del Ejecutivo impidió que la Asamblea apruebe el derecho al consentimiento libre, previo e informado de las comunidades afectadas por decisiones estatales que los afecten gravemente

²⁰ Cfr., Constitución de la República de Ecuador de 2008, Artículo 57, numeral 4.

²¹ Cfr., Constitución de la República de Ecuador de 2008, Artículo 57, numeral 5.

²² Cfr., Constitución de la República de Ecuador de 2008, Artículo 57, numeral 11.

²³ Constitución de la República de Ecuador de 2008, Artículo 57, numeral 7.

²⁴ Cfr., Constitución de la República de Ecuador de 2008, Artículo 57.

cultural y ambientalmente, aunque este derecho actualmente se halla reconocido en el Sistema Jurídico Internacional.²⁵

En la nueva Constitución, ante la eventualidad de una respuesta negativa de los consultados, se dispone se proceda "conforme a la Constitución y a la Ley". Esta salida no hace sino postergar la discusión respecto al tratamiento que le otorguen las comunidades, hasta que la situación se produzca y eventualmente los jueces nacionales o internacionales resuelvan reconociendo o no el derecho al consentimiento.

El Relator Especial de Naciones Unidas sobre los Derechos y Libertades de los Pueblos Indígenas, James Anaya, en su visita a la Asamblea Constituyente del Ecuador (mayo, 2008), sobre el derecho al consentimiento libre, previo e informado, sostuvo que enmarcar el debate en que si los pueblos indígenas deberán o no gozar de un derecho constitucional de veto para frenar planes de desarrollo o extracción de hidrocarburos o minerales que por ley pertenecen al Estado, no encaja en el espíritu de estos principios tal como están sentados en la normativa internacional. Por lo contrario, señaló que *"los principios de consulta y consentimiento buscan promover el entendimiento mutuo y en consenso en la toma de decisiones"*. Recuerda que estos principios responden *"a una historia en que se ha negado repetidamente a los pueblos indígenas la participación en la toma de decisiones que les han afectado profundamente, muchas veces en detrimento de sus derechos humanos fundamentales y en ocasiones hasta de su propia supervivencia como pueblos"*. Por eso, en situaciones en las que la medida que se pretende adoptar tendría impactos sustanciales que podrían poner en peligro el bienestar físico o cultural básico de comunidad indígena interesada, *"el Estado sí tiene el deber de no adoptar la medida sin el consentimiento de comunidad"*, señaló Anaya citando el pronunciamiento de la Corte Interamericana de derechos Humanos en el caso *Saramaka v. Suriname*, resuelto en noviembre de 2007.

La Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas fue adoptada por el Consejo de Derechos Humanos de la ONU el 29 de junio de 2006, luego de más de veinte años de negociación en Ginebra, Suiza. El Consejo de Derechos Humanos anexó el texto de la Declaración y envió su informe a la Asamblea General de la ONU y el 13 de septiembre de 2007 fue finalmente aprobada por una mayoría de países miembros, incluido el Ecuador.²⁶

²⁵ Declaración de las Naciones Unidas de los Derechos de los Pueblos Indígenas. Septiembre de 2007.

La Declaración estipula que los Estados deben consultar de forma eficaz y con procedimientos apropiados y contar con el consentimiento libre, previo e informado para cualquier actividad de interés gubernamental, respetando las instituciones que representen a los pueblos indígenas, lo que fortalece los derechos territoriales de los pueblos ancestrales, al permitir que sean ellos quienes decidan libremente sobre toda acción que se emprenda en sus territorios. En la Asamblea de la ONU en la que se aprobó la Declaración (septiembre de 2007), el representante del Gobierno ecuatoriano expresó su voto favorable y a nombre del Ecuador dijo: *"Hoy expresa su compromiso de aplicar e implementar la declaración en todas las políticas estatales [...]"*.

Este compromiso, asumido a nombre del Gobierno presidido por Rafael Correa en el más alto foro de la Humanidad, lo vincula con la comunidad internacional y con su propio pueblo. Un Gobierno legítimo no debe traicionar su palabra de garantizar los derechos, frente a los avatares de la política interna. Por eso, el presidente Constitucional de la República está en la obligación ética, jurídica y política de respetar plenamente los derechos de las nacionalidades y pueblos indígenas recogidos en este importante instrumento internacional.

4. Un motivo de profunda preocupación

Los avances que la Constitución de 2008 aportan para la construcción de una nueva visión del Ecuador, más soberano e inclusivo, sobre los cuales nos hemos referido en este artículo, solo cumplen su papel en la medida en que haya una voluntad política expresada en el Estado por observarlos y en la ciudadanía por exigirlos.

El "buen vivir", la plurinacionalidad, los Derechos de la Naturaleza, son avances importantes que ponen al constitucionalismo ecuatoriano a la vanguardia a nivel mundial, como un país que asume la gran diversidad humana y natural que lo caracteriza, como su mayor riqueza.

Sin embargo, el tránsito entre un modelo de desarrollo basado en la explotación inmisericorde de la naturaleza que no ha dejado, en las cuatro décadas de extractivismo petrolero, la prosperidad prometida hacia un modelo fundado en la relación armónica entre el ser humano, la comunidad y la naturaleza, propuesto por la actual Constitución, es lento y difícil.

²⁶ Entre los países que votaron en contra constan Estados Unidos, Canadá, Australia, Nueva Zelandia, Rusia, Filipinas, y países africanos como Namibia, Nigeria y Botsuana.

Enormes intereses transnacionales hacen fuerza para que los cambios constitucionales no se reflejen en cambios profundos de la legislación secundaria. En la medida de que la Constitución garantiza derechos colectivos a favor de los territorios indígenas, espacios en los que a menudo se concentran reservas de recursos naturales codiciados, la voluntad de los decisores políticos por incorporarlos efectivamente en la gestión pública se vuelve más difusa.

Actualmente la Comisión de Legislación y Fiscalización se encuentra tramitando algunos proyectos de Ley importantes y se esperaría que en su aprobación haya coherencia con los nuevos enunciados de la Carta Fundamental. Lamentablemente, no hay señales claras de que eso sea así.

5. Bibliografía

Doctrina

- Becker, Marc, "La historia del movimiento indígena escrita a través del las páginas del *Ñucanchi Allpa*", en Sosa- Buchholz y Waters, comp., *Estudios Ecuatorianos, un aporte a la discusión*, Quito, FLACSO-Abda Yala, 2006.
- Centro de Derechos Económicos y Sociales, *Informe DESC Amazonía Ecuador*, Quito, CDES, 2008.
- Charvet, Erika, *Mushuk Allpa. La experiencia de los indígenas de Pastaza en la conservación de la Selva Amazónica*, Quito, Comunidec-I.Amazanga, 2003.
- Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador, *Proyecto Político de las Nacionalidades y Pueblos del Ecuador. Documento de Avances y Discusiones*, Quito, CONAIE, 2002.
- ———, *Informe para el Relator sobre Pueblos Indígenas e Informe sobre DDHH en el Ecuador 2003-2004*, Quito, CONAIE, 2004.
- ———, *Propuesta de la CONAIE frente a la Asamblea Constituyente. Principios y lineamientos para la nueva constitución del Ecuador*, Quito, CONAIE, 2007.
- Dávalos, Pablo, "El 'Sumak Kawsay' ('Buen vivir') y las censuras del desarrollo", en *Boletín ICCI Ary-Rimay*, Año 10, No 110, Quito, mayo de 2008.
- García, Fernando, *Los pueblos indígenas del Ecuador: derechos y bienestar*, Quito, FLACSO-OXFAM América, abril de 2007.
- Leal, Deborah, *Informe DESC: Amazonía Ecuatoriana*, Quito, CDES/ Fundación Pachamama, agosto de 2006

- Mackay, Fergus, *Los Derechos Indígenas en el Sistema Internacional*, Lima, APRODHE, 1999, 1a. ed.
- Maldonado, Luis, "El Estado Plurinacional desde la perspectiva de los Pueblos", en *Boletín ICCI Ary-Rimay*, Año 10, No 110, Mayo de 2008.
- Melo, Mario, *Consulta Previa, petróleo y derechos en la Amazonía Ecuatoriana*. Quito, CDES, 2005.
- ———, et al., *Sistematización de Experiencias de Capacitación: Territorios Indígenas, petróleo y DESC en la Amazonía*, Quito, CDES, 2005.
- ———, *La aplicación de los Derechos colectivos en el Ecuador*, Quito, DINAPIN-PNUD, 2006
- Ortiz, Pablo, *Plurinacionalidad y Autodeterminación de Nacionalidades y Pueblos Ancestrales en la reinención de la Democracia en Ecuador. Insumos preliminares para el Debate Constituyente*, Quito, Editorial Mimeo, 2008.
- Roldan, Roque, *Manual para la formación en Derechos Indígenas*, Quito, Editorial Abda Yala-COICA-InWent, 2004, 1a. ed.
- Silva, Erika, *Identidad Nacional y Poder*, Quito, Editorial AbyaYala, diciembre de 2005, 2a. ed.
- Stavenhagen, Rodolfo, *Informe sobre la visita al Ecuador del Relator Especial de la ONU sobre los derechos y libertades de los Pueblos Indígenas*, mayo de 2006.
- Vallejo, Ivette, *Sistematización del marco jurídico institucional en torno al reconocimiento formal e integral de territorios ancestrales en el Ecuador*, Quito, Fundación Pachamama, abril de 2008.
- Viteri Gualinga, Carlos, "Autodeterminación y territorio", en *Diario Hoy*, Quito. 10 de febrero de 2001.
- ———, *Visión indígena del desarrollo en la Amazonía*, <http://www.servindi.org/archivo/2006/1015>.

Normativa

- Constitución Política de la República del Ecuador. 1998
- Constitución de la República del Ecuador. 2008
- Convención Internacional sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, 1969
- Convenio 169 de la OIT.
- Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos del los Pueblos Indígenas. 2007

El derecho al ambiente sano en la nueva Constitución

Javier Dávalos Gonzáles

SUMARIO

1. Introducción 2. El derecho al ambiente sano. 2.1. El ambiente sano en un Estado constitucional de derechos. 2.2. El derecho al ambiente sano como garantía del *sumak kawsay*. 3. El derecho al ambiente sano y los derechos de la naturaleza. 4. Las nuevas garantías del derecho al ambiente sano. 4.1. Garantías normativas. 4.2. Garantías jurisdiccionales. 4.3. Garantías políticas. 5. Conclusiones. 6. Bibliografía

1. Introducción

La Constitución de la República del Ecuador de 2008 busca construir una nueva forma de convivencia ciudadana, basada en la diversidad de nuestro pueblo y en la armonía con la naturaleza, para alcanzar el buen vivir o *sumak kawsay*. Este nuevo modelo para el desarrollo ha sido construido en el marco del proceso constituyente más amplio e incluyente que ha vivido nuestro país y ha recogido en su redacción miles de propuestas emanadas desde la sociedad civil y las organizaciones sociales.

Esta Constitución ha sido calificada por algunos sectores como *garantista*, no sólo por el amplio y moderno espectro de derechos que reconoce, sino porque ha dotado a estos de un contenido mínimo esencial, así como de garantías normativas, políticas y jurisdiccionales para asegurar su cumplimiento y exigibilidad ante las respectivas instituciones. Del mismo modo, la nueva Carta Magna propone un novedoso régimen de desarrollo que orienta el accionar estatal, enmarcado en la concepción indígena ancestral del buen vivir o *sumak kawsay*, que comprende la necesidad del disfrute de los derechos fundamentales para el desarrollo integral del ser humano entendido como la finalidad última de la organización estatal conformada por sistemas políticos, económicos, sociales, ambientales y culturales.

En este marco, la Constitución de 2008 reconoce el derecho al ambiente sano como una parte fundamental de este nuevo modelo de desarrollo, enmarcado en los derechos humanos y en el revolucionario reconocimiento de los derechos de la naturaleza. A lo largo de este ensayo, analizaremos el contenido que la nueva Constitución le brinda a este derecho humano, su relación indiscutible con la dotación de derechos a la naturaleza de la que formamos parte y el diseño del modelo que busca alcanzar el *sumak kausay*, así como sus principales garantías de tipo normativo, político y jurisdiccional, que constituyen excelentes instrumentos de exigibilidad.

2. El derecho al ambiente sano

Al iniciar este trabajo, nos preguntamos si tiene sentido, a esta altura del debate jurídico y constitucional, cuestionarnos el reconocimiento del derecho al ambiente sano como un verdadero derecho humano. Si consideramos que la Declaración Universal de los Derechos Humanos no incorpora al ambiente sano dentro del catálogo de derechos reconocidos por la Organización de las Naciones Unidas en 1948, donde prevalecen los derechos individuales, por sobre los derechos de tipo social, colectivo o difuso, esta pregunta podría no ser tan descabellada.

Podemos constatar de igual manera que este derecho no aparece en los documentos de los sistemas de derechos humanos –tanto universal como regional– referentes a los derechos civiles y políticos, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Ante este fenómeno es posible encontrar dos explicaciones, la primera es que la materia que regulan los derechos contenidos en estos instrumentos tiene una dimensión preponderantemente individual y la segunda es que la preocupación del ser humano por tener un ambiente sano en donde desarrollarse no se produce sino hasta la segunda mitad del siglo XX, cuando que se empiezan a notar los graves daños que la industrialización y explotación desmedida de los recursos naturales causaron al planeta.

Sin embargo, más adelante, y a partir del reconocimiento del deterioro ambiental causado por la humanidad, el derecho a un ambiente sano fue introducido en los tratados de derechos humanos como una prerrogativa fundamental de todas las personas. Este reconocimiento posicionó al derecho al medio ambiente sano dentro de la clasificación tradicional de los derechos económicos, sociales y culturales, o de aquellos con dimensión colectiva. Por

ejemplo, el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales recogen el derecho a vivir en un medio ambiente sano. Así, el Protocolo de San Salvador lo reconoce de manera específica en el siguiente sentido: "Toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos. Los Estados partes promoverán la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente".¹

Esta fue la visión que primó en los primeros años respecto a este derecho, una visión muy relacionada con la inmediatez del disfrute de los servicios básicos, y una mejor calidad de vida para la generación presente, desde un punto de vista antropocéntrico.

A nivel constitucional, la Carta Magna del Ecuador de 1998 recogía un importante nuevo componente de este derecho, la concepción de la sustentabilidad. El antiguo texto constitucional señalaba que: "El Estado protegerá el derecho de la población a vivir en un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado, que garantice un desarrollo sustentable".²

El contenido del derecho a un ambiente sano fue definido de forma amplia por la jurisprudencia de varios países, así por ejemplo, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica estableció que "equivale a la aspiración a mejorar el entorno de vida del ser humano, de manera que desborda los criterios de conservación natural para ubicarse dentro de la esfera en que se desarrolle la persona, sea la familiar, la laboral o la del medio en el cual habita [...] En cambio el derecho a un ambiente ecológicamente equilibrado es un concepto más restringido referido a una parte importante de ese entorno en el que se desarrolla el ser humano, al equilibrio que debe existir entre el avance de la sociedad y la conservación de los recursos naturales".³

En una redacción muy parecida al texto constitucional de 1998, aunque con una diferencia determinante, la recientemente aprobada Constitución del Ecuador, señala que "Se reconoce el derecho de la población a vivir en un

¹ Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador), art. 11.

² Ver Constitución de 1998, art. 86.

³ Ver Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Sentencia número 00644-99, citado por Marianella Álvarez Molina, en *Los alcances del derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado en Costa Rica*, disponible en <http://turan.uc3m.es/uc3m/inst/MGP/FCI9MAM.pdf>, último acceso 25 de marzo de 2009.

ambiente sano y ecológicamente equilibrado, que garantice la sostenibilidad y el buen vivir, *sumak kawsay*".⁴ Al parecer, no existiría una importante contradicción entre las redacciones de los textos constitucionales, sin embargo, si hacemos una análisis estricto, encontraremos dos diferencias sustanciales, la primera relacionada a la forma del reconocimiento del derecho, y la segunda, en cuanto a su objeto y fin último. Analicemos detenidamente estos dos aspectos del derecho al ambiente sano en la nueva Constitución.

2.1. El ambiente sano en un Estado constitucional de derechos

La Constitución del 2008 tiene 3 innovaciones fundamentales: en primer lugar, la definición del Ecuador como un Estado constitucional de derechos y de justicia, con una nueva y revolucionaria clasificación de los derechos que reconoce; en segundo lugar, el establecimiento de un nuevo modelo de desarrollo basado en el concepto del buen vivir o *sumak kawsay*; y, en tercer lugar, el novedoso reconocimiento de los derechos de la naturaleza. El análisis de estas tres características, nos llevará a entender las nuevas dimensiones del derecho al ambiente sano en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

En esta parte hacemos referencia a la primera de estas innovaciones, relativa a la denominación del Estado que se pretende construir. Ramiro Ávila señala que la explicación para la definición del Estado ecuatoriano como "de derechos" se debe al reconocimiento de la pluralidad jurídica y a la centralidad de los derechos de las personas sobre el Estado y sobre la ley.⁵ Nos detendremos un momento en el análisis de la segunda razón.

Al convertirse el Ecuador en un Estado de derechos, todo el aparato estatal y jurídico debe adaptarse a cumplir con las obligaciones que estos le imponen, constitucionalizando un Estado compatible con lo que Bobbio calificó como la era de los derechos. Así, el respeto, protección, garantía y promoción de los derechos de las personas son las obligaciones fundamentales del Estado y sus representantes.

⁴ Ver Constitución de 2008, art. 14.

⁵ Para un análisis detallado sobre el Estado constitucional de derechos y de justicia ver Ramiro Ávila, "Ecuador: Estado Constitucional de Derechos y Justicia", en Ramiro Ávila (editor), *Constitución del 2008 en el Contexto Andino: Análisis de la doctrina y el derecho comparado*, Serie Justicia y Derechos Humanos No. 3, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008.

En esta línea de innovación, el texto constitucional ecuatoriano ha dejado de lado la tradicional clasificación por generaciones de los derechos humanos,⁶ y ha establecido una clasificación de los mismos de acuerdo a sus fundamentos ontológicos. De este modo, los derechos se clasifican en: derechos del buen vivir, derechos de las personas y grupos de atención prioritaria, derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades, derechos de participación, derechos de libertad, derechos de la naturaleza y derechos de protección.

El derecho al ambiente sano se ubica dentro de los derechos del buen vivir, junto a los derechos al agua y alimentación, comunicación e información, cultura y ciencia, educación, hábitat y vivienda, salud, trabajo y seguridad social. Este grupo de derechos son las prerrogativas básicas que, de acuerdo al concepto del buen vivir, posibilitan el desarrollo integral de las capacidades y potencialidades de las personas. Podemos mencionar que estos derechos tienen una dimensión colectiva muy importante a la hora de analizar sus sujetos y pensar en su exigibilidad.

El derecho al ambiente sano también se halla reconocido como parte de los derechos de libertad en la nueva Constitución. Más allá de una posible repetición de articulado por parte de los constituyentes, nos atrevemos a pensar que se buscó proteger la dimensión individual que posee este derecho, al recogerlo en el artículo 66(27) que reconoce y garantiza a las personas "El derecho a vivir en un ambiente sano, ecológicamente equilibrado, libre de contaminación y en armonía con la naturaleza."

La importancia del derecho al ambiente sano se ve reflejada en este doble reconocimiento y doble constitucionalización, que entiende su dimensión individual y colectiva, y su importancia a la hora de lograr el fin último que se plantea la nueva Constitución, el buen vivir o *sumak kawsay*, tema que analizamos a continuación.

⁶ La clasificación de los derechos humanos en tres generaciones ha sido severamente criticada por muchos representantes de la teoría jurídica neoconstitucionalista por considerar que esta clasificación privilegió el ejercicio y exigibilidad de los derechos de primera generación, por encima de los derechos de segunda y de tercera generación, que se convirtieron en derechos de segunda o tercera clase, según el criterio del Comisionado Víctor Abramovich de la CIDH.

2.2. El derecho al ambiente sano como garantía del *sumak kawsay*

Como vimos en el apartado anterior, la nueva Constitución del Ecuador establece el derecho al ambiente sano como uno de los derechos humanos que permiten conseguir el buen vivir o *sumak kawsay*. Dada la interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos, así como la vocación garantista de nuestra nueva Constitución, sólo se puede entender el verdadero disfrute del derecho al ambiente sano como una herramienta para lograr el buen vivir.

Este concepto milenario ha sido recogido por el texto constitucional como la base del nuevo modelo de desarrollo de nuestro país, modelo que se define en su artículo 275 como el conjunto organizado, sostenible y dinámico de los sistemas económicos, políticos, socio-culturales y ambientales, que garantizan la realización del buen vivir o *sumak kawsay*.

Como vemos, el componente ambiental es una pieza clave para el nuevo desarrollo que, según el texto constitucional, requerirá que las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades gocen efectivamente de sus derechos, y ejerzan responsabilidades en el marco de la interculturalidad, del respeto a sus diversidades y de la convivencia armónica con la naturaleza. Este nuevo modelo significa un giro en la forma de concebir la relación entre el Estado, la sociedad y el mercado. Supera una visión reduccionista de crecimiento económico, que no siempre genera bienestar.

Tal como manifiesta la tradición quichua, el *sumak kawsay* no se puede alcanzar sin lograr como prerrequisito el *sumak aillpa* (buena tierra), ya que para la cultura indígena, este buen vivir sólo se puede disfrutar con la concurrencia de tres elementos: agua, aire y territorio.⁷ Esto quiere decir, en términos jurídicos, que el buen vivir no se puede alcanzar sin el disfrute del derecho a un ambiente sano y libre de contaminación.

Finalmente, uno de los objetivos de este novedoso régimen de desarrollo está definido en los siguientes términos: "*Recuperar y conservar la naturaleza y mantener un ambiente sano y sustentable que garantice a las personas y colectividades el acceso equitativo, permanente y de calidad al agua, aire y suelo, y a los beneficios de los recursos del subsuelo y del patrimonio natural.*"⁸ Aquí se evidencia claramente la conexión entre el modelo

⁷ Marlon Santi, Presidente de la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador CONAIE, Los derechos de la naturaleza, ponencia realizada en el foro Los derechos de la naturaleza, noviembre de 2008, Quito.

⁸ Ver Constitución de 2008, art. 276 (4)

de desarrollo, los derechos de la naturaleza y el derecho al ambiente sano. Analicemos como se relacionan el derecho al ambiente sano con los recientemente reconocidos derechos de la naturaleza.

3. El derecho al ambiente sano y los derechos de la naturaleza

El contenido del derecho al ambiente sano, que tiene un enfoque netamente antropocéntrico, no se puede entender sin mirar los adelantos relativos a los derechos de la naturaleza que recoge la nueva Constitución y las implicaciones de estos en el diseño del nuevo modelo de desarrollo. A priori podemos decir que es innegable la vinculación del derecho al ambiente sano con aspectos fundamentales de los derechos de la naturaleza, tales como la soberanía alimentaria, el suelo y el agua.

El abogado ambientalista sudafricano Cormac Cullinan manifiesta que ninguno de los componentes del planeta puede sobrevivir sin pertenecer o formar parte del ecosistema, esto significa que el bienestar de cada miembro de la comunidad terrestre está directamente derivado del bienestar de la Tierra como un todo.⁹ De este modo, siguiendo este razonamiento, sin la comprensión y respeto a los ciclos propios de la naturaleza tarde o temprano dejaremos de disfrutar del derecho al ambiente sano, por más que lo califiquemos como un derecho humano, si no protegemos la naturaleza por lo que representa en sí misma para la sostenibilidad del planeta, el ambiente sano es un derecho que se nos escapará de las manos.

Como ha sido reconocido a nivel mundial, la Constitución ecuatoriana del 2008 ha proclamado, en un audaz avance en la teoría jurídica, los derechos de la naturaleza. Estos derechos deben ser entendidos dentro de este marco de base jurídica para un nuevo modelo de desarrollo que tiene como centro y fin al ser humano, que si bien tiene derecho a beneficiarse del ambiente y de las riquezas naturales, con el fin de lograr ese buen vivir, no es un ser superior respecto a una naturaleza de la que él mismo forma parte. Así, el artículo 71 de la Constitución señala que "la naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos".

⁹ Cormac Cullinan, *Wild Law*, Green Books, 2003. Extractos disponibles en <http://www.orionmagazine.org/index.php/articles/article/530>, último acceso 25 de marzo de 2009.

El sistema jurídico ha definido tradicionalmente a todo lo que no es un ser humano o una persona jurídica como un objeto del derecho. Esta *cosificación* de la gran parte viva no humana de la comunidad terrestre nos ha llevado a la explotación desmedida de la naturaleza. Se puede incluso comparar esta situación con el sistema perverso de la esclavitud, donde ciertas personas, que eran consideradas objetos, eran susceptibles de explotación desmedida por parte de quienes en esa época eran considerados sujetos de derechos. Un nivel igual o peor de explotación es la que hemos llevado a cabo los seres humanos con nuestro planeta.

En este sentido, mirando la necesidad de cambios fundamentales en el método que hemos adquirido para regular nuestra convivencia, el reconocimiento de los derechos de la naturaleza busca dejar atrás la concepción de la especie humana como superior y separada de la madre natura, que la reduce a una máquina de producción bajo nuestro control y dedicada a la generación de recursos y el crecimiento infinito de la economía, para reemplazarla por un modelo de armonía y respeto con la naturaleza y sus ciclos vitales.

El *sumak kawsay* es un nuevo modelo que trae una esperanza sobre la posibilidad tan anhelada de una sociedad viable y sostenible. El reconocimiento de los derechos de la naturaleza nos da la posibilidad de alinear la forma como regulamos el comportamiento humano con la forma en que el propio planeta regula sus ciclos vitales, tal como lo han hecho las comunidades y pueblos ancestrales de nuestro país. De hecho, como afirma Mario Melo, "El derecho de la Naturaleza a existir y a que sus ciclos vitales no sean alterados por agresiones provenientes de la especie humana, confluye con los Derechos Colectivos de los Pueblos Indígenas y su autodeterminación, para fortalecer la lucha por la defensa de los territorios frente a las agresiones que le infringen actividades extractivistas y desarrollistas".¹⁰

La aplicación efectiva de este nuevo modelo de desarrollo, junto con el respeto de los derechos de la naturaleza, será fundamental para alcanzar el disfrute del derecho al ambiente sano como un verdadero derecho humano en el Ecuador.

¹⁰ Cfr., Mario Melo, *Los Derechos de la Naturaleza en la nueva Constitución ecuatoriana*, p.2, disponible en <http://derechosnaturaleza.blogspot.com>, último acceso el 25 de marzo de 2009.

4. Las nuevas garantías del derecho al ambiente sano

Considerando que el deber primordial del Estado ecuatoriano es garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, así como la centralidad de los derechos en el nuevo sistema jurídico y la necesidad de la adecuación de las instituciones para su garantía y protección, se han establecido ya no solamente garantías jurisdiccionales para los derechos, sino garantías normativas y de política pública.

La mayoría de estas garantías son funcionales a la generalidad de los derechos humanos reconocidos en la Constitución, sin embargo, para la verdadera vigencia del derecho al ambiente sano se han establecido una serie de garantías particulares para su exigibilidad, tanto política como judicial.

Algunas de estas garantías ya estaban presentes en la Constitución de 1998, pero a estas se han sumado nuevos instrumentos de exigibilidad o se han transformado para mejorar su eficacia. Así, podemos contar entre estas las siguientes: responsabilidad objetiva por contaminación, inversión de la carga de la prueba, reconocimiento de garantías de los derechos colectivos de las comunidades, pueblos y nacionalidades, imprescriptibilidad de las acciones ambientales, el principio *in dubio pro natura*, la participación social, una amplia legitimación activa, la intangibilidad de las áreas protegidas, el establecimiento de un sistema de gestión de riesgos, la consulta previa, el sistema nacional descentralizado ambiental.

A continuación intentaremos realizar una clasificación de las garantías que recoge la nueva Constitución para el derecho al ambiente sano.

4.1. Garantías normativas

Las garantías normativas consisten en la obligación de subordinar las leyes y normas jurídicas, tanto en su aspecto material como formal, a lo establecido por la Constitución. Esta obligación es tanto para la Asamblea Nacional como para todo órgano con potestad normativa. De este modo, las leyes que se desarrollen tienen que ir en una dirección tal que garanticen los principios constitucionales y el *sumak kamsay*, de lo contrario no serían coherentes con el nuevo modelo propuesto y serían, por tanto, inconstitucionales.

Dentro de la reforma legal que requiere la aplicación del modelo constitucional, el desarrollo del derecho al ambiente sano, requiere cambios radicales en importantes conceptos como el interés público o beneficio nacional,

ya que estos también se deben enfocar a la plena realización del buen vivir e introducir nuevos principios para su formulación. Cuando estos cambios se realicen y se diseñen las leyes y reglamentos que puedan tener consecuencias sobre el disfrute del derecho al ambiente sano, se deberá tener en cuenta las garantías normativas que hemos señalado.

Así, por ejemplo, la ley que regule la consulta previa, la que se refiera al tema minero, o aquellas relativas al agua o a la soberanía alimentaria, deberán ser consistentes con los mandatos constitucionales y los principios de aplicación de los derechos que recoge el artículo 10 de la nueva Constitución.

4.2. Garantías jurisdiccionales

Para la exigibilidad judicial de los derechos se han establecido una serie de garantías judiciales, amparadas todas bajo un principio de legitimación activa amplia que permite a cualquier persona, grupo de personas, comunidad, pueblo o nacionalidad proponer las acciones previstas en la Constitución, además de otras disposiciones comunes a todas las garantías ante la Función Judicial.

Dentro de estas garantías, tanto la acción de protección como la acción de acceso a la información pública, son herramientas de enorme valor a la hora de defender el derecho al ambiente sano, así como la acción por incumplimiento, cuando se deje de ejecutar una orden dictada de forma legítima por una autoridad competente.

En el campo procesal, existen ciertas garantías específicas para la protección del ambiente, y de este modo, del derecho humano al ambiente sano. Podemos señalar entre ellas las siguientes: las acciones legales para perseguir y sancionar por daños ambientales son imprescriptibles; se permite a cualquier persona natural o jurídica, colectividad o grupo humano ejercer las acciones legales y acudir a los órganos judiciales y administrativos, sin perjuicio de su interés directo, para obtener de ellos la tutela efectiva en materia ambiental, incluyendo la posibilidad de solicitar medidas cautelares que permitan cesar la amenaza o el daño ambiental materia de litigio; la carga de la prueba sobre la inexistencia de daño potencial o real recaerá sobre el gestor de la actividad o el demandado, entre otras.

4.3. Garantías políticas

Finalmente, la Función Ejecutiva también está condicionada para garantizar el derecho al ambiente sano por medio de garantías políticas que le impiden el

desarrollo de actividades que vayan en contra de los lineamientos que establece la Constitución. Así, la formulación, ejecución, evaluación y control de las políticas públicas que puedan afectar el derecho al ambiente sano, deben orientarse a hacer efectivo el buen vivir de la población y no alejarse de este objetivo en ningún momento.

Estos lineamientos de política pública se describen en el capítulo relativo al Régimen del Buen Vivir de la Constitución (Título VII) y en otros capítulos referentes a temas ambientales, e incorporan algunas directrices para el ejercicio del poder público en el Ecuador, tanto a nivel nacional como local.

De este modo, se declara de interés público la preservación del ambiente, la conservación de los ecosistemas, la biodiversidad y la integridad del patrimonio genético del país, la prevención del daño ambiental y la recuperación de los espacios naturales degradados (Artículo 14).

De igual forma, se promueve, en el sector público y privado, el uso de tecnologías ambientalmente limpias y de energías alternativas no contaminantes y de bajo impacto. Se afirma que la soberanía energética no se alcanzará en detrimento de la soberanía alimentaria o el acceso al derecho al agua. La Constitución prohíbe el desarrollo de armas químicas, biológicas y nucleares, de contaminantes orgánicos, agroquímicos prohibidos y las tecnologías y agentes biológicos experimentales nocivos y organismos genéticamente modificados perjudiciales para la salud humana (Artículo 15).

Por otro lado, la Constitución, en su artículo 395, reconoce una serie de principios ambientales referentes a: la transversalidad y obligatoriedad de las políticas de gestión ambiental; la participación activa y permanente de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades afectadas, en la planificación, ejecución y control de toda actividad que genere impactos ambientales; la aplicación en caso de duda sobre el alcance de las disposiciones legales en materia ambiental, de la más favorable a la protección de la naturaleza (*in dubio pronatura*); la adopción de medidas protectoras aunque no exista evidencia científica del daño ambiental (principio precautorio); la responsabilidad objetiva por daños ambientales; el principio de que quien contamina paga; la obligación de asegurar la intangibilidad de las áreas naturales protegidas, así como establecer un sistema nacional de prevención, gestión de riesgos y desastres naturales.

La Constitución también establece que en la formulación, ejecución, evaluación y control de las políticas públicas y servicios públicos se garantizará la participación de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades. En ese sentido, uno de los principios más relevantes en materia ambiental es la

obligación de someter a consulta previa informada a la comunidad toda obra que pueda causarle impactos ambientales. La Constitución exige que el Estado valore la opinión de la comunidad según los criterios establecidos en la ley y los instrumentos internacionales de derechos humanos.

Para finalizar, existen secciones especiales que se refieren a la protección de la biodiversidad, del patrimonio natural y los ecosistemas, al manejo adecuado de los recursos naturales, del suelo, el agua, así como a la biosfera, la ecología urbana y las energías alternativas. Todas estas directrices, constituyen lineamientos o guías para el diseño y ejecución de la política pública en materia de protección del ambiente, y por tanto del derecho de los ecuatorianos y ecuatorianas a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado.

5. Conclusiones

La normativa constitucional que rige el Ecuador se ha inscrito de manera decidida en la búsqueda de un nuevo modelo de desarrollo, dejando atrás el esquema neoliberal que reduce todo a condición de mercancía y que deja su regulación en manos del amo mercado, bajo el cual se ha atentado contra la vida y se han sometido pueblos enteros durante décadas.

Este nuevo modelo pone en el centro al ser humano, y establece que el mercado es solamente un elemento más en el proceso de desarrollo, entendido como una interacción de subsistemas (dentro de los cuales el sistema ambiental es fundamental) orientados al buen vivir, que no es más que un estado de armonía entre lo seres humanos, las comunidades y la naturaleza.

Este nuevo pacto de convivencia ahora incluye como sujeto de derechos a la naturaleza, y establece un sistema económico que promueve la igualdad material, un fuerte sistema de inclusión social, la extensión y profundización de la participación social y por supuesto, una convivencia armónica con la naturaleza y el patrimonio cultural de nuestros pueblos. Todos estos elementos, de ser correctamente aplicados, derivarán en la existencia de un ambiente sano para el desarrollo integral de la población.

Es justo mencionar que la Constitución tiene algunas lagunas o incongruencias que atentan contra el espíritu de lo hasta aquí mencionado. Podemos mencionar el caso de la consulta previa, ya que se estipula que si del proceso resulta una oposición mayoritaria de la comunidad a un determinado proyecto, la decisión de ejecutar o no el mismo será adoptada por resolución debidamente motivada de la instancia administrativa superior correspondiente de acuerdo

con la ley, convirtiendo así a la consulta en un proceso meramente formal y no sustancial.

Sin embargo, está en nuestras manos hacer que estas declaraciones se hagan realidad, no sólo desde la actuación del gobierno, sino con la apropiación y utilización de estas garantías por parte de las personas, organizaciones y comunidades. En este punto, es imprescindible recordar lo estipulado por el principio 10 de la Declaración de Río sobre Desarrollo Sostenible, que señala que el mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda, mediante el acceso adecuado a la información y el acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos.¹¹

Recordemos que es responsabilidad de todos y todas establecida en la Constitución el respetar los derechos de la naturaleza, preservar un ambiente sano y utilizar los recursos naturales de modo racional, sustentable y sostenible.¹² Sólo de este modo disfrutaremos de un ambiente verdaderamente sano, propicio para lograr el buen vivir.

6. Bibliografía

- Álvarez Molina, Marianella, en *Los alcances del derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado en Costa Rica*, disponible en <http://turan.uc3m.es/uc3m/inst/MGP/FCI9MAM.pdf>
- Ávila, Ramiro, *Ecuador: Estado Constitucional de Derechos y Justicia*, en Ramiro Ávila (editor) *Constitución del 2008 en el Contexto Andino: Análisis de la doctrina y el derecho comparado*, Serie Justicia y Derechos Humanos No. 3, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008.
- Cullinan, Cormac, *Wild Law*, Green Books, 2003. Extractos disponibles en <http://www.orionmagazine.org/index.php/articles/article/530>.
- ———, *If Nature Had Rights. What would people need to give up?*, disponible en <http://www.orionmagazine.org/index.php/articles/article/500>.
- ———, *Justice for all*, artículo publicado en Resurgence Magazine No.216, Sept/Oct 2002, disponible en <http://www.resurgence.org.uk>.

¹¹ Ver Declaración de Río sobre Desarrollo Sostenible, principio 10.

¹² Ver Constitución de 2008, art. 83(6).

- Melo, Mario, *Los Derechos de la Naturaleza en la nueva Constitución ecuatoriana*, p.2, disponible en www.derechosdelanaturaleza.blogspot.
- Santi, Marlon, Presidente de la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador CONAIE, *Los derechos de la naturaleza*, ponencia realizada en el foro Los derechos de la naturaleza, noviembre de 2008, Quito.
- Silva, Carolina, *Las garantías de los derechos: invención o reconstrucción*, en Ramiro Ávila (editor), *Neconstitucionalismo y sociedad*, Serie Justicia y Derechos Humanos No. 1, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008.

Fuentes normativas

- Constitución Política de la República del Ecuador, 1998
- Constitución de la República del Ecuador, 2008
- Convención Americana sobre Derechos Humanos
- Declaración Universal de los Derechos Humanos
- Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos
- Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales
- Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

Derechos de la Naturaleza

Andrés Borja Ortiz

SUMARIO

1. Introducción. 2. Derechos de la Naturaleza: Alcances de un Paradigma Urgente. 2.1. Fundamento Ius-Filosófico. 2.2. Fundamento Jurídico. 3. Conclusiones. 4. Bibliografía

La Naturaleza-Pachamama es la rama del árbol donde reposamos
y es, la rama que hemos estado serruchando.
Esto sin avizorar la caída que se acerca cada vez más
y se vuelve inminente.¹

1. Introducción

Para analizar el alcance y las implicaciones de un nuevo paradigma conceptual, como los derechos de la naturaleza, partiremos de una premisa fundamental: La actual relación del ser humano con su entorno es insostenible y conllevará el colapso de nuestro estilo de vida y sistema de valores, poniendo en riesgo la supervivencia misma de nuestra especie. El fin de nuestra era está más cerca de lo que imaginamos. ¿Una predicción alarmante?, tal vez, ¿infundada? Quizás no del todo.

Por citar un ejemplo, el último informe de la ONU sobre el calentamiento global, calificado como conservador por varios científicos, establece que el planeta podría calentarse entre 2° y 6,4° grados en el siglo XXI.² Para tener un referente de la magnitud de estas proyecciones, consideremos que la última glaciación terminó tras un aumento de la temperatura menor, de tan solo 5° y en un período

¹ Asamblea Constituyente, *Informe de Mayoría sobre los Derechos de la Naturaleza*, Mesa No. 1 de Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales, Montecristi, 2008.

² Cfr., Intergovernmental Panel on Climate Change, *Climate Change 2007. The Physical Science Basis*, disponible en: <http://www.ipcc.ch/ipccreports/ar4-wg1.htm>, último acceso 24 de marzo de 2009.

de 5.000 años, lo que implica un promedio de calentamiento de 1° por cada milenio.³ Según los científicos, las consecuencias del acelerado calentamiento actual serán desastrosas dado que, en el escenario más positivo, un aumento de 2° C significaría "una seria conversión de algunos hábitat" mientras que toda temperatura superior implicaría "un colapso de la gran mayoría de los ecosistemas".⁴ Nosotros podemos sentir día a día este proceso pues siete de los años más cálidos, desde que se tiene registro, han sucedido desde el 2001. Sin embargo, mientras nuestra casa arde miramos para otro lado sin darnos cuenta que, una vez que termine de consumirse, no quedarán más que las cenizas como el legado apoteósico de la que creíamos una gran civilización.

Por su parte, las aguas del planeta complementarán la debacle. El deshielo de los glaciales ha incrementado el nivel del mar en 17 centímetros durante el siglo XX, por lo cual la ONU ha estimado que el nivel de los océanos aumentaría 60 centímetros más en este siglo, con las consecuentes inundaciones y desplazamientos masivos de la población afectada. Irónicamente ello originará una escasez de agua dulce para más de mil millones de personas, debido al deshielo de los nevados, fuente principal de agua dulce para muchos sistemas hídricos. A esto se sumará una elevada pérdida de biodiversidad por la extinción de, al menos, el 30% de las especies del planeta⁵ y, finalmente, la afectación de la agricultura a nivel mundial a causa de las inundaciones o sequías extremas. Tan solo América Latina perderá el 50% de sus tierras agrícolas en 2050.⁶ El escenario se presenta sombrío para quienes sobrevivan al infierno del calentamiento global: morirán ahogados o de hambre.

³ Cfr., Philippe, Bovet y Agnès Sinaï, "El desafío climático, entre toma de conciencia, negación y recuperación", Edit Cybermonde, tomado de: *Le Monde Diplomatique*, Jueves 11 de Diciembre de 2008. Disponible en: http://www.monde-diplomatique.es/isum/ain?ISUM_Portal=1, último acceso 24 de marzo de 2009.

⁴ "Apocalíptico informe sobre el cambio climático: América Latina perderá 50% de sus tierras agrícolas hacia 2050", en *Radio la Primerísima*, on line, Managua, 6 de abril de 2007, disponible en: <http://www.radiolaprimerisima.com/noticias/12075>, último acceso 24 de marzo de 2009.

⁵ Cfr., "El cambio climático amenaza con hacer desaparecer hasta el 30% de las especies", en *Diario El Mundo*, on line, España, 6 de abril de 2007, disponible en: <http://www.elmundo.es/elmundo/2007/04/06/ciencia/1175844312.html>, último acceso 24 de marzo de 2009.

⁶ Cfr., "Apocalíptico informe sobre el cambio climático: América Latina perderá 50% de sus tierras agrícolas hacia 2050", en *Radio la Primerísima*, on line, Managua, 6 de abril de 2007, disponible en: <http://www.radiolaprimerisima.com/noticias/12075>, último acceso 24 de marzo de 2009.

¿Especulaciones? No, más bien, datos científicamente calculados por el Panel Intergubernamental de Cambio Climático –IPCC por sus siglas en inglés, que agrupa a más de 2.500 científicos de todo el mundo y fue creado por el Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente y la Organización Meteorológica Mundial. El IPCC ha presentado cuatro informes sobre el calentamiento global en los que se concluye que existe un 90% de certeza de que el ser humano es responsable de este inexorable fenómeno, debido al consumo desmesurado de combustibles fósiles y la consecuente emisión de gases de efecto invernadero. La investigación del IPCC no deja dudas respecto a la responsabilidad de nuestra especie en el deterioro del ambiente, pese a la "coincidental" oposición de parte de EE.UU., China, Arabia Saudita y Rusia – los más grandes productores y consumidores de petróleo del mundo- que han cuestionado cada palabra de los informes e incluso intentaron "suavizar" sus conclusiones utilizando términos meramente especulativos.

Sin embargo, más allá de la retórica del lenguaje impuesto a Naciones Unidas, no se puede tapar el sol con un dedo. Mucho menos en Ecuador, uno de los países que se verá más afectado por el calentamiento global y que, de hecho, ya están sintiendo sus severas consecuencias. Según la Agencia Espacial Civil Ecuatoriana nuestro país recibe, debido a su posición y al deterioro de la capa de ozono, la más alta cantidad y potencia de radiación solar UV mutagénica del planeta. Los datos del estudio son preocupantes pues mientras que el nivel máximo de exposición a radiación recomendado por la OMS es de 11 UV, en Guayaquil se ha registrado un índice de 14 UV y, en Quito, incluso ha llegado a 24 UV, más del doble del máximo recomendado. La situación es tan alarmante como se lee, al punto que esta agencia solicitó tomar medidas urgentes para proteger a nuestra población de las fatales consecuencias dado que según el informe "es estadísticamente seguro afirmar que muchos ecuatorianos padecerán cáncer, diferentes tipos de ceguera y disminución de la funcionalidad del sistema inmunológico, discapacidad congénita y mutaciones genéticas".⁷

Por su parte en relación al ciclo del agua, en nuestro país los efectos del calentamiento global serán igual de intensos debido al rápido deshielo de los andes ecuatoriales que tardará tan solo entre 10 y 15 años en desaparecer, dada a su ubicación geográfica, según lo ha estimado el *Institut de Recherche pour le*

⁷ Agencia Espacial Civil Ecuatoriana, *Informe Hiperion*, disponible en <http://www.exa.ec/bp21/index-es.html> o en: <http://exa.ec/HIPERION-dw.htm>, último acceso 24 de marzo de 2009.

Developpement -IRD-. El caso del volcán Cotopaxi, con 5,897 metros de altura es paradigmático, puesto que ha sido monitoreado ininterrumpidamente desde hace diez años. "La disminución del espesor del casquete glaciar del Cotopaxi se calcula en unos 300 metros en la última década, lo cual podría implicar su completa desaparición antes de doce años".⁸ Igual suerte correrán los demás nevados andinos, fuente principal de agua para miles de personas con los consiguientes efectos de los desplazamientos masivos, la pérdida de ecosistemas enteros y la pérdida de tierras agrícolas. El escenario a nivel planetario y a nivel local se presenta igual de desastroso; la magnitud que alcance la catástrofe ambiental dependerá de las acciones que tomemos hoy.

No obstante para encontrar una solución es importante conocer el origen de este proceso, para lo cual debemos regresar a su fuente primigenia: la revolución industrial, que marca un antes y un después en el deterioro de la vida en el planeta. Como señala el Ernesto Anzieta Reyes, antes de la revolución industrial del siglo XVIII "el crecimiento anual era igual a cero, o incluso menor a cero. Es decir, la economía era de subsistencia, tan precaria que incluso permitía que en un mal año se perdiera lo poco que se tenía [...]. La acumulación de riqueza era un concepto difuso y, así mismo, el consumo energético era reducido".⁹ A partir de ello se da un cambio radical en la disponibilidad de energía y por tanto en el sistema de producción y distribución de bienes y servicios, realizado a gran escala y sustentado en la extracción masiva de recursos naturales con los consecuentes impactos ambientales que fueron y son minimizados, ignorados y desconocidos. Por ahora, nuestra sociedad continúa cegada por un sistema de producción basado en la explotación y la rentabilidad, sin poder ver la debacle inminente que estamos construyendo.

Con sus casi 7 mil millones de habitantes la humanidad sigue creciendo y demandando más recursos, sobretodo energéticos, mientras que la degradación del planeta avanza inexorablemente a una escala nunca antes vista, frente a la mirada atónita de la comunidad científica, la inoperancia absurda de la clase política y la ignorancia de la gran mayoría que permanece ajena a esta realidad y continúa soñando con el crecimiento económico que al fin traerá el tan anhelado

⁸ "Glaciares andinos podrían desaparecer", en el periódico on line *El Siglo de Torreón*, México, del 12 de noviembre de 2004, disponible en <http://www.elsiglodetorreon.com.mx/noticia/118883.glaciares-andinos-podrian-desaparecer.html>, último acceso 24 de marzo de 2009.

⁹ Ernesto, Anzieta Reyes, *¿Hacia una crisis Energética?, Visión del crecimiento desde la perspectiva del consumo energético*; Quito, 2008.

"desarrollo". Irónicamente, el consumo de hidrocarburos (casi 90 millones de barriles al día) y otras fuentes de energía derivadas del carbono (biomasa, carbón, gas) que constituyeron el motor que permitió nuestro exponencial desarrollo, al mismo tiempo son las fuentes de origen de los gases de efecto invernadero que retienen el calor en la superficie terrestre y debilitan la capa de ozono, produciendo el calentamiento global. Paulatinamente se irá desencadenando la debacle ambiental del siglo XXI, es solo cuestión de tiempo.

2. Derechos de la Naturaleza: Alcances de un Paradigma Urgente

2.1. Fundamento Ius-Filosófico

La Nueva Constitución Política del Ecuador de 2008 marca un hito fundamental, al menos en teoría, en relación al reconocimiento y protección del ambiente. Por primera vez se ha reconocido, a nivel constitucional, que la Naturaleza es sujeto de derechos y no tan solo un objeto de aprovechamiento para nuestra especie. Este reconocimiento plantea la necesidad urgente de re-conceptualizar las relaciones del ser humano con su entorno, hasta ahora basadas en la subordinación y el utilitarismo.

Efectivamente, el sistema imperante de producción y consumo de bienes y servicios tiene un trasfondo económico-ideológico basado en la explotación de la naturaleza sin ninguna consideración, protección o mucho menos respeto. Sin embargo, de forma paulatina las premisas del desarrollo *ad aeternum*, del crecimiento económico y del progreso como promesa emancipatoria frente a las condiciones de necesidad y escasez van cediendo, son cuestionadas y se resquebrajan, tal como el falso sistema financiero que las alimenta; y, dan paso a un nuevo paradigma que revoluciona el pensamiento jurídico, trasladándolo desde una matriz cristina-antropocéntrica a una nueva visión biocéntrica, en la que el ser humano es parte integrante de la comunidad vital que le rodea, una visión más acorde con las emergentes necesidades de protección de la naturaleza, que día a día es devastada en nuestro propio perjuicio.

El Informe de Mayoría sobre los Derechos de la Naturaleza de la Mesa No. 1 de Derechos Fundamentales de la Asamblea Constituyente plasma esta idea claramente:

"La tradición judeo-cristiana daba como hecho que la divinidad hizo al hombre a su imagen y semejanza y puso a disposición de este a todos los

animales, plantas y cosas que le rodearan. Así, con el mandato de crecer y reproducirse tanto como las estrellas en el firmamento o la arena en el mar, la humanidad debía prevalecer y someter a la naturaleza, creada esta para su beneficio únicamente. [...]

La fórmula del crecimiento modernista, adoptada con diferencias marginales tanto por el Capitalismo como por el Socialismo real, llevaron a provocar en el siglo 19 y el siglo 20 las mayores tragedias ambientales que ha conocido el hombre y la naturaleza desde que este existe. La desaparición del bosque negro, la desaparición del mar de Aral, y la extinción de especies como el tilasino son sólo la punta del iceberg de una serie de crímenes que la humanidad ha cometido contra la naturaleza y... paradójicamente, contra sí mismo".¹⁰

En nuestro egocentrismo, nos creímos dueños de la naturaleza sin darnos cuenta que la tierra no es del hombre, sino lo contrario, el hombre es de la tierra... como lo son también las demás especies que comparten esta gran casa con nosotros/as. Somos producto de nuestro entorno y, gracias a él, hemos construido nuestra sociedad, "todos y todas, nos debemos a la naturaleza, somos parte de la naturaleza **en sí somos naturaleza**".¹¹ Ella es el sustento de nuestro modo de vida e, incluso, de nuestros valores. Ni la pseudo-democracia en que vivimos, ni dignidad que proclaman los derechos humanos serían viables sin un medio que los sustente. El derecho al agua, a la alimentación, a la salud e incluso a la vida, simplemente serían proclamas irreales en un entorno devastado por la contaminación de los mares, la erosión de los suelos y la destrucción de la capa de ozono.

Por ello, es importante este reconocimiento vanguardista de la naturaleza como sujeto de derechos que no solo intenta mitigar las consecuencias del sistema de depredación antropocéntrico, sino que sienta las bases para un cambio radical del actual paradigma de desarrollo y bienestar, basado únicamente en la producción y el consumo. Los derechos de la naturaleza constituyen además uno de los pilares fundamentales que sustentan el "buen vivir" o "*sumak kawsay*"¹²;

¹⁰ Asamblea Constituyente, *Informe de Mayoría sobre los Derechos de la Naturaleza*, Mesa No. 1 de Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales, Montecristi, 2008.

¹¹ *Ibíd.*

¹² "Sumak kawsay es la voz de los pueblos kechwas para el buen vivir. El buen vivir es una concepción de la vida alejada de los parámetros más caros de la modernidad y el crecimiento económico: el individualismo, la búsqueda del lucro, la relación costo-beneficio como axiomática social, la utilización de la naturaleza, la relación estratégica entre seres humanos,

uno de los ejes transversales de la nueva Constitución ecuatoriana que pretende reemplazar a las viejas nociones de desarrollo y crecimiento económico. El *sumak kawsay*, es ante todo, una forma distinta de comprender el mundo y relacionarnos con el universo, es una alternativa al "progreso" en momentos en que en el mundo parecería no haber espacio para las alteridades:

"Se puede cuestionar al capitalismo y a las teorías del desarrollo, como lo hizo en su momento la teoría de la dependencia, o el marxismo, pero no está permitido abandonar el marco epistemológico que sirve de referencia para la comprensión del desarrollo económico. Se pueden cuestionar las asimétricas relaciones de poder que genera el desarrollo, e incluso las derivas antiecológicas del crecimiento económico, pero no está permitido cuestionar los supuestos civilizatorios del desarrollo".¹³

Las soluciones que el actual orden mundial ha dado a los problemas ambientales contemporáneos se insertan justamente en esa lógica, que permite cuestionamientos pero no disidencias, como los bonos de carbono que simplemente servirían para instrumentalizar a la Naturaleza y negociar en Wall Street el derecho a contaminarla, sin atacar el problema de fondo que son las emisiones de gases de efecto invernadero. En otras oportunidades las propuestas han sido meras declaraciones líricas o inaplicables.

Ante ello, esta revolución copernicana del derecho que ha reconocido en la Naturaleza algo más que un objeto de explotación, busca transformar los esquemas mentales de la sociedad y su forma depredatoria de relacionarse con su entorno, deconstruir los referentes conceptuales del progreso y del crecimiento económico, como las panaceas que resolverán todos nuestros problemas y plantear que "aquello que hay que cambiar, y radicalmente, no es el subdesarrollo sino todo el discurso y la práctica del desarrollo en su conjunto. En otras palabras, hay que asumir al desarrollo como una patología de la modernidad".¹⁴

la mercantilización total de todas las esferas de la vida humana, la violencia inherente al egoísmo del consumidor, etc. El buen vivir expresa una relación diferente entre los seres humanos y con su entorno social y natural. El buen vivir incorpora una dimensión humana, ética y holística al relacionamiento de los seres humanos tanto con su propia historia cuanto con su naturaleza". Pablo, Dávalos, "Reflexiones sobre el *sumak kawsay* (el buen vivir) y las teorías del desarrollo", ALAI, en *América Latina en Movimiento*, 5 de agosto de 2008, disponible en: <http://alainet.org/active/25617&lang=es>, último acceso 24 de Marzo de 2009.

¹³ *Ibíd.*

¹⁴ *Ibíd.*

Es importante resaltar que ese "otro desarrollo" que busca la Constitución ecuatoriana y su régimen del "Buen Vivir", no es una concepción nueva, al menos no para los pueblos ancestrales de nuestro país que siempre han vivido en armonía con la Naturaleza y han visto en la Pachamama o Madre Tierra a un ser vivo, no inerte. Basta con mencionar a la Mama Tungurahua, el Taita Cotopaxi, el Guagua Pichincha o el Taita Chimborazo, que permanecen vivos en la cosmovisión indígena como protagonistas de mitos y leyendas. Los derechos de la naturaleza (Pachamama) son también un reconocimiento a esta visión andina.

Finalmente, los derechos de la naturaleza tienen un componente político: constituyen un llamado al mundo entero para iniciar un cambio urgente. Este llamado ya ha tenido eco en otras latitudes. Eduardo Galeano ha sido uno de los primeros en alzar su voz:

"La naturaleza tiene mucho que decir, y ya va siendo hora de que nosotros, sus hijos, no sigamos haciéndonos los sordos. Y quizás hasta Dios escuche la llamada que suena desde este país andino –Ecuador-, y agregue el undécimo mandamiento que se le había olvidado en las instrucciones que nos dio desde el monte Sinaí: "Amarás a la naturaleza, de la que formas parte.

Un objeto que quiere ser sujeto Durante miles de años, casi toda la gente tuvo el derecho de no tener derechos. En los hechos, no son pocos los que siguen sin derechos, pero al menos se reconoce, ahora, el derecho de tenerlos; y eso es bastante más que un gesto de caridad de los amos del mundo para consuelo de sus siervos.

¿Y la naturaleza? En cierto modo, se podría decir, los derechos humanos abarcan a la naturaleza, porque ella no es una tarjeta postal para ser mirada desde afuera; pero bien sabe la naturaleza que hasta las mejores leyes humanas la tratan como objeto de propiedad, y nunca como sujeto de derecho. Reducida a mera fuente de recursos naturales y buenos negocios, ella puede ser legalmente malherida, y hasta exterminada, sin que se escuchen sus quejas y sin que las normas jurídicas impidan la impunidad de sus criminales [...]

Suena raro, ¿no? Esto de que la naturaleza tenga derechos... Una locura. ¡Como si la naturaleza fuera persona! En cambio, suena de lo más normal que las grandes empresas de Estados Unidos disfruten de derechos humanos [...]"¹⁵

¹⁵ Eduardo, Galeano, *La Naturaleza no es Muda*, 18 de abril de 2008, disponible en http://www.accionecologica.org/index.php?option=com_content&task=view&id=854&Itemid=1, último acceso 24 de Marzo de 2009.

2.2. Fundamento Jurídico

Afirmar que la Naturaleza es Sujeto de Derechos, sin duda constituye una hecatombe para la tradición jurídica francesa-romanista, que ha dividido al derecho en dos ámbitos claramente diferenciados: Sujetos y Objetos. En el primer grupo se encuentran los seres humanos y, en el segundo grupo, todo lo demás. Sin embargo, inicialmente no todas las personas eran sujeto de derechos. Lo eran únicamente aquellos que cumplieran ciertos requisitos. De esta forma se diferenciaba entre quienes tenía capacidad jurídica, es decir eran idóneos para tener y ejercer derechos y, los demás, los diferentes y excluidos (incluyendo la naturaleza) que no podían ser titulares de derechos o, al menos, o no podía ejercerlos por sí mismos.

Dependiendo del momento histórico y la cultura predominante, entre los requisitos para ser titular de derechos estaban: en primer lugar y de forma casi universal, ser hombre (recordemos que en Ecuador hasta la década de los 80's la mujer era considerada incapaz relativa); en segundo lugar, poseer una determinada cantidad de bienes o una profesión que le permitiera adquirir un peculio propio (en otras palabras no ser obrero o empleado asalariado); en tercer lugar, pertenecer a un determinado grupo étnico o social, ya sea por ejemplo ateniense, romano, o más recientemente blanco-mestizo. El indio era asimilado a un niño incapaz que necesitaba protección (léase evangelización y explotación), el afrodescendiente ni siquiera entraba en la categoría de ser humano y era un objeto más de comercio; actualmente el migrante es el nuevo excluido que no tiene derechos por su situación legal.

Otras condiciones de exclusión para no ser considerado jurídicamente capaz y, por tanto, no tener o no ejercer derechos, han sido: el ser analfabeto, ser niño/a, ser demasiado joven o demasiado viejo, pertenecer a una "minoría" como los/as GLBT, tener una discapacidad física/intelectual o cualquier otra "anomalía" que contraste con la "normalidad" del *optimo jure*, o sea el modelo óptimo para ser sujeto de derechos: el varón, blanco-mestizo, educado, católico, heterosexual, adulto y, sobre todo, acaudalado.

La lucha del siglo XX por el reconocimiento de los derechos humanos ha sido, en el fondo, una lucha por la expansión de la capacidad jurídica para ser titular de derechos. Primeramente, con el movimiento de derechos civiles en Estados Unidos, y luego, con un mosaico de reivindicaciones de la más variada índole que abarcan los derechos de los/as adultos mayores, las mujeres, la niñez

y adolescencia, la comunidad GLBTTHI¹⁶, los/as indígenas, afro descendientes, etc. Este reconocimiento progresivo ha marcado la denominación de derechos de primera generación (civiles y políticos); segunda generación (económicos, sociales y culturales); y, tercera generación (derecho colectivos). Actualmente se debate si los derechos que han aparecido con la informática y todos los nuevos avances del desarrollo tecnológico constituyen derechos de cuarta generación. Los derechos de la naturaleza aparecen en este contexto evolutivo como derechos de quinta generación.

De esta forma, se ha ampliado la esfera capacidad jurídica para ser titular de derechos, a un sujeto nuevo antes invisibilizado: La Naturaleza. Una vez más la ciencia jurídica responde a las imperiosas exigencias de la sociedad, pero ahora la respuesta no está dada desde la lógica del capital y del mercado, sino desde otro espacio distinto, como lo señaló en su motivación la Asamblea Constituyente ecuatoriana:

"El jurista Rudolph Von Ihering decía que el Derecho es "...protección de intereses". Lo que nos preocupa y lleva a proteger a la Naturaleza, elevándola de objeto de protección jurídica a sujeto de derecho, es la necesidad de cambiar el paradigma de desarrollo, el enfoque de aproximación legal y la relación que el ser humano tiene con su entorno, a fin de evitar o, al menos paliar las imprevisibles consecuencias que se producirán si mantenemos el sistema de depredación antropocéntrico".¹⁷

Esta nueva ficción jurídica refleja una necesidad de protección urgente que rebasa a la ciencia del derecho pero que, a través de ella, genera un espacio para el desarrollo normativo con la creación de la institucionalidad necesaria y los mecanismos operativos idóneos para hacer realidad un interés fundamental: la preservación de la vida en el planeta, que al final es una forma de garantizar nuestra propia supervivencia. Las ficciones no han sido extrañas a la ciencia de derecho, las empresas, las ONG's, las organizaciones sociales y hasta el estado son ficciones jurídicas, con personalidad propia e incluso determinados "derechos". Nada obsta para reconocer personalidad jurídica a la naturaleza que presta los mayores beneficios a la humanidad, sin exigir nada a cambio.

¹⁶ GLBTTHI: Gay, Lesbiana, Bisexual, Transgénero, Transexual, Heterosexual e Intersex.

¹⁷ Asamblea Constituyente, *Informe de Mayoría sobre los Derechos de la Naturaleza*, Mesa No. 1 de Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales, Montecristi, 2008.

Por otra parte, es importante reconocer que los derechos de la Naturaleza son una idea vanguardista que, como tal, ha generado muchas resistencias y críticas. Concretamente en el plano legal se ha argumentado que la naturaleza no puede ser sujeto de derechos porque nuestro sistema jurídico solo regula derechos de personas, no de "objetos". Además, porque la naturaleza no podría ejercer derechos por sí misma, ni iniciar acciones legales para su protección a nombre propio, así como tampoco podría expresar su voluntad. Finalmente, porque la naturaleza no puede ser sujeto de derechos en tanto no se le puede exigir obligaciones, ya que derechos y obligaciones son dos caras de una misma moneda.

Sin embargo, el derecho es por esencia evolutivo y mutable, no estático o rígido. Las normas legales cambian en la medida que la sociedad se transforma, aparecen nuevas necesidades y se generan nuevas dinámicas de interacción. Evidentemente, las revoluciones jurídicas son paulatinas y generan temores, pero ello no impide que las nuevas ideas se vayan aceptando y que el rígido sistema legal que defiende los privilegios de pocos, de paso a un nuevo marco jurídico incluyente, vanguardista y visionario. En este contexto, el hecho que la naturaleza nunca haya sido considerada Sujeto de Derechos no impide que ahora lo sea, justamente como una respuesta a este carácter evolutivo y flexible que debe tener la ciencia jurídica.

En segundo lugar, si bien la naturaleza no podría por sí misma iniciar una acción legal para la protección de sus derechos, ello no le impide ser sujeto de derechos, pues igualmente existen otros sujetos como los niños/as, interdictos o empresas que, si bien no pueden ejercer sus derechos por sí mismos/as, lo hacen a través de representantes. Hace mucho ya que existe la institución de la Tutela, de tal forma que, cuando un sujeto no puede ejercer directamente sus derechos, se le asigna un tutor que está facultado para presentar las reclamaciones correspondientes en su nombre y representación. En el caso concreto de los Derechos de la Naturaleza, la Constitución es clara al establecer quién es ese tutor que debe exigir su protección:

"Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza"¹⁸

Finalmente, considerar que la naturaleza no puede ser sujeto de derechos puesto que, a diferencia de otros sujetos, no tiene obligaciones es irracional. De

¹⁸ Constitución de la República del Ecuador de 2008, artículo 71.

hecho, la naturaleza cumple con las obligaciones más importantes para nuestro bienestar. ¿O acaso no es suficiente producir el aire que respiramos y los productos que nos alimentan?

Ahora bien, falta por responder una pregunta: ¿Cuál es el alcance y contenido normativo de los derechos de la Naturaleza? ¿Qué principio sustenta esta revolución conceptual? Para ello es importante señalar que el actual sistema de protección de ambiente no es preventivo sino punitivo, es decir, no se activa sino cuando el daño ambiental está hecho. A más de ello, es un sistema inscrito en la lógica proteccionista y lírica, que no se ha traducido en una real protección de la naturaleza y que, en el mejor de los casos, genera una indemnización para las víctimas humanas que han sido afectadas pero no una reparación integral a los ecosistemas afectados.

Ante ello, la Constitución ecuatoriana señala que:

"La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos".¹⁹

Este artículo refleja el nuevo paradigma en la historia de los procesos productivos y la relación del ser humano con su entorno: la idea fundamental de que las actividades humanas no superen la capacidad del ambiente para regenerarse y asimilar los impactos que se generan por dicha actividad. Es decir, un desarrollo distinto al actual que solo se basa en la maximización de utilidades, sin considerar los impactos ambientales y sin procurar ninguna responsabilidad social empresarial. No nos oponemos al mejoramiento de la calidad de vida de las personas, por el contrario, es justamente para garantizar la permanencia de nuestro actual nivel de vida que debemos redireccionar nuestras relaciones con la naturaleza. Esta orientación debe ir dirigida a relaciones basadas en el equilibrio, no en la subordinación y el utilitarismo, a fin de que no se tome más de la naturaleza que aquello que esta nos puede proveer, sin poner en riesgo su existencia y la nuestra también.

Por otra parte, los derechos de la naturaleza no pueden caer en radicalismos ambientalistas. La propia Constitución de Montecristi reconoce que: "Las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades tendrán derecho a beneficiarse del ambiente y de las riquezas naturales que les permitan el buen vivir".²⁰ Pero al

¹⁹ *Ibíd.*

mismo tiempo señala que este beneficio debe ser racional y, para garantizarlo: "El Estado aplicará medidas de precaución y restricción para las actividades que puedan conducir a la extinción de especies, la destrucción de ecosistemas o la alteración permanente de los ciclos naturales".²¹

No estamos hablando de prohibir toda actividad humana en su entorno. El trabajo nos construye, nos hace ser lo que somos y nos diferencia. Es algo innato a nuestra especie. Pero esas actividades deben respetar los procesos naturales del agua, el suelo, las mareas y los vientos, a fin de no alterarlos de forma permanente, o peor aún irreversible. De igual forma, debe respetar la estructura de la naturaleza, vale decir, el patrimonio genético del planeta. Por ello la Constitución prohíbe "la introducción de organismos y material orgánico e inorgánico que puedan alterar de manera definitiva el patrimonio genético nacional".²²

Para hacer realidad este cambio de conciencia en el imaginario colectivo se requieren estímulos. Por ello, la Constitución establece que: "El Estado incentivará a las personas naturales y jurídicas, y a los colectivos, para que protejan la naturaleza, y promoverá el respeto a todos los elementos que conforman un ecosistema".²³ Si todo esto no es suficiente, se establece que "La naturaleza tiene derecho a la restauración. Esta restauración será independiente de la obligación que tienen el Estado y las personas naturales o jurídicas de indemnizar a los individuos o colectivos que dependen de los sistemas naturales afectados".²⁴

3. Conclusión

Sin duda, la nueva Constitución ecuatoriana con todos estos avances constituye un mensaje a la humanidad entera, a fin de despertar la conciencia de todos los pueblos, en momentos que empezamos a sentir como el sistema en su conjunto empieza a tambalear y grandes dogmas empiezan a caer: Wall Street toma medidas socialistas y empieza a estatizar grandes compañías, un afro americano dirige el país más poderoso del mundo y, en Ecuador, vientos de cambio traen nuevos dilemas como el establecer principios constitucionales tan avanzados y, al mismo

²⁰ *Ibíd.*, artículo 74.

²¹ *Ibíd.*, artículo 73.

²² *Ibíd.*, artículo 73.

²³ *Ibíd.*, artículo 71.

²⁴ *Ibíd.*, artículo 72.

tiempo, crear un marco normativo que favorece a la minería a gran escala y cielo abierto, en zonas que constituyen verdaderos santuarios naturales. Lamentablemente, una vez más los preceptos normativos ceden ante la angustiosa realidad que nos oprime, una vez más habrá que esperar. El problema ¿hasta cuándo? El tiempo se agota mientras la naturaleza pide a gritos auxilio ¿Podremos escucharla?

4. Bibliografía

- Eduardo, Galeano, *La Naturaleza no es Muda*, 18 de abril de 2008, disponible en http://www.accionecologica.org/index.php?option=com_content&task=view&id=854&Itemid=1, último acceso 24 de Marzo de 2009.
- Ernesto, Anzieta Reyes, *¿Hacia una crisis Energética?, Visión del crecimiento desde la perspectiva del consumo energético*; Quito, 2008.
- Pablo, Dávalos, "Reflexiones sobre el sumak kawsay (el buen vivir) y las teorías del desarrollo", ALAI, en *América Latina en Movimiento*, 5 de agosto de 2008, disponible en: <http://alainet.org/active/25617&lang=es>, último acceso 24 de Marzo de 2009.
- Philippe, Bovet y Agnès Sinäi, "El desafío climático, entre toma de conciencia, negación y recuperación", Edit Cybermonde, tomado de: *Le Monde Diplomatique*, Jueves 11 de Diciembre de 2008. Disponible en: http://www.monde-diplomatique.es/isum/Main?ISUM_Portal=1, último acceso 24 de marzo de 2009.

Prensa

- "Apocalíptico informe sobre el cambio climático: América Latina perderá 50% de sus tierras agrícolas hacia 2050", en *Radio la Primerísima*, on line, Managua, 6 de abril de 2007, disponible en: <http://www.radiolaprimerisima.com/noticias/12075>, último acceso 24 de marzo de 2009.
- "El cambio climático amenaza con hacer desaparecer hasta el 30% de las especies", en *Diario El Mundo*, on line, España, 6 de abril de 2007, disponible en: <http://www.elmundo.es/elmundo/2007/04/06/ciencia/1175844312.html>, último acceso 24 de marzo de 2009.
- "Glaciares andinos podrían desaparecer", en el periódico on line *El Siglo de Torreón*, México, del 12 de noviembre de 2004, disponible en <http://>

www.elsiglodetorreon.com.mx/noticia/118883.glaciares-andinos-podrian-desaparecer.html, último acceso 24 de marzo de 2009.

Informes

- Agencia Espacial Civil Ecuatoriana, *Informe Hiperion*, disponible en <http://www.exa.ec/bp21/index-es.html> o en: <http://exa.ec/HIPERION-dw.htm>, último acceso 24 de marzo de 2009.
- Asamblea Constituyente, *Informe de Mayoría sobre los Derechos de la Naturaleza*, Mesa No. 1 de Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales, Montecristi, 2008.
- Intergovernmental Panel on Climate Change, *Climate Change 2007. The Physical Science Basis*, disponible en: <http://www.ipcc.ch/ipccreports/ar4-wg1.htm>, último acceso 24 de marzo de 2009.

Normativa

- Constitución de la República del Ecuador de 2008

La Consulta Previa y el Derecho a la Resistencia

Wilton Guaranda Mendoza

SUMARIO

1. Introducción. 2. Alcances conceptuales acerca de la consulta previa y el derecho a la resistencia. 2.1. Consulta Previa. 2.2. Derecho a la Resistencia. 3. Alcance Constitucional de la Consulta Previa y el Derecho a la Resistencia en Ecuador. 3.1. En Relación a la Consulta Previa. 3.2. Sobre el Derecho a la Resistencia. 4. La consulta previa dentro del estado Constitucional de Derechos y Justicia. 5. El derecho a la resistencia en la nueva Constitución. 6. Proyecciones o Recomendaciones. 7. Bibliografía

1. Introducción.

Uno de los temas mas discutidos por la Asamblea Nacional Constituyente en la elaboración del nuevo texto constitucional, fue sin lugar a dudas el relacionado a la consulta previa, que no sólo definió los alcances políticos con que los asambleístas trataron este derecho para incorporarlo en la redacción, sino que provocó la ruptura de algunos de ellos y de aliados al partido de gobierno.

Contrariamente, uno de los temas pocos discutidos fue el derecho a la resistencia de los pueblos frente a acciones del poder público que impliquen violación a los derechos humanos, que sin mayor trámite fue incluido en la carta fundamental, pero que en la coyuntura actual, caracterizada por la movilización social y el debate entre el modelo de desarrollo extractivistas vs. el desarrollo alternativo de los pueblos, ha cobrado notoriedad sobre sus reales alcances.

Ambas instituciones se enmarcan dentro de la nueva propuesta de estado constitucional de derechos y justicia, que trata de manera transversal los derechos de la naturaleza y el ambiente, y la participación social como expresión de lo que en la propuesta política de gobierno se ha denominado revolución ciudadana.

En este artículo trataré de desarrollar los alcances conceptuales que giran alrededor de estas dos temáticas: consulta previa y derecho a la resistencia; su limitada aplicación en la administración pública y legislativa, sus alcances en la

nueva constitución y la interrelación que existe entre ambas, partiendo de la hipótesis que siendo la consulta previa un mecanismo de participación indígena y social, la aplicación de un determinado proyecto extractivo o legislativo sin respetar este principio puede desembocar en la resistencia o desobediencia de los afectados.

Para este propósito tomaremos como materia de análisis las siguientes disposiciones Constitucionales que se refiere a la materia:

"Toda decisión o autorización estatal que pueda afectar al ambiente deberá ser consultada a la comunidad, a la cual se informará amplia y oportunamente. El sujeto consultante será el Estado. La ley regulará la consulta previa, la participación ciudadana, los plazos, el sujeto consultado y los criterios de valoración y de objeción sobre la actividad sometida a consulta.

El Estado valorará la opinión de la comunidad según los criterios establecidos en la ley y los instrumentos internacionales de derechos humanos. Si del referido proceso de consulta resulta una oposición mayoritaria de la comunidad respectiva, la decisión de ejecutar o no el proyecto será adoptada por resolución debidamente motivada de la instancia administrativa superior correspondiente de acuerdo con la ley."¹

"La consulta previa, libre e informada, dentro de un plazo razonable, sobre planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en sus tierras y que puedan afectarles ambiental o culturalmente; participar en los beneficios que esos proyectos reporten y recibir indemnizaciones por los perjuicios sociales, culturales y ambientales que les causen". Establece que "La consulta que deban realizar las autoridades competentes será obligatoria y oportuna. Si no se obtuviese el consentimiento de la comunidad consultada, se procederá conforme a la Constitución y la ley".²

Del mismo modo, dentro de los principios de la participación en democracia el Artículo 95 dispone:

"Las ciudadanas y ciudadanos, en forma individual y colectiva, participarán de manera protagónica en la toma de decisiones, planificación y gestión de los asuntos públicos, y en el control popular de las instituciones del Estado y la sociedad, y de sus representantes, en un proceso permanente de construcción del poder ciudadano. La participación se orientará por los principios de igualdad,

¹ Constitución de la República del Ecuador, Art. 398.

² Constitución de la República del Ecuador, Art. 57(7).

autonomía, deliberación pública, respeto a la diferencia, control popular, solidaridad e interculturalidad.

La participación de la ciudadanía en todos los asuntos de interés público es un derecho, que se ejercerá a través de los mecanismos de la democracia representativa, directa y comunitaria".

En esta línea el Artículo 98 establece que:

"Los individuos y los colectivos podrán ejercer el derecho a la resistencia frente a acciones u omisiones del poder público o de las personas naturales o jurídicas no estatales que vulneren o puedan vulnerar sus derechos constitucionales, y demandar el reconocimiento de nuevos derechos".

2. Alcances conceptuales acerca de la Consulta Previa y Derecho a la Resistencia.

2.1. Consulta Previa.

La consulta previa la podemos enfocar y definir, desde distintas perspectivas, por ejemplo desde una lógica indígena podemos decir que es el derecho fundamental que tienen los pueblos indígenas de poder decidir sobre medidas (judiciales o administrativas) o cuando se vayan a realizar proyectos, obras o actividades dentro de sus territorios, buscando de esta manera proteger su integridad cultural, social y económica y garantizar el derecho a la participación.

El fundamento de la consulta se encuentra entonces en el derecho que tienen los pueblos de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, en el derecho de dichos pueblos de participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente.³

Por lo tanto, este mecanismo de participación se convierte en un derecho constitucional colectivo y un proceso de carácter público especial y obligatorio que debe realizarse previamente, siempre que se vaya a adoptar, decidir o ejecutar

³ Convenio 169 de la OIT, Artículo 7.

alguna medida administrativa o proyecto público o privado y legislativa, susceptible de afectar directamente las formas de vida de los pueblos indígenas en sus aspectos territorial, ambiental, cultural, espiritual, social, económico, de salud y otros aspectos que incidan en su integridad étnica. Para ello es necesario tener en cuenta que la consulta previa en el contexto de la gobernabilidad indígena es mecanismo de dialogo intercultural que se da entre actores comprometidos con acciones que los afectan, es un derecho en sí mismo y un medio por el cual se respetan los derechos colectivos como la autodeterminación, el autogobierno, la capacidad de los pueblos de decidir su modelo de desarrollo, etc.

La Consulta Previa implica entonces: (a) informar sobre las características del proyecto o actividad que se desea realizar en territorio indígena, (b) conocer el punto de vista y las expectativas de participación de los Pueblos Indígenas (concepto de territorio/desarrollo), (c) concertar los términos de realización de los proyectos garantizando la participación: beneficios (concepto de calidad de vida y bienestar: no de corto plazo y basados en el mercado) monitoreo de los impactos ambientales y sociales, (d) identificar la representación autentica de la comunidad para la vinculación al proceso (sistema de autoridad y liderazgo), (e) respetar el manejo de los tiempos, los mecanismos propios de consulta interna y la toma de decisiones entre las comunidades; dos tipos de consulta: interna y externa; y, (f) considerar la lengua nativa como elemento en el dialogo a través de una buena interpretación.

En este sentido, la Consulta Previa está ligada a la capacidad de los Pueblos indígenas de ejercer la autonomía, ligada al derecho al territorio y ligada a la capacidad de acceder a espacios democráticos. Por lo tanto la Consulta Previa no puede convertirse en un requisito para otorgar licencias (decir *sí* a un proyecto), o la simple información sobre la ejecución de un proyecto.

Desde una mirada mestiza, la consulta previa es un mecanismo de participación ciudadana, un proceso de carácter público, especial y obligatorio, intercultural e interinstitucional. En el caso ecuatoriano, es un proceso que está circunscrito a la protección ambiental, comprende no sólo a las poblaciones indígenas sino también a la ciudadanía en general, lo que genera una complejidad interpretativa pues ha de considerarse que la consulta a la comunidad⁴ está en el mismo rango que aquel derecho específico que hace referencia a las comunidades de las nacionalidades indígenas. Desde esta mirada la consulta previa se convierte

⁴ Entendida ésta como cualquier conjunto de personas integradas por circunstancias

entonces en una forma de participación ciudadana que otorga legitimidad a la decisión estatal respecto a su intervención en el medio ambiente.

En nuestro contexto, una de las causas sociales más importantes mediante la cual los pueblos campesinos e indígenas y afroecuatorianos de nuestro país se expresan, es por la defensa de sus territorios y recursos naturales frente a las actividades extractivas, ambientalmente no sustentables y socialmente inequitativas que se pretende implementar en sus territorios⁵; de hecho, los lugares con yacimientos mineros, petroleros, madera o con fuentes de agua, buscados por los actores económicos vinculados a la lógica del capital transnacional son zonas de alta biodiversidad (páramos, bosques nublados, bosques tropicales, nacimientos de agua) en las que se localizan comunidades con características culturales propias y dedicadas a actividades agropecuarias, turísticas, artesanales, de recolección y pesca, etc.

Frente a estos proyectos, la consulta previa aparece como un derecho de las comunidades afectadas de participar en su discusión, para la aceptación u objeción del proyecto, así mismo es un mecanismo que tiende a obtener de las poblaciones afectadas, sus opiniones respecto a lo que dentro de sus territorios se pretende ejecutar, pero en algunos casos (por no decir en la mayoría) el proceso de consulta es inadecuado puesto que no toma en consideración los aspectos socio - culturales, lingüísticos, etc., que giran en torno a la lógica de vida de las comunidades afectadas, en especial las indígenas, por lo que sus resultados son redactados según lo interprete el relacionador comunitario o funcionario público, lo que desata un conflicto entre el ejecutor de la propuesta y la comunidad, como resultado de esto, tenemos la resistencia social.

2.2. Derecho a la Resistencia.

"El derecho a la resistencia es un derecho reconocido a los pueblos frente a gobernantes de origen ilegítimo (no democrático) o que teniendo origen legítimo (democrático) han devenido en ilegítimos durante su ejercicio, que autoriza la desobediencia civil y el uso de la fuerza con el fin de derrocarlos y reemplazarlos por gobiernos que posean legitimidad."⁶

⁵ Wilton Guaranda Mendoza, *Defensa de la naturaleza y Derechos Humanos*, Quito, Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos (INREDH), Boletín 14, disponible en: <http://www.ecoportel.net/content/view/full/78292>, último acceso 8 de abril de 2009.

⁶ Enciclopedia libre wikipedia, *Derecho de Rebelión*, disponible en http://es.wikipedia.org/wiki/Derecho_a_la_resistencia, último acceso: 6 de abril de 2009.

La resistencia, en su significado actual, puede ser entendida como aquella garantía, en virtud de la cual los ciudadanos pueden tomar medidas de presión, en sí mismas no violentas, que tiendan a restaurar la plenitud del ejercicio de los Derechos Humanos cuando las garantías institucionales resultan insuficientes o inaplicadas.

El derecho a la resistencia se ha convertido en uno de los conceptos fundamentales de las democracias modernas, conlleva una amplia relación con lo que Gandhi denominara desobediencia civil que no es otra cosa que negarse a cumplir una ley por creer que existen razones morales suficientes para reformar o abolir dicha ley. Se produce cuando se han agotado los recursos legales ordinarios y no se ha conseguido, por los medios contemplados en el Derecho vigente, que los poderes públicos modifiquen dicha norma o comportamiento político. "Es una garantía que está reconocida incluso de forma explícita en algunos ordenamientos jurídicos como derecho fundamental, como el artículo 20(4) de la Ley Fundamental de Bonn o como el artículo 45 de la Constitución de la República de Guatemala, que entró en vigor el 31 de Mayo de 1985."⁷

El derecho a la resistencia expresada en la desobediencia civil fue utilizado como recurso político por los movimientos pacifistas de la no violencia (Ghandi, M. Luther King) para luchar contra la colonización o por el reconocimiento de los derechos raciales. Entendemos entonces que la inadecuada aplicación o la falta de aplicación de la consulta previa, que como resultado haya legalizado o legitimado una propuesta de proyecto industrial, legislativo o administrativo que viole derechos humanos, desencadena en el derecho irrenunciable de la comunidad a oponerse, esto es de resistirse a dicha decisión inconsulta. Además, cuando alguna decisión del poder público implique una violación, retroceso o limitación a los derechos humanos, es decir cuando se considera ilegítima, injusta o discriminatoria, la comunidad recurre a este derecho como expresión de su descontento.

"El derecho a la resistencia fue incluido de forma explícita en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de la Revolución Francesa, Pero puede considerarse que está implícito en la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de 1776, que en su párrafo más famoso declara:

Sostenemos como evidentes estas verdades: que todos los hombres son creados iguales; que son dotados por su Creador de ciertos derechos

⁷ Instituto de Estudios Políticos para América Latina y África, *Curso Sistemático de Derechos Humanos*, sección B12.2.1., disponible en <http://www.iepala.es/DDHH.old/ddhh167.htm>, último acceso: 6 de abril de 2009.

inalienables; que entre éstos están la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad; que para garantizar estos derechos se instituyen entre los hombres los gobiernos, que derivan sus poderes legítimos del consentimiento de los gobernados; que cuando quiera que una forma de gobierno se haga destructora de estos principios, el pueblo tiene el derecho a reformarla o abolirla e instituir un nuevo gobierno que se funde en dichos principios, y a organizar sus poderes en la forma que a su juicio ofrecerá las mayores probabilidades de alcanzar su seguridad y felicidad."⁸

Concluimos entonces que el derecho a la resistencia puede ser ejercido, cuando los mecanismos formales y legales de reclamo se han agotado o resultan inútiles. Su ejercicio es un recurso desesperado cuando el Estado, creado para proteger los derechos de las personas, no cumple con su deber o lo que es peor, en vez de proteger los derechos humanos los conculca o permite que terceros lo hagan.

3. Alcance constitucional de la Consulta Previa y el Derecho a la Resistencia en Ecuador.

3.1. En relación a la Consulta Previa.

La Constitución establece dos categorías de consulta: la primera que tiene como fuente la Declaración de Río sobre Medio Ambiente, que se refiere a la consulta previa para la protección de un derecho difuso, como es el ambiente, ejercida por la ciudadanía en general; y, la segunda que tiene como fuente el Convenio 169 de la OIT que hace referencia a la consulta para actividades de prospección, explotación y comercialización de recursos naturales no renovables que se encuentren en territorios indígenas.

Para la primera categoría, se entiende que el constituyente, al instituir el término "toda decisión", quiso otorgar un concepto amplio para que todo aquello que se decida desde el poder público y pueda afectar al ambiente deba ser consultado y no sólo se limite a los grandes proyectos de explotación, en donde los efectos, son desde luego visibles. Por lo tanto existen diversas decisiones del poder público sobre las cuales debe realizarse de forma obligatoria una consulta previa a la comunidad en general, que van desde las decisiones acerca de la construcción de un relleno sanitario, la instalación de una torre eléctrica, la

⁸ Enciclopedia libre wikipedia, *Derecho de rebelión*, disponible en: http://es.wikipedia.org/wiki/Derecho_de_rebelión, último acceso: 6 de abril de 2009.

construcción de una gasolinera, la autorización para ingresar productos genéticamente modificados, la apertura de una cantera, hasta la explotación de una mina o un campo petrolero.

Para la segunda categoría, se establece que debe consultarse de forma obligatoria a los Pueblos y Nacionalidades Indígenas, cuando dentro de sus territorios, se pretenda explotar recursos del subsuelo, es decir, la consulta previa para Pueblos Indígenas, sin menoscabo de que puedan participar en los procesos de consulta sobre las demás materias mencionadas anteriormente, deben de forma específica y obligatoria, ser consultados, cuando el fin sea explotar los recursos no renovables que se hallen en sus territorios. Además, otra situación que le diferencia a la consulta Previa para Pueblos Indígenas, de la consulta a comunidades mestizas, es que en el caso de las nacionalidades indígenas, el grado de impacto a tomar en cuenta para ser consultados, no sólo se refiere a lo ambiental, sino también a lo cultural, cuando el determinado proyecto signifique una afectación a los aspectos culturales de los pueblos y nacionalidades indígenas.

Esto nos da una pauta de que, en los procesos de consulta, no pueden utilizarse los mismos mecanismos para una comunidad mestiza que para una comunidad indígena. Primeramente porque en el rango de derechos sobre esta materia, los Pueblos Indígenas tienen una categoría del respeto a los derechos mucho mayor, debido fundamentalmente a que además de los derechos garantizados por la Constitución, los Pueblos Indígenas tienen otros derechos reconocidos también en el Convenio 169 de la OIT, y la Declaración de Naciones Unidas sobre Pueblos Indígenas. En segundo lugar, los aspectos socio - culturales, territoriales, lingüísticos, etc, que giran en torno a la lógica de vida de las comunidades indígenas, es totalmente diferente a la mestiza por lo que la metodología de consulta debe tomar en cuenta estas variables, de modo que los resultados del proceso de consulta no sean simplemente redactados según la interpretación del relacionador comunitario o funcionario público, que esté a cargo del proceso.

Durante la vigencia de la Constitución de 1998, se establecieron estas dos categorías de consulta, como derecho difuso y como derechos colectivos, pero no existió regulación legal de la consulta previa, a pesar de que por mandato constitucional el artículo 141 de establecía reserva de Ley para ciertas materias; entre ellas "1.- Normar el ejercicio de libertades y derechos fundamentales garantizados en la Constitución." La misma carta magna determinaba, en su artículo 142(3), que "serán leyes orgánicas [...] las que regulan las garantías de los derechos fundamentales y los procedimientos para su protección".

"El órgano legislativo contemplado en la Constitución de 1998, denominado Congreso Nacional, tenía el deber y la atribución de "expedir reformar y derogar las leyes e interpretarlas con carácter generalmente obligatorio".⁹ Por lo que, tratándose de regular y garantizar el ejercicio de un derecho fundamental, como el derecho de los pueblos y nacionalidades indígenas a ser consultados, era necesario que el Congreso Nacional expida una ley conforme el procedimiento y las normas que regulan ésta facultad. Sin embargo, se expidieron de manera inconsulta e inconstitucional tres reglamentos para regular el ejercicio del derecho a la consulta previa¹⁰ en donde se incluía a pueblos indígenas sin que tengan sustento en una ley orgánica.

Estos reglamentos no cumplen con las características que debe tener un cuerpo normativo que regule el ejercicio de derechos fundamentales, ya que no fueron dictados por el órgano legislativo constitucionalmente competente (el único órgano competente era el Congreso Nacional), ni elaborada con el procedimiento establecido por la Constitución (el procedimiento debió ser el de expedición de leyes orgánicas)."¹¹

Además limitaba el ejercicio de los derechos de los pueblos indígenas y de la ciudadanía en general debido a que no se garantizaba que la opinión de los consultados vaya a ser tomada en cuenta por el Estado, mucho menos que se busque el consentimiento de las nacionalidades indígenas.

La única referencia respecto a la consulta previa dentro de la legislación ecuatoriana la encontramos en los artículos 28 y 29 de la Ley de Gestión Ambiental, aún vigente¹², sin embargo estas disposiciones hacen referencia

⁹ Constitución de 1998, Art. 130 (5).

¹⁰ Estos reglamentos fueron: el Decreto 3401 en el gobierno de Gustavo Noboa, el Decreto 1897 en el gobierno de Alfredo Palacio y el Decreto 1040 en el actual período de gobierno del Econ. Rafael Correa

¹¹ David Cordero Heredia, "Implementación del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas en Ecuador", en *La Consulta Previa con los Pueblos Indígenas: legislación y jurisprudencia en Brasil, Colombia, Ecuador y Perú*, Quito, Red Jurídica Amazónica, 2009, pp. 115 y ss.

¹² El Art. 28 de la L. G. A. Establece: "Toda persona natural o jurídica tiene derecho a participar en la gestión ambiental, a través de los mecanismos que para el efecto establezca el Reglamento, entre los cuales se incluirán consultas, audiencias públicas, iniciativas, propuestas o cualquier forma de asociación entre el sector público y el privado. Se concede acción popular para denunciar a quienes violen esta garantía, sin perjuicio de la responsabilidad civil y penal por denuncias o acusaciones temerarias o maliciosas. El incumplimiento del proceso de consulta al que se refiere el artículo 88 de la Constitución Política de la República tornará inejecutable la actividad de que se trate y será causal de nulidad de los contratos respectivos. Por su parte el Art. 29 disponía "Toda persona natural

expresa a la consulta previa en materia de protección ambiental contenida en el artículo 88 de la Constitución de 1998¹³. Por lo que podemos concluir que nunca se emitió la legislación necesaria para el ejercicio del derecho a la consulta previa de las nacionalidades indígenas, por lo que es lógico suponer que en los procesos de consulta no se realizó la diferenciación entre la visión indígena y la visión mestiza–urbana respecto a lo que a cada uno le representa la tierra, la biodiversidad, la naturaleza, en fin, el ambiente. Adicionalmente, la ley forestal y de conservación de áreas naturales y el sistema único de gestión ambiental hacen referencia a que se respetarán las disposiciones del Artículo 84 de la Constitución, es decir, entre ellas, la consulta a los pueblos indígenas.

No obstante, Ecuador no posee buenas experiencias respecto a la aplicación del principio de precaución ambiental y respeto a la consulta previa de los pueblos indígenas, una de las causas principales se debe a que el petróleo, uno de los principales recursos que genera rentas al Estado, es extraído en las zonas donde se encuentran asentadas las comunidades indígenas milenarias, por ejemplo en el bloque 15 y 16, en la provincia de Sucumbíos, anteriormente explotada por la Oxi, y actualmente por Petroproducción, están asentadas las comunidades Kichwas, shuaras, Sionas, Secoyas y Cofanes. Entonces la lógica de extracción y el ideal de desarrollo económico a partir de la explotación del recurso petróleo, está por encima de los derechos de los pueblos indígenas, convirtiéndoles en una especie de categoría marginal.

"En diciembre de 1999 la CEOLS (Central Sindical) presenta a nombre de la Federación Independiente del Pueblo Shuar del Ecuador FIPSE, una querrela fundada en el Art. 24 de la Constitución de la OIT, ante el Consejo de Administración de la OIT en contra del Estado Ecuatoriano por no haber observado el derecho a la Consulta Previa en el caso del Bloque Petrolero 24. En la resolución, el Comité Tripartito que conoció el caso observa severamente al

o jurídica tiene derecho a ser informada oportuna y suficientemente sobre cualquier actividad de las instituciones del Estado que conforme al Reglamento de esta Ley, pueda producir impactos ambientales. Para ello podrá formular peticiones y deducir acciones de carácter individual o colectivo ante las autoridades competentes".

¹³ El Artículo 88 de la Constitución de 1998, contenido dentro de la Sección Segunda sobre los Derechos Colectivos titulada "Del Medio Ambiente", prescribía: *Art. 88.- Toda decisión estatal que pueda afectar al medio ambiente, deberá contar previamente con los criterios de la comunidad, para lo cual ésta será debidamente informada. La ley garantizará su participación.*

Estado Ecuatoriano porque en sus alegaciones sostiene que "no estima conveniente los mecanismos de consulta porque tenderían a dificultar los procesos de consultación petrolera que son de competencia de las instituciones gubernamentales."¹⁴

"En los proyectos en que se ha señalado como cumplida la consulta previa se lo ha hecho con engaños a la comunidad, mediante, por ejemplo, la firma de actas, de entrega de dádivas por parte de las compañías o la suscripción de convenios de cooperación entre las empresas y la comunidad que posteriormente son entregadas como pruebas de la realización de la consulta. En los casos que se judicializaron ante el Tribunal Constitucional, en los cuales se ha aceptado la pretensión de la comunidad de que se detenga el proyecto extractivo por la falta de consulta, el Tribunal ha reconocido la consulta como un requisito más que como un derecho, la muestra más clara es el caso de la Organización de Nacionalidades Huaorani donde el Tribunal se mostró indiferente ante la solicitud de analizar el fondo del proceso de consulta y por tanto validando uno de los procesos más denigrantes para las nacionalidades indígenas de nuestra Amazonía"¹⁵.

"La consulta previa es un tema que tratan de evitar algunos gobiernos y la empresa privada porque se le considera un mecanismo de oposición a los proyectos. Se convierte entonces la Consulta Previa en una formalidad sobre la cual se imponen criterios en un diálogo desigual que hacen reaccionar a las comunidades con reclamos y protestas que luego son reprimidas por la fuerza pública. Hechos como esos indican que en el equilibrio de poder para la toma de decisiones, el gobierno y la empresa privada suman el mayor peso cuando hay una subvaloración de la participación indígena en el proceso. En estas condiciones no podríamos hablar de gobernabilidad indígena si no se les tiene en cuenta como titulares de unos derechos.

Hay casos en que el gobierno cede a la empresa privada la responsabilidad del diálogo con los pueblos indígenas; de ahí que las empresas luego asumen compromisos de otorgar beneficios implementando programas sociales para las comunidades afectadas y con esto salvan su responsabilidad social. Los Pueblos indígenas no son unos interesados más en las tierras sino los titulares ancestrales de un territorio. Este es otro punto que en algunos países los pueblos indígenas han considerado en los diálogos pues generalmente se confunde la Responsabilidad Social Empresarial como un sustituto de la responsabilidad del Estado.

¹⁴ Mario Melo, *De la Consulta Previa Informada al Consentimiento Previo Informado: un camino que urge recorrer. El caso ecuatoriano*, Quito, Agencia Latinoamericana de Información (ALAI), 2004, disponible en: [#=es](http://alainet.org/active/6590), último acceso 6 de abril de 2009.

¹⁵ David Cordero Heredia, "Implementación del Derecho...", *op. cit.*, pp. 115 y ss..

Esto demuestra un vacío en el conocimiento de las instituciones sobre la manera cómo funcionan las sociedades indígenas, cómo es su relación con el entorno (los recursos naturales); se pretende entonces que sean los indígenas quienes se adaptan y asimilen los patrones culturales de la sociedad nacional."¹⁶

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado respecto de algunas acciones de Amparo Constitucional, que comunidades indígenas y mestizas han propuesto, demandando la nulidad de actos y proyectos, que por no haber cumplido con la consulta previa, han atentado contra la integridad territorial y autodeterminación indígena y el derecho a vivir en un ambiente sano, en este sentido, voy a mencionar algunas de estas resoluciones, por ejemplo:

"[M]ediante resolución No.247-RA-00¹⁷ del 16 de marzo de 2000, el T C (i) acepta el argumento de que un "comportamiento" compuesto de una serie de actos es susceptible de impugnación mediante amparo constitucional, cuando la posición recurrente del Tribunal era considerar impugnables sólo los "actos administrativos"; (ii) declara que en las relaciones comunitarias con la nacionalidad Shuar se deben respetar su forma de organización comunitaria, hacer lo contrario provocaría la división de la comunidad afectándola gravemente; y, (iii) que el hecho de no respetar la organización de la nacionalidad indígena varios de sus derechos específicos, entre ellos el derecho a la consulta previa.

En una vergonzosa resolución, que tiene un solo párrafo de análisis, el Tribunal Constitucional en resolución No. 0054-2003-RA¹⁸ del 3 de julio de 2003

¹⁶ Omaira Mindiola, *Gobernabilidad y Consulta Previa a los Pueblos Indígenas*, Guatemala, 6 de abril de 2006, Fundación Canadiense para las Américas, pág. 4 a 5, disponible en: www.focal.ca/pdf/consulta_previa.pdf, último acceso: 6 de abril de 2009.

¹⁷ "La Federación Independiente del Pueblo Shuar del Ecuador (FIPSE) presentó una demanda en contra de la Compañía Arco Oriente Inc, en donde impugnaba "LA CONDUCTA ILEGITIMA DE LA COMPAÑIA ARCO ORIENTE INC. De ingresar a territorio de la FIPSE, sin la autorización de la dirigencia que representa el Pueblo Shuar, para promover diálogos privados e individuales con pocos miembros de la Federación, luego de la resolución pública de la FIPSE de no permitir la negociación aislada entre cualquier centro o asociación miembro con dicha compañía", tomado de David Cordero Heredia, *Implementación del Derecho...*, op. cit.

¹⁸ "La Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador (CONAIE) presentó una demanda de amparo constitucional en contra del Gerente General y del Representante Legal de AGIP OIL ECUADOR B.V. en contra del convenio suscrito entre dicha empresa con la Organización de Nacionalidades Huaorani de la Amazonía Ecuatoriana (ONAHE) y las comunidades de Tiweno, Tarangano, Damointado, Akaro (Tomo), Enquerido y Quihuaro, el 28 de marzo de 2001.", tomado de David Cordero Heredia, *Implementación del Derecho...*, op. cit.

revocando la resolución del juez inferior en lo favorable para la nacionalidad Huaorani y confirmando la validez del convenio. En dicha resolución se sientan dos precedentes nefastos en la justicia constitucional ecuatoriana: (i) se equiparan los convenios impulsados por las empresas (incluso en los que se acepta la existencia de consultas previas inexistentes) con nacionalidades indígenas a contratos civiles cuya legitimidad se debe suponer; (ii) en caso de alegarse que la información fue insuficiente o que influyó en el error de la comunidad, esto debería demostrarse mediante un proceso civil y no uno constitucional. Finalmente, la resolución del Tribunal Constitucional no desarrolla el contenido del derecho a la consulta previa y en general no se pronuncia sobre el fondo de la causa.

El Presidente de la Junta Parroquial de Cumbayá (parroquia rural del cantón Quito) presentó una demanda de amparo constitucional [679-2003-RA] en contra de un convenio entre el Municipio Metropolitano de Quito y la Universidad San Francisco de Quito para la construcción de un centro comercial y un cine IMAX que traerían gran afluencia de tráfico a la población de Cumbayá. Al mismo tiempo, el mismo actor presentó una demanda de inconstitucionalidad [034-2003-TC] en contra de la Ordenanza Municipal que viabilizaba el proyecto. Entre otros argumentos, el accionante alegó que no se había realizado la consulta previa a la comunidad tanto al aprobar la realización del proyecto como al legislar mediante una ordenanza para su consecución.[...]

El Tribunal Constitucional, resolvió de forma favorable a los demandantes, sentando argumentos valiosos que vale la pena recordar:

QUINTO.- [...] se advierte que, como señala el accionante, el impacto que provocará en el sector y sus habitantes, la mayor afluencia vehicular, generará mayor cantidad de ruidos y emisiones tóxicas que, a no dudarlo, serán causantes de afectación al medio ambiente, consecuentemente, a la salud de los pobladores del sector.

Resulta preocupante que, no obstante ser evidente el impacto que causaría al medio ambiente la realización del proyecto, no se hayan efectuado los estudios técnicos que hubieren permitido establecer, de ser viable, los correctivos necesarios, [...].

SEXTO.- El artículo 88 de la Constitución Política determina la obligación de contar con el criterio de la comunidad, en toda decisión estatal que pueda afectar al medio ambiente, a cuyo efecto la comunidad deberá estar debidamente informada, remitiendo a la ley para que garantice la participación de la comunidad.

El artículo 28 de la Ley de Gestión Ambiental, [...] recoge la importancia que la Constitución concede a la participación ciudadana en la gestión ambiental, a tal punto que califica de prioritaria y decisiva la opinión de la colectividad, para efectos de la ejecución de actividades que puedan afectar el ambiente, participación que se toma indispensables en tanto es precisamente la comunidad, la que afrontará las consecuencias de las actividades de diverso orden a realizarse en su entorno.

Del análisis del proceso, se encuentra que no se ha justificado la realización de consulta alguna a la comunidad, para el establecimiento del proyecto convenido con la Universidad San Francisco, en violación al derecho colectivo consagrado en el artículo 88 de la Constitución, así como el derecho a vivir en un ambiente sano, ecológicamente equilibrado y libre de contaminación, previsto en los artículos 23, numeral 6 y 86 de la Constitución Política.

SÉPTIMO.- Un acto de autoridad emitido con violación a un derecho constitucionalmente reconocido y protegido, a no dudarlo, adolece de ilegitimidad, y, si, además, amenaza con causar daño, es factible que, mediante acción de amparo, se tutele el derecho del o los afectados con la emisión de tal acto, conforme prevé el artículo 95 de la Constitución Política.

La resolución del Tribunal Constitucional del 17 de marzo de 2004 ordenó detener la construcción del proyecto y significó dos avances importantes dentro del campo de la justicia constitucional: (i) el reconocimiento de que un acto que violente derechos humanos se convierte en un acto ilegítimo y por tanto es susceptible de impugnación por vía de amparo, en lugar de la concepción clásica de legitimidad tomada del derecho administrativo que fue ampliamente usada por el Tribunal Constitucional; y (ii) reconoce que la falta de consulta previa constituye una violación de derechos humanos y es motivo suficiente para que se detenga la actividad que no fue consultada.

Respecto a la acción de inconstitucionalidad, el Tribunal Constitucional resolvió de forma favorable, dejando sin efecto la ordenanza que permitía la construcción del proyecto IMAX, mediante esta resolución el Tribunal Constitucional reconoció a la actividad legislativa dentro de aquellas actividades que deben ser consultadas a la comunidad si la medida legislativa viabiliza la realización de proyectos que ponen en peligro el medio ambiente. Esta conclusión es destacada en la medida de que el texto constitucional al referirse a la consulta previa ambiental (y a la consulta previa a las nacionalidades indígenas) no hace referencia expresa a que la consulta previa debe ser realizada también en el campo legislativo.

En las resoluciones de los casos Intag (459-2003-RA), Caso Nangaritza (0334-2003-RA) y Caso Yuma (0544-06-RA), el Tribunal Constitucional se puede apreciar la contradicción con las resoluciones del Caso IMAX, que analizamos en el acápite anterior, y son la muestra de la debilidad de nuestra justicia constitucional que no consigue realizar un desarrollo coherente de su jurisprudencia en aras de una mayor garantía de los derechos humanos.

Los casos de Intag, Nangaritza y Yuma guardan una gran similitud en cuanto a sus hechos. Los tres consisten en concesiones mineras entregadas por el Estado a distintas empresas sin realizar una consulta previa a las comunidades afectadas.

El caso Nangaritza fue resuelto por el Tribunal Constitucional el 1 de octubre de 2003, en esta resolución se analiza únicamente el proceso legal de la adjudicación de la concesión minera concluyendo que el acto estatal era legítimo,

no se analiza el derecho a la consulta previa. En el caso de Intag fue resuelto por el Tribunal Constitucional el 9 de diciembre de 2003, en esta resolución no se analiza el fondo del caso, la demanda es desechada por la falta de inminencia.

En el caso de los Pantanos Secos de Pastaza (222-2004-RA), en su resolución el Tribunal remarca la legitimación activa de toda persona en defensa del medio ambiente y la inejecutabilidad de todo proyecto que no sea precedido de la consulta previa a la ciudadanía, en palabras del Tribunal:

SEXTO." El derecho ambiental se ha dicho es un subsistema normativo que regula o pone límites a las actividades humanas para proteger la naturaleza; el derecho ambiental juridifica las acciones humanas para convertirlas en objeto de regulación, pero también lo hace respecto de la naturaleza para convertirla en objeto de protección. En materia ambiental existen principios como el del carácter tutelador (tuitivo) de este derecho, así como su carácter preventivo y reparador más que represivo, si la lógica del derecho en general se base en el castigo del acto injurídico, en cambio el derecho ambiental tiene por objeto evitar el acto injurídico y ha instrumentado otras medidas que se apartan de esta lógica, como los acuerdos voluntarios, la publicidad y la participación comunitaria. Una de las maneras de prevenir la producción del daño es mediante el conocimiento y valoración anticipada de los peligros y los riesgos, y este conocimiento y valoración se llevan a cabo mediante la evaluación adelantada de todo aquello que encierra peligros. Los principios de precaución y prevención se ponen en ejecución a través de los estudios de impacto ambiental que tienen como finalidad evitar la ocurrencia de daños ambientales. El Estado Ecuatoriano establece como instrumento previo a la realización de actividades susceptibles de degradar o contaminar el ambiente, la obligación de que los interesados efectúen un Estudio de Impacto Ambiental y el respectivo Programa de Mitigación Ambiental.[...]

DÉCIMO SEGUNDO.- Cabe precisar que una gran mayoría de legislaciones sobre estudios de impacto ambiental incluyen el requerimiento de la información y consulta a las poblaciones locales y a los ciudadanos. Una correcta y legítima gestión pública ambiental está integrada por "las acciones gubernamentales y ciudadanas orientadas al desarrollo sustentable". La consulta pública es otro de los aspectos importantes vinculados al manejo ambiental, y es que la participación de la población debe expresarse en las diferentes etapas de este manejo, esto es, en la planificación, normativa, desarrollo de estudios de impacto ambiental, vigilancia y legitimidad procesal; debe estar habilitada para accionar diferentes demandas ante las instancias administrativas o judiciales. La Constitución Política en el Art. 88 consigna: "Toda decisión estatal que pueda afectar al medio ambiente, deberá contar previamente con los criterios de la comunidad, para lo cual ésta será debidamente informada. La Ley garantizará su participación". El Art. 28 dispone que toda persona natural o jurídica tiene derecho a participar en la gestión ambiental; que se concede acción popular para denunciar a quienes violen esta garantía, sin perjuicios de la responsabilidad civil y penal por

acusaciones maliciosamente formuladas. "El incumplimiento del proceso de consulta al que se refiere el artículo 88 de la Constitución Política de la República tomará Inejecutable la actividad de que se trate y será causal de nulidad de los contratos respectivos". Como se ha señalado en este caso, el Concejo Municipal del cantón Pastaza, de manera totalmente inconulta inicia la ejecución de este proyecto, pese a recibir una serie de quejas y preocupaciones de la ciudadanía respecto de la inminencia de los daños ambientales que el mismo generaría, y desoyendo el clamor popular prosigue con la ejecución el mismo, no obstante recibir disposición del Ministerio del Ambiente de suspender la ejecución del mismo, hasta que el Municipio presente una auditoría ambiental con el fin de determinar si se han ocasionado daños ambientales, tal como consta de las comunicaciones arriba mencionadas.[...]

DÉCIMO CUARTO.- Constan del expediente el movimiento de tierras realizado con maquinaria pesada en una extensión de 4 hectáreas y la remoción de toda la capa vegetal para las construcción de las piscinas de sedimentación y tratamiento de las aguas negras en el Puyo, sin que dicho trabajo cuente, como se ha señalado, con la respectiva Licencia Ambiental, y se haya procedido a realizar la consulta previa a la población o comunidad afectada, lo que toma ilegítima la actuación de la autoridad municipal, y en consecuencia la actividad relacionada con este Proyecto de los Pantanos Secos se toma inejecutable por vulnerar el derecho de la población a vivir en un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado, derechos constitucionalmente reconocidos a favor de todos los ecuatorianos, y que no pueden ser meros enunciados, por el contrario, deben ser aplicados y tener vigencia en la práctica, sin que autoridad alguna pueda violarlos.¹⁹

Los organismos internacionales han sido también un marco referencial para analizar el cumplimiento del estado ecuatoriano respecto de la consulta previa, por ejemplo:

"el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas [realizó en el año 2004] sus Observaciones Conclusivas al último Reporte presentado por el Estado Ecuatoriano sobre el cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales. Destaca en dichas observaciones, la expresa referencia a la falta de una completa implementación en la práctica, del derecho de las comunidades indígenas a la tierra y a ser consultadas antes de que recursos naturales sean explotados en sus territorios. Señala, además que el Estado Ecuatoriano ha entregado concesiones extractivas de recursos naturales en territorios comunitarios indígenas, 'sin el pleno consentimiento de

¹⁹ David Cordero Heredia, "Implementación del Derecho...", *op. cit.*, pp. 115 y ss.

las comunidades afectadas'.(Párrafo 12). En el Párrafo 35 de las Observaciones, el Comité 'enérgicamente urge' al Estado a asegurar que los indígenas participen en las decisiones que afecten sus vidas y "particularmente requiere" que el estado consulte y "busque el consentimiento" de los pueblos indígenas respecto a proyectos extractivos y políticas públicas que los afecten.

Cuando el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial de las Naciones Unidas emitió sus Observaciones Finales al Informe sobre el cumplimiento de la Convención Internacional para la Erradicación de todas las formas de Discriminación Racial, correspondiente al período 1994-2000, que el Ecuador presentara en marzo de 2003, muy puntualmente destacaba la insuficiencia de la mera consulta para garantizar los derechos indígenas y recomendaba se recabe previamente el consentimiento de las comunidades:

En cuanto a la explotación de los recursos del subsuelo de los territorios tradicionales de las comunidades indígenas, el comité observa que con la mera consulta a estas comunidades antes de iniciar la explotación de los recursos no se cumplen las condiciones especificadas en la Recomendación General No. XXIII del comité, relativa a los derechos de las poblaciones indígenas. El Comité recomienda, pues, que se recabe previamente el consentimiento de estas comunidades con conocimiento de causa y que se garantice la división equitativa de los beneficios que se obtengan con esa explotación.

La citada Recomendación General No. XXIII hace un llamado a los Estados parte de la Convención a reconocer y proteger los derechos territoriales de los pueblos indígenas y menciona expresamente su libre e informado consentimiento como un requisito para permitir el uso de sus tierras y territorios."²⁰

Ante la falta de análisis de materialidad de los procesos de consulta previa, las compañías extractivas han visto en ellas una oportunidad para realizar actividades de división de la comunidad, compra de conciencias de dirigentes y posicionamiento ilegítimos de extensas áreas de territorio.²¹

3.2. Sobre el Derecho a la Resistencia.

Ante las intervenciones en las cuales el aparato jurídico del estado limita o desconoce los derechos a la participación ciudadana y la consulta previa, existen procesos de resistencia por parte de las poblaciones en cuyos territorios se

²⁰ Mario Melo, *De la Consulta Previa Informada...*, *op. cit.*

²¹ El Tribunal Constitucional en el caso No. 0184-2002 declaró sin efecto la adjudicación realizada por el INDA a favor de Endesa Botrosa de 3400 hectáreas del bosque húmedo tropical del predio Pambilar, en el cantón Quinindé de la Provincia de Esmeraldas

pretende establecer o se ha impuesto ya la ejecución de los proyectos mencionados. La resistencia se ha generalizado y es protagonizada por comunidades campesinas, urbanas, indígenas y afro ecuatorianas de todas las regiones del país por diversas razones sociales.

Al parecer estas acciones de resistencia deberían ser consideradas como legítimas por estar confrontando actos del poder público o privado contrarios a la ley y la justicia, sin embargo en este marco de protesta y oposición de las comunidades a la ejecución de los proyectos mencionados, los actores empresariales (con apoyo de representantes del Estado), han ensayado una serie de mecanismos para deslegitimar y acallar a las comunidades y personas oponentes, desatando o profundizando la inestabilidad y la conflictividad social.

Para eliminar o neutralizar la resistencia, el Estado ha diseñado una serie de acciones tácticas o concretas, con el fin de que los hechos que tienen como objeto la resistencia a una determinada acción pública o privada, se conviertan o relacionen con la rebelión o actos de terrorismo.

Ejemplos de la criminalización de la protesta social mediante la presentación de denuncias y acciones legales en contra de dirigentes, líderes y pobladores, nos sobran, pero se hace necesario para este análisis remitirnos a algunos ellos:

- a) **El caso Wilman Jiménez:** defensor de la Red de derechos humanos de Orellana, se hallaba verificando en calidad de observador de derechos humanos la situación que se daba en la Estación Coca-Payamino, tras la protesta de los miembros de las comunidades campesinas afectadas por la actividad petrolera de Perenco, que no habían recibido atención a sus reclamos, para esto Wilman utilizaba una cámara con la cual fotografiaba lo sucedido. Al momento de la represión militar y policial fue herido y detenido por la fuerza pública para posteriormente ser trasladado ilegalmente a la Brigada de Selva 19 Napo, recinto militar donde permaneció hasta el día siguiente para luego ser conducido a la Brigada de Selva 17 Pastaza, en donde permaneció detenido durante 17 días, bajo el control de las autoridades militares y procesado por la justicia militar bajo la acusación de sabotaje y terrorismo.
- b) **El caso Chillanes:** comunidades que están en contra de la privatización del agua y de la construcción de una hidroeléctrica que no les ha sido consultada y que limita su derecho al agua, por su resistencia han sido detenidos varias ocasiones; unas por órdenes de los militares del Cuerpo

de Ingenieros del Ejército que intentan llevar a cabo la construcción de esta represa hidroeléctrica, otras veces por la justicia ordinaria bajo cargos asociados al sabotaje, terrorismo y rebelión.

- c) **El caso Adelca:** comunidades de Aloag cuyos principales dirigentes fueron detenidos y acusados de sabotaje por haberse resistido a la construcción de una torre eléctrica de alta tensión que facilitaría la fundición de metal por la empresa Adelca, para cuyos trabajos que implican impactos ambientales, no fueron consultados.

Los ejemplos narrados constituyen formas de criminalizar la resistencia social, por estos medios se "pretende encarcelar inmediatamente a defensores de derechos humanos y pobladores que presentan la mayor resistencia, tienen liderazgo y gozan de legitimidad en las comunidades, utilizando la figura del delito flagrante, la institución judicial, la prisión preventiva, los estados de emergencia y la perversa identificación entre los hechos políticos de resistencia con delitos tipificados en el Código Penal".²²

A propósito de esta reflexión, conviene diferenciar los hechos de resistencia con hechos de rebelión:

"1. La rebelión supone la existencia previa de una generalizada y radical negación de los Derechos Humanos. Se trata de dar salida a una situación límite: tiranía u opresión evidente y prolongada. En la resistencia, por el contrario, se trata de ir subsanando concretas situaciones -sin duda muchas veces graves- de negación de los Derechos Humanos. La resistencia tiene también sentido, como es obvio, en situaciones límites de negación de los Derechos Humanos. 2. La rebelión tiene lógica explicación y legitimidad en un sistema totalitario. La resistencia tiene lógica explicación y legitimidad en un sistema formalmente democrático. Aunque también tiene sentido la resistencia en un sistema totalitario. 3. La rebelión tiene carácter reparador y último límite. Por el contrario, la resistencia tiene, además del carácter reparador, un carácter preventivo: trata de impedir que el sistema democrático degenera en un sistema totalitario y que, en consecuencia, no haya otro recurso que acudir a la rebelión. La experiencia de que las dictaduras son difíciles de combatir o de destruir una vez establecidas, debe constituir una obligación del ciudadano, de oponerse incluso a las tendencias hacia formas autoritarias del Estado y de Gobierno, en el caso de que otros órganos estatales

²² Wilton Guaranda Mendoza, *Defensa de la naturaleza y Derechos Humanos*, Quito, Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos (INREDH), Boletín 14, disponible

no puedan hacerlo. 4. En virtud de lo afirmado en el apartado anterior se puede afirmar que existe una complementariedad entre la resistencia y la rebelión. La primera actuaría como garantía que facilitaría el no tener que acudir a la segunda. La rebelión sería el recurso último que serviría de garantía cuando la resistencia o no se ha ejercitado o no ha dado resultado positivo."²³

Los Fiscales y Jueces, en las resoluciones respecto a los procesos judiciales que tienen relación a la desobediencia civil y en los cuales se denuncian a defensores de derechos humanos como autores de delitos contra la propiedad, contra el bien público, sabotaje, terrorismo, etc., no se han detenido a analizar los componentes políticos que giran alrededor de estos temas sino que aplican literalmente la ley y no realizan un ejercicio de razonamiento respecto a que estos actos son consecuencia de una expresión política legítima, por lo cual merecen un tratamiento más holístico que le diferencie de los actos penales, considerando que el sujeto, en el contexto de la resistencia social, no tiene como finalidad delinquir para beneficiarse, sino por el contrario, el delito que pudo haber resultado de la acción de resistencia fue producto de su intención de mejorar una situación de discriminación, vulneración o desconocimiento de un determinado derecho que le afecta gravemente; en esta lógica, el informe de la Comisión Interamericana sobre Defensores de Derechos Humanos del año 2006 ha establecido que:

"[O]tro aspecto de mayor preocupación es la utilización de acciones legales contra las defensoras y defensores, tales como investigaciones o acciones penales o administrativas, cuando son instruidas con el objeto de acosarlos y desprestigiarlos. En algunos casos, los Estados utilizan tipos penales que restringen, limitan o coartan los medios utilizados por las defensoras y defensores para realizar sus actividades. La Comisión nota que algunos países de la región han promulgado leyes o han recuperado tipos penales ya en desuso, como los delitos que atentan contra la forma de gobierno o los delitos de desacato, tipificación penal cuya eliminación la Comisión reiteradas veces ha sugerido a los Estados. En otros casos, lo que se hace es iniciar procesos judiciales de tipo penal sin fundamentos de prueba con el objeto de hostigar a los miembros de las organizaciones, quienes deben asumir la carga psicológica y económica de afrontar una acusación penal. Algunos de esos procesos han llegado a etapas avanzadas en el procedimiento que incluyen la detención provisional prolongada de los acusados. Estos procesos

²³ Instituto de Estudios Políticos para América Latina y África, *Curso Sistemático de Derechos Humanos, op. cit.*

habitualmente comportan la imputación de los delitos de rebelión, atentado contra el orden público o la seguridad del Estado y la integración de grupos ilegales."²⁴

Un evento que marcó un hito importante en el reconocimiento oficial de parte del Ecuador de estas formas de criminalizar la resistencia social, fue el otorgamiento de las Amnistías para los Defensores de Derechos Humanos y la naturaleza que resolvió la Asamblea Nacional Constituyente, entre marzo y julio del 2008. En las mencionadas resoluciones se establecen tres aspectos fundamentales que deben servir para avanzar en el reconocimiento de la desobediencia civil como acción legítima ante los abusos de los poderes públicos (i) dejar sin efecto legal las acciones judiciales en contra de quienes fueron procesados por delitos comunes en el contexto de resistencia por considerarse que son acciones políticas de legítima procedencia²⁵ (ii) establecerse como fuente secundaria de consulta para resolver casos análogos, (iii) reconocer a los líderes sociales que protestan y se oponen como defensores de derechos humanos, y (iv) preparar el camino para elevar a un nivel constitucional el derecho a la resistencia.

En palabras de la Asamblea Nacional Constituyente:

"Los actos de resistencia de las comunidades y por los cuales, líderes sociales han sido criminalizados, son acciones que se enmarcan dentro de procesos de expresión política, en los cuales las comunidades y pobladores cuestionan determinadas intervenciones y buscan corregir las actuaciones del poder público. La protesta social se inicia generalmente cuando las empresas no cumplen con requisitos básicos de consulta previa, decisión de la comunidad, estudios de impacto ambientales, se incumplen las exigencias legítimas de la sociedad de transparentar licitaciones o concesiones, o cuando se manipula y divide a la comunidad".

En este punto conviene establecer la naturaleza "política" de los actores de resistencia. No se trata, desde luego, de actividades de campaña electoral o de promoción de tal o cual organización política. Son actos "políticos" en la medida en que se orientan al bien público. Hay que distinguir, pues, los actos políticos de protesta, en ejercicio del derecho de resistencia, con diversos tipos

²⁴ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe sobre la Situación de las Defensoras y Defensores de los Derechos Humanos en las Américas*, Washington D.C., OEA/Ser.L/V/II.124 Doc. 5 rev.1, 7 marzo 2006 párr. 178 y 179.

²⁵ Se beneficiaron cerca de 700 defensores de derechos humanos, algunos de ellos pudieron recuperar la libertad, otros salir de la clandestinidad por estar "prófugos de la justicia".

de delitos comunes. En suma, los actos de resistencia de la comunidad son actos esencialmente de interés público, es decir, políticos, cuya finalidad es el bienestar del colectivo, sin espacio para la imputación de delitos comunes²⁶.

No puedo dejar de mencionar en esta parte, que la comunidad internacional, entendiendo que cada día los pueblos se movilizan y participan mas activamente en la exigencia de sus derechos, el 8 de marzo de 1999 resolvió adoptar la Declaración de Defensores y Defensoras de Derechos Humanos de Naciones Unidas, aprobada en Asamblea General, donde establece en sus artículos 16 y 18:

"Los particulares, las organizaciones no gubernamentales y las instituciones pertinentes tienen la importante misión de contribuir a sensibilizar al público sobre las cuestiones relativas a todos los derechos humanos y las libertades fundamentales mediante actividades de enseñanza, capacitación e investigación en esas esferas con el objeto de fortalecer, entre otras cosas, la comprensión, la tolerancia, la paz y las relaciones de amistad entre las naciones y entre todos los grupos raciales y religiosos, teniendo en cuenta las diferentes mentalidades de las sociedades y comunidades en las que llevan a cabo sus actividades.

Toda persona tiene deberes respecto de la comunidad y dentro de ella, puesto que sólo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad. A los individuos, los grupos, las instituciones y las organizaciones no gubernamentales les corresponde una importante función y una responsabilidad en la protección de la democracia, la promoción de los derechos humanos y las libertades fundamentales y la contribución al fomento y progreso de las sociedades, instituciones y procesos democráticos. Análogamente, les corresponde el importante papel y responsabilidad de contribuir, como sea pertinente, a la promoción del derecho de toda persona a un orden social e internacional en el que los derechos y libertades enunciados en la Declaración Universal de Derechos Humanos y otros instrumentos de derechos humanos puedan tener una aplicación plena".

Esta resolución establece que defensores y defensoras de derechos humanos son todas aquellas personas que asume el compromiso de trabajar por el respeto de las condiciones de vida digna de los demás ciudadanos con los que conviven en su colectividad o a quienes han decidido ayudar por cualquier medio o de cualquier forma, ya sea activando acciones legales o de hecho. En la practica política son Defensores de Derechos Humanos quienes lideren las

²⁶ Wilton Guaranda Mendoza, *Defensa de la naturaleza y Derechos Humanos*, Quito, Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos (INREDH), Boletín 14, disponible en: <http://www.ecoportal.net/content/view/full/78292>, último acceso 8 de abril de 2009.

acciones de resistencia, si bien puede existir un grupo o multitud de personas que les apoyan por compartir los mismos ideales o propuestas, son ellos los que conducen la dirección política de las acciones, por lo tanto "los Estados deben asegurar que sus autoridades o terceras personas no manipularán el poder punitivo del Estado y sus órganos de justicia con el fin de hostigar a quienes se encuentran dedicados a actividades legítimas como es el caso de las defensoras y defensores de derechos humanos".²⁷

4. La Consulta Previa en el Estado Constitucional de Derechos y Justicia.

Al definirse al Ecuador como un Estado Constitucional de Derechos y Justicia, el paradigma para entender la estructura orgánica y funcional y la razón misma del Estado, cambia sustancialmente. Tradicionalmente dentro del liberalismo se mantuvo la tesis de que el Estado tenía la función de asegurar el ejercicio de las libertades para que a través de ellas el individuo pueda alcanzar sus aspiraciones y satisfacer sus necesidades. Entonces el Derecho y de modo concreto la Ley, era la que establecía derechos, obligaciones y permisiones, la misma que, emanada del poder legislativo, integrado por representantes del pueblo, a quien se le concedía la potestad de legislar.

Con el cambio de paradigma, el Estado mantiene una relación horizontal respecto a los ciudadanos en temas de derechos, la ley deja de ser la fuente que determina derechos, por lo que el Derecho se determina a sí mismo y en la forma como se describe en la Constitución debe ser acatado por todas las personas y por el Estado en la misma medida. El poder público y privado expresado en las leyes está limitado por el ejercicio de los derechos que la Constitución establece, por ello la ley debe acoplarse al mandato constitucional. Se entenderá entonces que el Poder Legislativo, de donde emanan las leyes, el Judicial donde se aplica y el Ejecutivo donde se administra, están sujetos a un control constitucional, control que le corresponde a la Corte Constitucional.

Con esta introducción quisiera plantear este elemento que me parece importante tener en cuenta a la hora de establecer la importancia de la consulta previa dentro de este marco conceptual de estado constitucional y las limitaciones que desde ya, prevengo que existen. Como he venido sosteniendo, la Consulta Previa es una institución que se encuentra transversalmente ubicada dentro de los capítulos referentes a los derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidad,

²⁷ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe sobre la Situación...*, *op. cit.*,

a los de participación democrática, y la sección sobre naturaleza y medio ambiente en la Constitución del 2008.

Mencioné, que la constitución del 98 establecía dos formas de consulta: la primera respecto de las nacionalidades y pueblos indígenas y la segunda respecto a la ciudadanía en general, entendida ésta última mas como participación en la prevención del medio ambiente.

La constitución del 2008 mantiene esa misma diferenciación literal aunque en la redacción específica establece la consulta tanto para nacionalidades como para la prevención ambiental, lo que constituye un nuevo enfoque que supera conceptualmente el término participación. Al estar incluida la consulta previa como derechos de participación democrática, se entiende también que esta debe estar regida por determinados principios de aplicación que la misma Constitución establece. Por ejemplo, se debe participar de manera protagónica en la toma de decisiones, planificación y gestión de los asuntos públicos, y en el control popular de las instituciones del Estado y la sociedad, y de sus representantes, en un proceso permanente de construcción del poder ciudadano.

La participación, al estar orientada bajo los principios de igualdad, autonomía, deliberación pública, respeto a la diferencia, control popular, solidaridad e interculturalidad significa que los resultados de la consulta deben conducir a algo, ese algo debe estar limitado a la no restricción del ejercicio de los derechos y la plena inclusión de la ciudadanía en todas las etapas del accionar estatal. Este criterio nos conduce a establecer que la consulta previa es un derecho que no busca solamente complacer la formalidad de un proceso de participación ciudadana sino que tiende a hacer efectiva la materialidad de sus efectos, es decir, para que las comunidades y ciudadanos afectados participen y decidan.

Bajo este análisis, la consulta previa se vuelve compleja cuando debatimos si su objetivo es que la comunidad participe, llegue a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas, como dice el artículo 6 del convenio 169 de la OIT.²⁸

La actual Constitución en cuanto al derecho de la ciudadanía a la protección ambiental, establece que "El Estado valorará la opinión de la comunidad según los criterios establecidos en la ley y los instrumentos internacionales de derechos humanos. Si del referido proceso de consulta resulta una oposición mayoritaria de la

²⁸ El Art. 6 Num. 2 del Convenio 169 de la OIT establece que Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.

comunidad respectiva, la decisión de ejecutar o no el proyecto será adoptada por resolución debidamente motivada de la instancia administrativa superior correspondiente de acuerdo con la ley²⁹. Quiere decir que las decisiones que adopten las personas y comunidades consultadas, no tienen el efecto de ser vinculantes, pero el Estado si tiene que realizar una valoración de los criterios de la comunidad, valoración que, según la Constitución, deben realizarse tomando en cuenta criterios que deben estar previamente establecidas en la Ley y que deben ser acordes a los instrumentos internacionales de protección de Derechos Humanos.

A pesar de que la propia Constitución desde el año 1998, establece que este derecho será regulado mediante una Ley, la única referencia a la consulta previa dentro de la legislación ecuatoriana, como ya se señaló antes, la encontramos en los artículos 28 y 29 de la Ley de Gestión Ambiental. Sin embargo, estas disposiciones hacen referencia expresa a la consulta previa en materia de protección ambiental contenida en el anterior artículo 88 de la Constitución de 1998 (actual Art. 398). Lo que nos lleva a concluir que hasta el momento la consulta previa a Pueblos Indígenas sigue siendo un mecanismo meramente formal que no toma materialidad práctica.

Si el Estado, fuera de todo interés político o económico, aplicara los principios de interpretación Constitucional en un sentido progresivo, la disposición Constitucional, referida a los criterios, podrían ser fácilmente aplicables aquellos criterios contenidos en el Art. 6 del Convenio 169 de la OIT, que establece que el fin de la consulta a los Pueblos Indígenas es buscar su consentimiento, sin embargo como ya lo he manifestado en análisis anteriores lo que se tiende es a minimizar esta garantía constitucional, a tal punto que, actualmente el cuerpo legal en donde se establecen los criterios para valorarlos dentro de la consulta previa, es el Reglamento de Participación ciudadana llamado Decreto Ejecutivo 1040, que de forma inconstitucional³⁰, se sigue utilizando y

²⁹ Constitución de la República de Ecuador, Art. 298.

³⁰ Es Inconstitucional porque no cumplen con las características que debe tener un cuerpo normativo que regule el ejercicio de derechos constitucionales, ya que no fue dictado por el Congreso Nacional que es el órgano legislativo constitucionalmente competente, ni elaborado con el procedimiento establecido por la Constitución (el procedimiento debió ser el de expedición de leyes orgánicas). Además limita el ejercicio de los derechos de los pueblos indígenas y de la ciudadanía en general debido a que no se garantiza que la opinión de los consultados vaya a ser tomada en cuenta por el Estado, mucho menos que se busque el consentimiento de las nacionalidades indígenas. Además porque según la disposición Derogatoria, se deroga toda norma contraria a esta Constitución, sólo el resto del ordenamiento jurídico permanecerá vigente en cuanto no sea contrario a la Constitución.

que desnaturaliza el concepto de la Consulta Previa y lo coloca como una mera participación ciudadana. Este Decreto inclusive derogó de forma expresa la disposición contenida en el artículo 9 del Reglamento para Operaciones Hidrocarburíferas 1215 que establecía que "Previa a la ejecución de planes y programas sobre exploración y explotación de hidrocarburos, los sujetos de control deberán informar a las comunidades comprendidas en el área de influencia directa de los proyectos y conocer sus sugerencias y criterios[...]Los convenios se elaborarán bajo los principios de compensación e indemnización por las posibles afectaciones ambientales y daños a la propiedad que la ejecución de los proyectos energéticos pudieran ocasionar a la población[...]"

El Ecuador como Estado parte de la Convención Americana de Derechos Humanos, debe observar la jurisprudencia que genera la Corte Interamericana, por ser el tribunal competente para interpretar la Convención Americana de Derechos Humanos, según la cual los Estados partes tienen la obligación de observar sus resoluciones. Recordemos que en el ámbito interamericano el derecho al consentimiento libre, previo e informado ha sido reconocido como un estándar vigente y exigible a partir del derecho a la propiedad garantizado en el Artículo 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Así en la sentencia del Caso Saramaka contra Surinam, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que:

"135. Asimismo, la Corte considera que, cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio Saramaka, el Estado tiene la obligación, no sólo de consultar a los Saramakas, sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de éstos, según sus costumbres y tradiciones [...]"³¹

Esta Sentencia nos da la pauta de que el consentimiento, libre informado y previo es obligatorio, sobre todo para el caso de pueblos indígenas, por lo que el Estado de Ecuador debe acatarlo por así determinarlo la jurisprudencia de la Corte Interamericana.

El otro aspecto polémico de la disposición Constitucional sobre la consulta Previa a Pueblos Indígenas es la que dispone que "si no se obtuviese el

³¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, "Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam", Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 28

consentimiento de la comunidad consultada, se procederá conforme a la Constitución y la ley". Esta disposición que pretende dar claridad para resolver los conflictos que pudieran presentarse por la objeción de la comunidad consultada, no significa, una receta adecuada, pues, al determinar que se procederá conforme a la Constitución y la Ley, debido a que genera un conflicto de interpretación que explicare a continuación: (i) El primer aspecto es que si se atiende a la interpretación integral de la Constitución y al principio que establece la interpretación mas favorable al derecho de los Pueblos Indígenas, ha de entenderse que lo que procede es aplicar las normas de los instrumentos internacionales, que como veíamos anteriormente obliga a los estados a otorgar obligatoriedad al consentimiento previo. (ii) la otra interpretación es que se podría estar a merced de la disposición del artículo 398, último inciso mediante el cual "si del referido proceso de consulta resulta una oposición mayoritaria de la comunidad respectiva, la decisión de ejecutar o no el proyecto será adoptada por resolución debidamente motivada de la instancia administrativa superior correspondiente de acuerdo con la ley". Esta disposición no debería ser aplicada, pues a través de está, se está configurando una confusión entre derecho ciudadano generalizado y los derechos de las comunidades indígenas, debido a que se está tratando del mismo modo a las comunidades indígenas que a las mestizas. Esta disposición limita el derecho de consulta, debido a que ésta debe entenderse de forma amplia y no restrictiva. La consulta, cuyos resultados no inciden en las decisiones del estado al momento de otorgar una concesión a una empresa, constituye un mecanismo inocuo y contradictorio con el espíritu constitucional, puesto que es utilizado como mecanismo de legitimación de acciones, que pueden ser perjudiciales para los pueblos y la naturaleza.

El derecho de los pueblos y de la ciudadanía a la consulta previa como expresión de la participación social, queda subsumida entonces a la decisión de la autoridad, es decir del mismo Estado, por lo que la expresión consulta previa se convierte en un requisito para la ejecución de proyectos mas no como un derecho, debido a que los derechos tienen como elemento fundamental el de ser exigibles, pero no se puede exigir algo que no tendrá efectos materiales en su aplicación.

Es necesario establecer que existe un avance cualitativo de la consulta a pueblos y nacionalidades indígenas, que se refiere a la consulta para medidas legislativas que puedan afectar sus derechos. Esta es una medida de garantía que debe ser observada por el Estado en todos los proyectos de ley que tengan como objeto regular situaciones dentro de los territorios o para las nacionalidades indígenas, para garantizar la igualdad diferenciada de los pueblos de modo que aunque "no es contrario a la Constitución que una entidad gubernamental elabore

de manera autónoma un proyecto de ley sobre un asunto que milita en el ámbito de sus competencias, aún siendo del interés de los pueblos indígenas, pues tal actividad hace parte del ejercicio de sus funciones. Sin embargo es claro que, en ese caso, la entidad debe brindarle a las comunidades, en un momento previo a la radicación del proyecto en el Congreso de la República, las debidas oportunidades para que ellas no sólo conozcan a fondo el proyecto sino, sobre todo, para que puedan participar activamente e intervenir en su modificación, si es preciso".³²

La constitución del 2008 avanza en establecer la forma como deberá consultarse a dichas comunidades y establece que la consulta previa debe ser libre e informada, dentro de un plazo razonable, que deben realizarla las autoridades competentes de forma obligatoria y oportuna. Es decir se incluye el elemento de temporalidad como forma de garantizar que dichas consultas no se conviertan en transmisión de información de proyectos ya decididos en última instancia.

El elemento diferenciador de la participación ciudadana a través de la consulta previa, es que tiene que ver con varios elementos, debido a que siendo un requisito para legitimar alguna decisión que afecte al ambiente, están inmersos no sólo proyectos extractivos del subsuelo sino también del suelo, la construcción de una torre eléctrica, de una empresa camaronera, pesquera, metalúrgica, etc. que provocan impactos ambientales, entonces, dentro de este núcleo encontramos lo que yo denomino *limitación de la participación ciudadana a través de la consulta previa* debido a que en términos amplios de la democracia, quien consulta tiene como finalidad obtener los criterios del sujeto consultado, esperando una decisión positiva o negativa, cuyo resultado será el eje conductor de su decisión posterior. Además siendo que la Gestión ambiental se rige por los principios básicos de la Constitución de la República, como son: sustentabilidad, equidad, solidaridad, precaución, corresponsabilidad, cooperación, coordinación, reciclaje, reutilización de desechos, utilización de tecnologías alternativas ambientalmente sustentables, respeto a las culturas y prácticas tradicionales, uso de tecnologías limpias, cuyo objetivo es prevenir y regular aspectos como deforestación; pérdida de la biodiversidad y recursos genéticos; desordenada e irracional explotación de recursos naturales; contaminación del aire, agua y suelo; generación y manejo deficiente de desechos; los problemas de salud por contaminación y malnutrición, y velar porque las actividades económicas se desarrollen dentro de los términos de: socialmente justa, económicamente rentable y ambientalmente sustentable,

³² Sentencia de la Corte de Colombia, S C-891/02 N° 5 Demanda de inconstitucionalidad contra el código de minas, ley 685/01.

cualquier contravención a lo establecido, menoscaba la seguridad jurídica, institucionaliza la impunidad y atenta contra la vida de los habitantes.

El consentimiento es vital para la participación ciudadana. El que los resultados de la consulta al expresar la voluntad de los ciudadanos determine qué proyectos se deben impulsar y el hecho de que las decisiones de esa ciudadanía sean vinculantes para generar el modelo de desarrollo, son elementos que dan cuenta de que el consentimiento es un vehículo fundamental para democratizar el país, generar responsabilidades a la ciudadanía y corresponder a las expectativas de la participación ciudadana. El consentimiento es una forma de participación que asume que el actor social tiene la capacidad de decidir en forma responsable y madura sobre un tema que le afecta. En ese sentido se busca superar la tradicional manipulación de este tipo de procesos, los cuales han sido tratados como simples procesos de información o tan solo como requisitos formales, y no como procesos profundamente democráticos que recojan insumos reales para que la decisión estatal, previa a una actividad que pueda afectar el ambiente, sea legítima y en vez de profundizar conflictos, los solucione.

Si bien la Constitución de 1998 introduce el mecanismo de consulta como un avance legal hacia la participación ciudadana en caso de proyectos que atenten contra el medio ambiente y los derechos humanos de las comunidades, un análisis de la CONAIE y de la Ecuarrunari del 2007³³, señala que, en los últimos diez años, se produjeron la mayor cantidad de concesiones mineras, hidroeléctricas, petroleras, de páramos, de fuentes de agua, reservas naturales, entre otras, consignados sobre todo a instancias de organismos multilaterales, como una estrategia de inclusión multiculturalista, cuya introducción de este mecanismo, se produce en el marco de avances en materia de derechos y medio ambiente, en momentos de tensión entre el movimiento indígena y el Estado ecuatoriano frente a la profundización neoliberal. En este sentido debe mirarse su real alcance pues la explotación de recursos naturales en territorios indígenas plantea un problema constitucional que involucra la integridad étnica, cultural, social y económica de las comunidades que sobre ellas se asientan. La tensión existente entre razón económica y razón cultural se agudiza aún más en zonas de reserva forestal, donde las características de la fauna y la flora imponen un aprovechamiento de los recursos naturales que garantice su desarrollo sostenible, su conservación, restitución o sustitución. La relación entre estos extremos debe ser, por tanto, de equilibrio.

³³Walsh Catherine, Plurinacionalidad e interculturalidad, elementos para el debate constituyente, Universidad Andina, 2008

"La participación de las comunidades indígenas en las decisiones que pueden afectarlas en relación con la explotación de los recursos naturales ofrece como particularidad el hecho o la circunstancia observada en el sentido de que la referida participación, a través del mecanismo de la consulta, adquiere la connotación de derecho fundamental, pues se erige en un instrumento que es básico para preservar la integridad étnica, social, económica y cultural de las comunidades de indígenas y para asegurar, por ende, su subsistencia como grupo social."³⁴

"De este modo la participación no se reduce meramente a una intervención en la actuación administrativa dirigida a asegurar el derecho de defensa de quienes van a resultar afectados con la autorización de la licencia ambiental, sino que tiene una significación mayor por los altos intereses que ella busca tutelar, como son los atinentes a la definición del destino y la seguridad de la subsistencia de las referidas comunidades."³⁵

El derecho de participación de la comunidad indígena como derecho fundamental, tiene un reforzamiento en el Convenio 169 de la OIT, ratificado por el Estado ecuatoriano, el cual está destinado a asegurar los derechos de los pueblos indígenas a su territorio y a la protección de sus valores culturales, sociales y económicos, como medio para asegurar su subsistencia como grupos humanos. "De este modo, el citado Convenio, que hace parte del ordenamiento jurídico en virtud del [Art. 11 numerales 3 y 7] de la Constitución, integra junto con la aludida norma un bloque de constitucionalidad que tiende a asegurar y hacer efectiva dicha participación."³⁶

Además de los mecanismos de participación ciudadana de que son titulares todas las personas, la participación de los pueblos indígenas se concreta a través del derecho de consulta. Este derecho, adquiere el carácter de fundamental en la medida en que constituye un importante medio para garantizar el ejercicio de otro derecho de la misma estirpe, como es la preservación de la integridad étnica.

En el ámbito internacional diversos instrumentos consagran la especial protección de la participación indígena en la adopción de las decisiones que los afectan, reconociendo su invaluable aporte en materias como la preservación

³⁴ Gloria Amparo Rodríguez, *La consulta previa, un derecho fundamental de los pueblos indígenas y grupos étnicos de Colombia*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2008, disponible en: <http://www.semillas.org.co/sitio.shtml?apc=11&x=20156105>, último acceso: 6 de abril de 2009.

³⁵ Corte Constitucional Colombiana, Sentencia SU-039 de 1997.

del medio ambiente y la armonía social. Por ejemplo, el principio 22 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (Agenda 21), firmada en 1992, dispone que:

"Las poblaciones indígenas y sus comunidades, así como otras comunidades locales, desempeñan un papel fundamental en la ordenación del medio ambiente y en el desarrollo debido a sus conocimientos y prácticas tradicionales. Los Estados deberían reconocer y apoyar debidamente su identidad, cultura e intereses y hacer posible su participación efectiva en el logro del desarrollo sostenible."

A su vez, la Cláusula 26.1 de la misma declaración expresa:

"Teniendo en cuenta las interrelaciones entre el medio ambiente natural y su desarrollo sostenible y el bienestar cultural, social, económico y físico de la población indígena, los esfuerzos nacionales e internacionales para llevar a cabo un desarrollo ambientalmente favorable y sostenible deben reconocer, ajustar, promover y fortalecer el papel de los pueblos indígenas y sus comunidades."

Con la misma orientación, el artículo 8-j de la Convención sobre la Diversidad Biológica estipula como uno de los deberes de cada Estado parte, el siguiente:

"Con dependencia de su legislación nacional, respetar, preservar y mantener los conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades indígenas y locales que expresan los estilos de vida tradicionales adecuados para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica y promover su más extensa aplicación con la aprobación y participación de los que poseen tales conocimientos, innovaciones y prácticas y fomentar la participación equitativa de los beneficios procedentes de la utilización de tales conocimientos, innovaciones y prácticas."

Merece la pena recordar las palabras del antropólogo Gerardo Reichel-Dolmatoff: "No encontré al 'buen salvaje' ni tampoco al así llamado 'primitivo'. No encontré a aquel indio degenerado y embrutecido, ni mucho menos aquel ser inferior por entonces descrito generalmente por gobernantes, misioneros, historiadores, políticos y literatos. Lo que sí encontré fue un mundo de una filosofía tan coherente, de una moral tan elevada, una organización social y

política de gran complejidad, con un manejo acertado del medio ambiente con base en conocimientos bien fundados".³⁷

Sin embargo, "es en el Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales de Países Independientes, en donde el mecanismo de consulta indígena encuentra su más claro arraigo, siendo aquél un instrumento internacional que consagra la declaración de derechos mínimos a favor de dichos pueblos, entre los cuales está incluida la igualdad de derechos y oportunidades bajo las leyes nacionales, la participación en los beneficios sociales y económicos, la protección de los valores sociales, culturales, religiosos y espirituales, la participación en la toma de decisiones y la debida consideración de la legislación consuetudinaria"³⁸.

En el Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua, la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo lo siguiente:

"Entre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. Los indígenas, por el hecho de su propia existencia, tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras."³⁹

A pesar de que existe un desarrollo jurisprudencial y una práctica pública que desarrolla de forma amplia la aplicación de la consulta previa, en especial para aquellas que tienen relación a Pueblos Indígenas, hay la tendencia de reducir

³⁷ Gerardo Reichel- Dolmatoff, *Discurso Pronunciado, al Recibir El Doctorado Honoris Causa De La Universidad Nacional De Colombia*, Bogotá, 16 de Diciembre de 1987, disponible en: <http://www.lablaa.org/blaavirtual/antropologia/memcongr/memcongr2.htm>, último acceso: 6 de abril de 2009. Sobre el carácter fundamental del derecho de consulta de los pueblos indígenas, pueden consultarse las sentencias SU-039/97, M.P. Antonio Barrera Carbonell y T-652/98, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

³⁸ Corte Constitucional Colombiana, Sentencia S C-891/02 de 1997. Demanda de inconstitucionalidad contra el código de minas, ley 685/01.

³⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas del 31 de agosto de 2001, Serie C No. 79, párr. 149.

este concepto al de mera participación, algunos analistas han recurrido al diccionarios de la lengua española para sostener que consultar significa "examinar, tratar un asunto con una o varias personas. Buscar documentación o datos sobre algún asunto o materia. Pedir parece, dictamen o consejo"⁴⁰ Esta definición desde la "óptica española", es sin duda una apreciación que no toma en consideración los aspectos que sustentan el concepto de la consulta en el tema ambiental, y menos aún el de derecho indígenas. Si pasamos la mirada por la definición que al respecto de la consulta previa hace la Declaración de Naciones Unidas Sobre Pueblos Indígenas, podemos notar grandes diferencias que estriban esencialmente en su contenido. Así el Artículo 19 de la mencionada Declaración establece que "Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado". (El subrayado es mío).

El Artículo 6 Num. 2. del Convenio 169 de la OIT amplía mas el concepto y determina que "Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas". (El subrayado es mío).

Estas diferentes visiones en un Estado que posee gran cantidad de pueblos y nacionalidades indígenas, además de una extensa gama de comunidades cholas, montubias, afroecuatorianas, con visiones distintas, no han sido lo suficientemente interpretadas, comprendidas y respetadas por quienes pretenden intervenir en los pueblos y nacionalidades, cuyos efectos traen como consecuencia la violación de los derechos en sus distintas expresiones, y ante lo cual las poblaciones ejercen su derecho a la resistencia.

Aunque se pretenda por la vía de la ley, de los Decretos o de Reglamentos, hacer una aplicación restringida de la consulta previa, en lo relacionado a Pueblos Indígenas y Trivales, debe interpretarse en el sentido mas favorable a la plena vigencia de sus derechos, por ser un imperativo que consta dentro de los artículos de la Constitución de la República, relacionados a los principios de aplicación de los derechos.

⁴⁰ Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, Vigésima Primera edición. Tomo I, 1992

Por lo antes mencionado, la consulta previa es un derecho colectivo y un mecanismo de prevención ambiental, tomando en cuenta que además el Ecuador ha asumido compromisos a nivel de la comunidad internacional para la protección de la biodiversidad, el ambiente y los derechos humanos de las personas y pueblos indígenas, a través de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Por esto la jurisprudencia e interpretación constitucional debe avanzar del concepto de consulta previa al de consentimiento previo libre e informado de los pueblos, que es el nuevo estándar de la jurisprudencia internacional.

5. El Derecho a la Resistencia en la Nueva Constitución.

"Desde fines de los 90, y siguiendo una década de severos planes de ajuste estructural, Ecuador fue testigo de numerosas experiencias de revueltas populares. Estas revueltas trajeron consigo masivas manifestaciones colectivas, altos niveles de agresión física y verbal contra políticos, jueces y funcionarios públicos, en general. Las protestas incluyeron, por ejemplo, la organización de "piquetes" destinados a bloquear el tráfico en las rutas principales, con el objeto de exigir [empleo, construcción de carreteras, cumplimiento de convenios de compensación social, renuncia a la firma de los TLC], etc. Estas manifestaciones en contra de las autoridades públicas alcanzaron el domicilio y las propiedades de los últimos, tanto como los edificios públicos en los que trabajaban (la sede del gobierno, las legislaturas, los tribunales). Entre otros resultados, dichas protestas forzaron [la salida de los presidentes Bucaram, Mahuad y Gutiérrez]."⁴¹

Estas manifestaciones que en el fondo eran expresiones de resistencia social frente a regímenes que habían defraudado la expectativa popular de cambio y progreso, fueron públicamente cuestionadas por los gobiernos imperantes, pero se legitimaban en la praxis ciudadana, en donde la crisis económica, el desempleo, la pérdida del poder adquisitivo y la corrupción, entre otras causas, terminaron con la paciencia popular.

No obstante estas expresiones multitudinarias, durante la vida política de los diferentes gobiernos han existido en las comunidades locales procesos de resistencia por causas relacionadas al trato discriminatorio, abusivo o autoritario del Estado, y muchas de estas resistencias han sido producto de la falta,

⁴¹ Roberto Gargarella, "El Derecho de Resistencia en Situaciones de Carencia Extrema", en *Astrolabio, Revista Internacional de Filosofía*, No. 4, 2007, disponible en www.ub.edu/astrolabio/Articulos4/ARTICULOgargarella.pdf, último acceso: 6 de abril de 2009, pág. 1.

inadecuada o ilegal aplicación del proceso de consulta previa. Como había mencionado anteriormente, estos procesos de resistencia generalmente terminan criminalizando a la persona que ha tomado la opción política de exigir sus derechos, por lo cual se inician procesos penales en su contra.

La Asamblea Nacional Constituyente, al haber otorgado Amnistía a los defensores de derechos humanos y la naturaleza estableció claramente un precedente mediante el cual, casos similares no pueden ser interpretados con la misma lógica delictiva sino que tienen que ser abordados desde la óptica política, era necesario entonces que se establezca un marco constitucional que aborde el tema del derecho a la resistencia, como expresión del derecho ciudadano al reclamo y del Estado Constitucional de Derechos y Justicia, sobre cuyas características ya me he referido anteriormente.

"Una de las notas más salientes del constitucionalismo contemporáneo tiene que ver con la falta de discusión en torno al derecho de resistencia, que durante más de cuatro siglos fue considerado uno de los derechos centrales del derecho. En efecto, la idea de resistir a la autoridad del gobierno ha sido un objeto central de estudio para todos aquellos interesados en los aspectos teóricos implicados en torno a la Constitución, al menos desde la Edad Media. Tales reflexiones en torno a la resistencia tomaron especial relevancia durante el período de la Reforma, las sucesivas confrontaciones entre los Católicos Romanos y los protestantes reformistas, y sobre todo, la preocupante posibilidad de que los deberes religiosos aparecieran en tensión con los deberes de obediencia al poder político (Linder 1966, 125-6).[...]

En los tiempos de la Revolución norteamericana, la justificación del derecho de resistencia adquirió su forma más robusta, combinando razones procedimentales y sustantivas. Siguiendo muy de cerca los razonamientos de Locke, Thomas Jefferson se preocupó por definir una detallada lista de agravios que, a su juicio —y luego, a juicio de quienes firmaron la "Declaración"— transformaban lo actuado por el gobierno británico en un irreparable agravio que justificaba la resistencia a la autoridad.

Luego de haber figurado, durante siglos, como uno de los conceptos centrales del derecho, la idea de resistencia comenzó a desaparecer de nuestros discursos políticos y legales [, esta idea no parece haber sido la excepción en la construcción de la constitución de Montecristi, pues tal como lo mencionaba al inicio de este artículo, fue uno de los temas menos discutidos por los constituyentes]. Son muchos los factores que pudieron contribuir a esta situación, y aquí me referiré a sólo algunos [...]. En la actualidad, y ante todo, la idea de resistencia parece ser menos factible, y además menos interesante o valiosa que hace siglos, [...] los drásticos cambios políticos ocurridos en los últimos dos siglos.

Fundamentalmente, el poder político en la actualidad aparece mucho más atomizado que hace cientos de años. Por supuesto, la descentralización del poder no impide necesariamente la emergencia de situaciones de opresión. Sin embargo, aun si dicha opresión existiera, las fuentes de la dominación resultarían múltiples y dispersas, lo cual dificultaría la resistencia en términos prácticos. A quién culpar, entonces, de tales miserias y opresiones? A los empleadores que se niegan a ofrecer más puestos de trabajo o a aumentar los salarios de los trabajadores? A la policía, que con salvajismo ejecuta las órdenes del poder político? A los parlamentarios, que no aprueban las leyes que debieran aprobar para mejorar el bienestar colectivo? A los jueces, que se muestran dóciles frente al poder? Al presidente? Siglos atrás, la situación era muy otra porque el poder político se encontraba completamente concentrado en una persona —el rey, el tirano— lo cual permitía que la gente reconociera con facilidad quién era el causante de sus padecimientos. La actual dispersión del poder, en cambio, dificulta la visibilidad de la opresión, al tornar más difícil distinguir quién es responsable de qué. Del mismo modo, esta situación contribuye a diluir la idea de que la resistencia es concebible. En la antigüedad, los oprimidos podían tener la ilusión de que, al menos a partir de algún acto heroico, su situación —y la de la sociedad en general— podía llegar a cambiar drásticamente, dando nacimiento a un nuevo orden. Para bien o para mal, este tipo de ilusiones desaparecieron de nuestro horizonte político.

Otro factor importante que distingue el presente del pasado tiene que ver con la fragmentación social que hoy puede reconocerse, y que reproduce la mencionada fragmentación del poder político."⁴²

Las últimas coyunturas políticas de nuestro país, caracterizadas por una sociedad altamente crítica y politizada apuntalan esta necesidad del derecho a la resistencia, que se inscribe dentro de los derechos de participación, lo que implica reconocer a la resistencia no sólo como expresión del desacuerdo por las leyes o los abusos de poder existentes, sino también por aquello que está en proceso de construcción, como por ejemplo, una ley que en su planteamiento conlleve violación de derechos humanos o derechos colectivos.

La Constitución, al mencionar los principios de participación democrática, describe una amplia gama de disposiciones respecto a la participación de la organización colectiva, entendida como formas de expresión de la sociedad, "expresión de la soberanía popular para desarrollar procesos de autodeterminación e incidir en las decisiones y políticas públicas y en el control social de todos los niveles de gobierno, así como de las entidades públicas y de las

⁴² Roberto Gargarella, "El Derecho de Resistencia en Situaciones de Carencia Extrema", *op. cit.*, pág 8 y ss.

privadas que presten servicios públicos".⁴³ Esta referencia de incidir en las decisiones y políticas públicas es el núcleo que permite unir el hilo conductor entre consulta previa y derecho a la resistencia, en otras palabras, si la participación implica incidir en las decisiones del Estado, se entiende que siendo la consulta previa el mecanismo por excelencia para aquello, no debe existir contraposición entre la consulta y el derecho a la resistencia, pues este último aparece mas bien como un complemento, y complemento de última instancia, así el artículo 98 dispone que "los individuos y los colectivos podrán ejercer el derecho a la resistencia frente a acciones u omisiones del poder público o de las personas naturales o jurídicas no estatales que vulneren o puedan vulnerar sus derechos constitucionales, y demandar el reconocimiento de nuevos derechos".

Estas acciones u omisiones tienen relación con las acciones positivas y negativas que tiene el Estado respecto de los derechos humanos (respetar y hacer respetar), que podrían detectarse desde la propuesta de un determinado acto o proyecto, durante su ejecución o vigencia. No me ocuparé en analizar la amplia gama de acciones en las cuales las personas puedan ejercer este derecho, no porque sean menos importantes, sino porque para el análisis que me ocupa, me interesa referirme a aquellos actos de resistencia que pudieran originarse con la consulta previa dentro de la protección ambiental y los derechos de las nacionalidades y pueblos indígenas.

No está por demás mencionar que el derecho a la resistencia se puede ejercer ante cualquier acción del poder que de manera autoritaria atente contra los derechos humanos, por lo que podría mencionar que los grupos que han sufrido grave marginación por un hecho que no ha perseguido la justicia ni la igualdad, no tienen un deber general de obedecer el derecho, dado que el orden legal no les ha asegurado la protección que necesitaban contra los daños más severos que sufrían, a la vez que ha sido en parte responsable de la imposición de algunos de esos severos daños. En la medida en que el derecho se encuentra causal y moralmente implicado en su sufrimiento, ciertas formas de resistencia al derecho deberían ser vistas, en principio, como moralmente permisibles.

Es indudable que una gran parte de los conflictos sociales están marcados por graves conflictividades que se generan por la inadecuada o falta aplicación de la consulta previa, cuyos procedimientos están marcados de ilegalidad, engaño, ocultamiento de información y no respeto a la decisión comunitaria, entonces

⁴³ Constitución de la República de Ecuador, Artículo 96.

el derecho a la resistencia aparece como una forma de frenar y/o evitar ciertos abusos potenciales⁴⁴.

Ahora bien, la Constitución establece que el objeto de la resistencia no es solo desobedecer o desconocer un acto lesivo de derechos sino también es un instrumento para solicitar el reconocimiento de nuevos derechos. En esta perspectiva podemos afirmar que a través de la resistencia se podría exigir al legislativo una reforma legal o constitucional que tenga estos propósitos aunque el causante de tal violación no sea ese órgano del Estado.

Lo que la constitución no establece son las formas de resistencia que resultarían tolerables al orden público, es decir qué formas de resistencia deberíamos considerar aceptables, tal como lo sostiene Roberto Gargarella en su libro "El Derecho de Resistencia en Situaciones de Carencia Extrema":

"Para comenzar a precisar la cuestión, se debe distinguir, ante todo, entre dos tipos de resistencia, a las que el llama resistencia pasiva o no-cooperación, y resistencia activa o confrontación. La primera forma de resistencia, se refiere a las omisiones de actuar en los modos prescritos por el Estado (una negativa a cumplir con sus órdenes), mientras que la segunda forma de resistencia se refiere a acciones destinadas a desafiar ciertas prohibiciones legales. Según entiendo, ambas formas de resistencia (que se encuentran indudablemente asociadas) deben ser consideradas, *prima facie*, como formas de resistencia admisibles. Ante todo, los oprimidos deben considerarse moralmente libres de desobedecer aquellas órdenes que causan o fortalecen su situación de opresión. Por supuesto, en muchos casos podemos estar en desacuerdo respecto de "qué es lo que causa qué": algunos considerarán que ciertas leyes no afectan los derechos fundamentales de los desaventajados, mientras que otros mantendrán que no hay leyes que, de modo directo o indirecto, no contribuyan al sufrimiento de los que están peor. Aún así, creo que podemos ponernos de acuerdo sobre la existencia de ciertos casos claros a partir de los cuales [se ejerce la resistencia]."⁴⁵

Piénsese por ejemplo en la actitud de los habitantes kichwas de Sarayacu que al no haber sido consultados confrontaron con las fuerzas armadas y no permitieron el ingreso en su territorio a la compañía CGC.

⁴⁴ En la Amazonía, los pobladores de comunidades como Playa Cuyabeno, Tiwino, la Victoria; en la Sierra: San Pablo de Amalí, Intag, Angamarca, etc. Se han resistido a la construcción de pozos petroleros y centrales hidroeléctricas, debido a que estos proyectos no han sido consultados y no tienen concordancia con el modelo de desarrollo local.

⁴⁵ Roberto Gargarella, "El Derecho de Resistencia en Situaciones de Carencia Extrema", *op. cit.*, pág 20 y 21.

"En segundo lugar, los oprimidos tendrían el derecho de desafiar ciertas prohibiciones legales cuando estos desafíos pudieran servir, razonablemente, para poner fin a su situación de sufrimiento extremo. Por ejemplo, y sólo para ilustrar este reclamo, los marginados podrían arrogarse el derecho de ocupar tierras vacías (como lo hace el MST en Brasil, por ejemplo?), o el de usar propiedades en desuso con el objeto de asegurarse y asegurarle a sus familias, ciertos derechos básicos, [o recuperar determinadas tierras que han sido de propiedad ancestral o negarse a que otras personas que argumentando tener títulos de propiedad quieran posesionarse de éstas]."⁴⁶

En cualquiera de estas acciones se pueden presentar actos de resistencia frente a situaciones injustas o de abuso de poder pero es importante valorar que seguramente el carácter que le quiso dar la Asamblea Constituyente a este derecho a la resistencia, fue el de la desobediencia civil y en ese sentido si está claramente establecido, confirmando así, la tesis de Álvaro Bedoya Salazar, en su libro *Derecho: ¿Cuál Derecho? De La Constitución Burguesa a la Constitución de Nueva Democracia*, cuando sostiene que:

"El carácter de la desobediencia civil está determinado por una serie de rasgos: en primer lugar, su finalidad en cuanto es una acción voluntaria internacional cuyo resultado está vinculado al progreso moral o político de la sociedad. En segundo lugar, su motivación es el deber moral de violar la ley por juzgarla inmorale o injusta. La tercera nota distintiva sería su carácter abierto y público. La cuarta característica se refiere a la aceptación voluntaria de las consecuencias jurídicas a que está expuesto el desobediente y ello como signo de que se respeta el orden jurídico y que se vela por su justicia. El quinto rasgo es su carácter no violento. El sexto muestra las circunstancias en las que la desobediencia civil puede realizarse: en condiciones normales o derivadas de la falta de vigencia de las disposiciones constitucionales y, finalmente, a través de actos colectivos.

Algunos críticos han establecido algunos argumentos en contra de la desobediencia civil: por ejemplo, el que las obligaciones políticas que el ciudadano tiene de obedecer las leyes de su sociedad y su país. El que el demócrata está comprometido a obedecer la ley aunque disienta o se oponga a ella, por la voluntad de la mayoría y las reglas de juego que previamente ha aceptado. El que los actos de desobediencia producen la imposición de castigos a sus ejecutores, contando el sistema democrático con otros medios que permiten la modificación de políticas

⁴⁶ Roberto Gargarella, "El Derecho de Resistencia en Situaciones de Carencia Extrema", *op. cit.*, pág 20 y 21

y normas injustas. El que los actos de desobediencia rompen el necesario respeto hacia la ley. Y que para que un acto sea moralmente correcto es necesario que sea universalizable y este no sería el caso de la desobediencia civil. No obstante estos criterios, considero que la desobediencia civil es la única vía que tiene el individuo para conservar su integridad moral, ya que obedecer una ley injusta sería actuar como cómplice. Segundo, que es un instrumento para luchar contra la inmoralidad y la injusticia, dictado por imperativos de la conciencia moral. Tercero, que la desobediencia es una técnica política que se caracteriza por ser más eficaz que otras, pues tiene una mayor relevancia en la opinión pública. Cuarto, que si bien el sistema democrático ofrece garantías de participación, como el caso de la consulta previa, puede ocurrir, como en efecto así se ha manifestado, que estas no sean las más adecuadas y eficaces y, por ello, la desobediencia civil es la única alternativa viable y practicable en orden a influir en la opinión pública. Quinto, que cuando el gobierno se excede en su autoridad, puede ponerse en duda la obligatoriedad del cumplimiento de la ley y la desobediencia es la respuesta idónea."⁴⁷

Un aspecto que no debemos perder de vista es que los actos de resistencia que generalmente son realizados por líderes sociales, defensores de derechos humanos, son señalados como actos delictivos, situación que el nuevo marco constitucional le ha otorgado un nuevo concepto, por lo cual las leyes secundarias deben tener mucho cuidado en diferenciar los actos de puro delito, de los actos de resistencia, lo que requiere una inmediata reforma al código penal.

Siendo que el Estado de Ecuador formó parte de la Aprobación de la Declaración sobre el Derecho y el Deber de los Individuos, los Grupos y las Instituciones de Promover y Proteger los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales Universalmente Reconocidos, está en la obligación internacional e histórica de establecer mecanismos que conlleven esos fines, así el Artículo 2 de la Declaración expresa que: 1. "Los Estados tienen la responsabilidad primordial y el deber de proteger, promover y hacer efectivos todos los derechos humanos y las libertades fundamentales, entre otras cosas, adoptando las medidas necesarias para crear las condiciones sociales, económicas, políticas y de otra índole, así como las garantías jurídicas requeridas para que toda persona sometida a su jurisdicción, individual o colectivamente, pueda disfrutar en la práctica de todos esos derechos y libertades"; 2. "Los Estados adoptarán las medidas

⁴⁷ Álvaro Bedoya Salazar, *Derecho: ¿Cuál Derecho? De La Constitución Burguesa a la Constitución de Nueva Democracia*, Universidad de Caldas, 2006, disponible en <http://www.eumed.net/libros/2008b/388/388.zip>, último acceso: 6 de abril de 2009, pág. 126.

legislativas, administrativas y de otra índole que sean necesarias para asegurar que los derechos y libertades a que se hace referencia en la presente Declaración estén efectivamente garantizados".

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, entre las recomendaciones a los Estados de América en su informe sobre Defensores de Derechos Humanos en el año 2006 señaló que: "Los Estados deben asegurar que sus autoridades o terceras personas no manipularán el poder punitivo del Estado y sus órganos de justicia con el fin de hostigar a quienes se encuentran dedicados a actividades legítimas como es el caso de las defensoras y defensores de derechos humanos".⁴⁸

6. Proyecciones o Recomendaciones.

a) En relación a la consulta previa.

Para evitar que los jueces constitucionales realicen interpretaciones restrictivas respecto a la consulta previa, en especial para las nacionalidades y pueblos indígenas es importante que el Estado mediante ley establezca parámetros claros de este procedimiento, que estén vinculados a principios tales como: (i) La buena fe, es decir que las partes sean informadas de todos los aspectos relevantes que puedan afectarles e influir en la toma de una decisión, ponderando el derecho al desarrollo económico de la Nación y los derechos especiales de los pueblos indígenas. (ii) La Legitimidad, es decir garantizar que las instancias de autoridad que representen a los pueblos indígenas y que van a tomar las decisiones, sean las tradicionales, y legalmente reconocidas en su estructura organizativa. (iii) Entendimiento Intercultural y Bilingüismo, entendido como que esté adecuada a la cultura del pueblo a consultar, se realizará dentro de su territorio, con traducción a su lengua, utilizando sus protocolos y formas de gestión, que garanticen una auténtica comunicación. (iv) Oportunidad, es decir que el proceso será previo a la ejecución del proyecto, garantizando la posibilidad de transformar, adecuar y/o rechazar los estudios del proyecto, teniendo en cuenta las conveniencias del grupo consultado. (v) Proporcionalidad, que los resultados de la consulta deben ser proporcionales a la magnitud y posibles efectos de la medida, proyecto o actividad, con relación a la afectación a la integridad étnica

⁴⁸ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe sobre la Situación...*, *op. cit.*, recomendación 11.

y con las medidas de prevención, mitigación o compensación y participación indígena de los beneficios que se deriven. (vi) Temporalidad, por el cual no se pretenda terminar procesos de consulta a la carrera, sin tomar en consideración la imposibilidad de asistencia de las comunidades por motivos de distancia geográfica (vii) Espacialidad, para que las comunidades discutan en sus propios territorios la propuesta planteada y no tengan que acudir a grandes edificios en donde pierden la noción de su contexto (viii) Pluralismo Jurídico, se tendrán en cuenta los sistemas normativos del derecho propio de las comunidades, la legislación indígena y la Constitución Política. (ix) En relación a los participantes éstos deben estar constituidos por las Autoridades Propias: (Awa, Epera, Chachi, Yahak, Caciques, Capitanes, Cabildos, Líderes y comunidades relacionadas con el proyecto, Asociación de Cabildos y Autoridades Indígenas); Ministerio del Ambiente que debe ser la coordinación interinstitucional del proceso de Consulta con las comunidades y quien debe hacer el proceso de evaluación y seguimiento del Plan de Manejo Ambiental, Autoridades Locales de las Provincias y Municipios del área de influencia del proyecto, acompañamiento y seguimiento del proceso por promotores indígenas, del consejo nacional de igualdad, la Defensoría del Pueblo o Defensoría Ambiental, los Representantes de la empresa con capacidad decisoria, ONG's, organizaciones indígenas, Ministerio de Minas y petróleo, de Energía, y los demás que tenga interés, según la materia, a los cuales se les asignará sus grados de facultades y competencias.

A pesar de no existir estos criterios establecidos, es importante que en el marco de los derechos de los Pueblos Indígenas reconocidos en el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de Naciones Unidas sobre Pueblos Indígenas, la Consulta Previa implique al menos: a) Informar sobre las características del proyecto o actividad que se desea realizar en territorio indígena, b) Conocer el punto de vista y las expectativas de participación de los Pueblos Indígenas (concepto de territorio/ desarrollo), c) Concertar los términos de realización de los proyectos garantizando la participación: beneficios (concepto de calidad de vida y bienestar: no de corto plazo y basados en el mercado) monitoreo de los impactos ambientales y sociales, d) Identificar la representación autentica de la comunidad para la vinculación al proceso (sistema de autoridad y liderazgo), e) Respetar el manejo de los tiempos y los mecanismos propios de consulta interna y la toma de decisiones entre las comunidades: dos tipos de consulta: interna/externa, f) Considerar la lengua nativa como elemento en el dialogo a través de una buena interpretación.

Por lo tanto, el primer reto para el Estado Constitucional del Ecuador, es la expedición de Ley de Consulta Previa, que deberá dar contenido a la norma constitucional, y dar respuestas aquellos asuntos que hemos planteado en el

acápites anteriores, indudablemente teniendo como marco referencial las resoluciones anteriores del Tribunal Constitucional, los avances de los instrumentos internacionales y la jurisprudencia internacional.⁴⁹

b) En relación al derecho a la resistencia.

Es deber del Estado Garantizar a todas las personas grupos e instituciones, la defensa de los derechos humanos universalmente reconocidos siempre que estas acciones se enmarquen en los principios de la no violencia activa. En este contexto deberá promover las medidas legislativas, administrativas, judiciales y de otra índole que sean necesarias para asegurar que los derechos y libertades de los defensores de derechos humanos estén efectivamente garantizados y prohibir toda forma de criminalización por razones vinculadas a la defensa de los derechos humanos y de la naturaleza.

Además, el sistema procesal como medio para la realización de la justicia deberá hacer efectivas las garantías del debido proceso para los casos en los cuales ciudadanos que en ejercicio del derecho a la resistencia sean detenidos, no se les impute perversamente los delitos comunes relacionados con el terrorismo o sabotaje, por lo que no se deberá utilizar al sistema procesal como instrumento para criminalizar la protesta social.

7. Bibliografía.

- Bedoya Salazar, Álvaro, *Derecho: ¿Cuál Derecho? De La Constitución Burguesa a la Constitución de Nueva Democracia*, Universidad de Caldas, 2006, disponible en <http://www.eumed.net/libros/2008b/388/388.zip>, último acceso: 6 de abril de 2009.
- Cordero Heredia, David, "Implementación del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas en Ecuador", en *La Consulta Previa con los Pueblos Indígenas: legislación y jurisprudencia en Brasil, Colombia, Ecuador y Perú*, Quito, Red Jurídica Amazónica, 2009.
- Estrada Vélez, Sergio Iván, *Los Principios Jurídicos y el Bloque de Constitucionalidad*, Medellín, Universidad de Medellín, 2006.

⁴⁹ La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su sentencia "Caso del Pueblo Saramaka vs. Suriname", sentencia del 28 de noviembre de 2007, Serie C No. 172, reconoce el derecho de los pueblos indígenas al consentimiento informado previo, párrs. 133 a 137.

- Enciclopedia libre wikipedia, *Derecho de Rebelión*, disponible en [http://es.wikipedia.org/wiki/ Derecho_a_la_resistencia](http://es.wikipedia.org/wiki/Derecho_a_la_resistencia), último acceso: 6 de abril de 2009.
- Gargarella, Roberto, "El Derecho de Resistencia en Situaciones de Carencia Extrema", en *Astrolabio, Revista Internacional de Filosofía*, No. 4, 2007, disponible en [www.ub.edu/astrolabio/Articulos4/ ARTICULOgargarella.pdf](http://www.ub.edu/astrolabio/Articulos4/ARTICULOgargarella.pdf), último acceso: 6 de abril de 2009.
- Guaranda Mendoza, Wilton, *Defensa de la naturaleza y Derechos Humanos*, Quito, Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos (INREDH), Boletín 14, disponible en: <http://www.ecoportal.net/content/view/full/78292>, último acceso 6 de abril de 2009.
- Instituto de Estudios Políticos para América Latina y África, *Curso Sistemático de Derechos Humanos*, sección B12.2.1., disponible en <http://www.iepala.es/DDHH.old/ddhh167.htm>, último acceso: 6 de abril de 2009.
- Melo, Mario, *De la Consulta Previa Informada al Consentimiento Previo Informado: un camino que urge recorrer. El caso ecuatoriano*, Quito, Agencia Latinoamericana de Información (ALAI), 2004, disponible en: <http://alainet.org/active/6590#es>, último acceso 6 de abril de 2009.
- Mindiola, Omaira, *Gobernabilidad y Consulta Previa a los Pueblos Indígenas*, Guatemala, 6 de abril de 2006, Fundación Canadiense para las Américas, disponible en: www.focal.ca/pdf/consulta_previa.pdf, último acceso: 6 de abril de 2009.
- Negro Pavón, Dalmacio, *Derecho de resistencia y Tiranía*, 1992, disponible en <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2043581>, , último acceso: 6 de abril de 2009.
- Reichel-Dolmatoff, Gerardo, *Discurso Pronunciado, al Recibir El Doctorado Honoris Causa De La Universidad Nacional De Colombia*, Bogotá, 16 de Diciembre de 1987, disponible en: <http://www.lablaa.org/blaavirtual/antropologia/memcongr/memcongr2.htm>, último acceso: 6 de abril de 2009.
- Rodríguez, Gloria Amparo, *La consulta previa, un derecho fundamental de los pueblos indígenas y grupos étnicos de Colombia*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2008, disponible en: <http://www.semillas.org.co/sitio.shtml?apc=11&x=20156105>, último acceso: 6 de abril de 2009.
- Ugartemendia Eceizabarrena, Juan Ignacio, *El Derecho de Resistencia y su "constitucionalización"*, 2009, disponible en <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=27541>, último acceso 6 de abril de 2009.

- Walsh, Catherine, Plurinacionalidad e interculturalidad, elementos para el debate constituyente, Universidad Andina, 2008.

Normativa.

- Constitución de la República Ecuador de 2008.
- Constitución Política de la República Ecuador de 1998.
- Convenio 169 de la OIT.
- Declaración de Naciones Unidas sobre Defensores de Derechos Humanos.
- Decreto Ejecutivo 1040 que contiene el Reglamento de Aplicación de los Mecanismos de Participación Social establecidos en la Ley de Gestión Ambiental.
- Decreto Ejecutivo 1897
- Decreto Ejecutivo 3401 que regula la participación ciudadana en actividades hidrocarburíferas
- Ley de Gestión Ambiental.

Jurisprudencia.

- Corte Constitucional Colombiana, Sentencia SU-039 de 1997.
- Corte Constitucional Colombiana, Sentencia T-652 de 1998.
- Corte Constitucional Colombiana, Sentencia SC-891 de 2002.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas del 31 de agosto de 2001, Serie C No. 79.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso del Pueblo Saramaka vs. Suriname*, sentencia del 28 de noviembre de 2007, Serie C No. 172.

Otros instrumentos internacionales.

- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe sobre la Situación de las Defensoras y Defensores de los Derechos Humanos en las Américas*, Washington D.C., OEA/Ser.L/V/II.124 Doc. 5 rev.1, 7 marzo 2006.

El ABC de la Movilidad Humana en la Nueva Constitución de la República del Ecuador

Patricio Benalcázar Alarcón

SUMARIO

1. La Lucha de las Organizaciones por los Derechos de las Personas y Colectivos en Movilidad. **1.1.** El Acuerdo Nacional Migratorio. **1.2.** El Informe alternativo al Comité de Naciones Unidas que Vigila el Cumplimiento de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares. **2.** La Consulta Popular y la Asamblea Constituyente. **2.1.** El Proceso Constituyente. **2.2.** El Trabajo Constituyente. **2.3.** El Referéndum Aprobatorio. **2.4.** La Nueva Constitución. **3.** La Movilidad Humana en la nueva Constitución. **4.** Elementos Constitutivos del Estado. **5.** Derechos y Movilidad Humana. **5.1.** Las Ecuatorianas y Ecuatorianos en el Exterior y sus Familiares. **5.2.** Las Personas Asiladas, Refugiadas y sus Familias. **5.3.** Las Personas Desplazadas y la Migración Interna. **5.4.** Las Personas Tratadas y el Tráfico de Seres Humanos. **5.5.** Derechos Sociales. **5.6.** Los Derechos de Protección. **5.7.** Los Niños, Niñas y Adolescentes. **6.** Movilidad y Participación. **6.1.** El Derecho a la Participación. **6.2.** El Derecho al Voto. **6.3.** La Revocatoria del Mandato. **6.4.** La Conformación de Movimientos Políticos. **7.** Garantías. **7.1.** Las Garantías Constitucionales. **7.2.** La Institucionalidad: Rectoría en Política Pública. **7.3.** Los Consejos Nacionales de Igualdad. **7.4.** Sistema Nacional de Inclusión y Equidad Social. **7.5.** Consejo de Participación Ciudadana y Control Social. **7.6.** La Defensoría del Pueblo. **8.** Las Relaciones Internacionales y la Integración Latinoamericana. **9.** Bibliografía

"El Sentido de la vida es cruzar fronteras"

Ryszard Kapuscinski

1. La lucha de las organizaciones por los derechos de las personas y colectivos en movilidad.

La historia reciente da cuenta de que el proceso de transformación social que vivimos en la primera década del siglo XXI, es resultado de un acumulado histórico, en el cual han confluído diversas perspectivas y luchas de los pueblos y nacionalidades indígenas, afro descendientes, campesinos, sindicatos, gremios,

universidades, defensores de derechos de humanos, ecologistas, mujeres, jóvenes, niños, niñas y adolescentes, discapacitados, migrantes, refugiados y sus familias; en fin actores sociales que insistieron y resistieron durante las tres últimas décadas a un modelo económico, social, político, cultural y ambiental excluyente; luchas que se inscriben en la movilización, resistencia y propuesta de los movimientos sociales en América Latina y el mundo entero.

En el Ecuador, en septiembre del 2006, un conjunto de organizaciones tanto de asociaciones de migrantes y sus familias, cuanto organismos no gubernamentales, universidades y redes de comunicadores¹, en el marco del proceso electoral de aquella época, impulsaron el denominado Acuerdo Nacional Migratorio, el mismo que fue firmado y asumido por representantes de diversos sectores que hoy son parte del escenario político del país, tanto de la oposición política, como del movimiento de gobierno y que marca un punto importante en el proceso de comprensión de la movilidad humana y los derechos humanos de los sujetos involucrados.

1.1. El Acuerdo Nacional Migratorio.

El Acuerdo Nacional Migratorio, es el referente más cercano de los procesos sociales que apuntalaron la discusión y el diálogo político alrededor del tema de la movilidad humana, dirigido a la formulación de una propuesta que permita la implementación de una Política de Estado Integral en materia migratoria. Hay que destacar en ese sentido los siguientes puntos de este Acuerdo, que luego se verán reflejados en la novedosa legislación constitucional ecuatoriana:

"1. El reconocimiento de la complejidad y la integralidad del hecho migratorio en el Ecuador, lo cual implica implementar medidas efectivas para superar la visión que identifica a los emigrantes con el envío de remesas y a los inmigrantes y refugiados con problemas sociales.

2. Abordar el hecho migratorio desde una perspectiva integral, que articule la acción de los distintos agentes estatales que trabajan en torno a la migración a fin de armonizar y coordinar medidas de mayor y mejor impacto. Ello implica la creación de un organismo rector de la política migratoria en nuestro país.[...]

¹ Red De Migrantes, Refugiados y Desplazados Ecuador - MIREDES, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales - FLACSO, Servicio Jesuita para Migrantes y Refugiados – SJRM, , Plan Migración Comunicación y Desarrollo, Coordinadora de Radios Populares del Ecuador– CORAPE.

6. Exhortar a que los legisladores emprendan un proceso de reforma jurídica integral que permita armonizar y actualizar la legislación sobre migración y extranjería en el país, a fin de que las problemáticas de inmigración, emigración, refugio y desplazamiento sean abordados desde los principios de defensa y respeto de los Derechos Humanos.[...]

11. Implementar un sistema estadístico permanente, que pueda articularse al actual Sistema Integrado de Indicadores Sociales del Ecuador (SIISE) que permita conocer con claridad cuantos emigrantes, inmigrantes, refugiados y desplazados existen en la actualidad en nuestro país, así como las condiciones de vida de estos colectivos, para de esta manera formular propuestas integrales y consistentes."

En el mismo mes de septiembre del 2006, el actual Vicepresidente de la República, dirigía una carta a las organizaciones que promovieron el denominado Acuerdo Nacional Migratorio, expresando textualmente a nombre del actual Presidente Rafael Correa que "[e]n el corazón de nuestra propuesta ciudadana habita la convicción de que los emigrantes e inmigrantes y refugiados, por encima de todo, son *seres humanos*", asumiendo un compromiso que obliga éticamente al Gobierno de Rafael Correa a ser coherente en sus políticas y acciones respecto a la emigración y la inmigración.

1.2. El Informe Alternativo al Comité de Naciones Unidas que vigila el cumplimiento de la Convención Internacional sobre la protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares.

Ecuador en noviembre de 2001, ratificó la Convención Internacional sobre la protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares de 1990; para dar cumplimiento a las obligaciones internacionales contraídas con la firma de este instrumento internacional a los cinco años de su ratificación formal y a los tres años de su entrada en vigor a nivel internacional, el Estado debía presentar oficialmente un Informe al Comité que vigila el cumplimiento de ésta Convención; pero así mismo, las organizaciones de la sociedad civil², amparadas por el artículo 74 de este instrumento estaban

² Las organizaciones de la sociedad civil que presentaron el Informe Alternativo, se agruparon en la denominada Coalición Interinstitucional para la Migración y el Refugio, conformada por la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales – FLACSO, la Universidad Andina Simón Bolívar - UASB, la Fundación Esperanza, el Servicio Jesuita a Migrantes y Refugiados – SJRM, el Departamento de Movilidad Humana de la Conferencia Episcopal Ecuatoriana, Catholic Relief Service – CRS, la Internacional de Servicios Públicos – ISP-

facultadas a presentar un informe alternativo, el mismo que tomaré como base para una breve reflexión sobre el marco jurídico e institucional del país.

La Constitución de 1998 no contemplaba normas expresas sobre los derechos de los trabajadores/as migratorios nacionales y extranjeros y sus familias; los derechos relativos a la seguridad social eran aún una lejana pretensión; los derechos políticos evidenciaban una fractura de la ciudadanía para los compatriotas, puesto que su ejercicio se encontraba limitado por falta de normas, procedimientos e institucionalidad que permita y garantice su vigencia.

Los derechos de los inmigrantes y extranjeros/as, se sujeta aún a una legislación que proviene del período de las dictaduras militares de los años 70, con "regulaciones basadas en concepciones de seguridad nacional, selectividad, control y criminalización de los extranjeros"³ y bajo un imaginario social de competencia en el ámbito laboral; temor, miedo e inseguridad social promovido desde el discurso oficial⁴ y los medios de comunicación en el contexto cultural.

El informe alternativo, permitió evidenciar dicho escenario socio cultural y en particular el tratamiento fragmentado, disperso y selectivo tanto en el ámbito normativo, cuanto en el institucional en materia de movilidad humana

Actualmente se cuenta con no menos de 6 cuerpos legales específicos relativos al tema; decenas de normas dispersas en al menos 14 leyes, reglamentos y acuerdos; más de una veintena de convenios multilaterales de protección de derechos humanos en general y específicos o conexos con la movilidad, que demandan una adecuación de la legislación y el marco institucional interno A lo cual debemos sumar el amplio marco institucional, con limitados mecanismos de coordinación y duplicación de atribuciones dentro y fuera del país⁵.

³ Benavides Gina, *Informe Alternativo al Comité de Naciones Unidas vigilante del cumplimiento de la Convención Internacional para la Protección de los Derechos de Todos los Derechos de los Trabajadores Migratorios y sus Familiares*, Quito, Coalición Interinstitucional para el Seguimiento y Difusión de la Convención Internacional para la Protección de los Derechos de Todos los Derechos de los Trabajadores Migratorios y sus Familiares, 2007, pag. 5.

⁴ Declaraciones Públicas del Fiscal General de la Nación y del Presidente de la República en el mes de noviembre de 2008.

⁵ (i) Ley de Migración y su Reglamento / Ley de Extranjería y su Reglamento / Reglamento para la Aplicación del Estatuto de los Refugiados / Ley de Extradición / Ley de Naturalización / Ley de Documentos de Viaje. (ii) Código Penal / Código del Trabajo / Código de la Niñez Adolescencia / Ley de Seguridad Nacional / Ley de Elecciones y reglamento / Ley Orgánica del Servicio Exterior / Repatriación de Ecuatorianos Indigentes.

Este escenario jurídico–político, daba cuenta de la necesidad de reformular desde la perspectiva constitucional y con un enfoque de derechos humanos el tratamiento de la movilidad humana, como una expresión de diversos hechos vinculados a las personas emigrantes y sus familias dentro y fuera del país, a las personas inmigrantes, refugiadas, desplazadas internamente y sus familias, a las víctimas de trata y tráfico de seres humanos.

Quisiera destacar algunas de las recomendaciones del Informe Alternativo, que luego se vieron reflejadas en disposiciones constitucionales:

Algunas recomendaciones del Informe Alternativo (2008).

- "Estados de destino para la regularización de la situación migratorio y laboral de los trabajadores migratorios ecuatorianos como fase previa a la contratación de trabajadores temporales igualmente a través de la celebración de acuerdos."⁶

(iii) Ley de la Defensoría del Pueblo / Ley de Hidrocarburos /Reglamento Orgánico Funcional / Reglamento a la Ley de Servicios Consulares / Acuerdo 455 Educación – Refugiados /Acuerdo Salud – Refugiados / Acuerdo Trabajo – Refugiados. (iv) Entre los específicos Convención Internacional para la Protección de los Trabajadores Migratorios y sus Familias, Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, Convención sobre el Estatuto de los Apátridas, Convención sobre condiciones de los extranjeros, Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional, Protocolo contra la Delincuencia Organizada Transnacional, Convenio de la Represión a la Trata de Personas y Explotación de la Prostitución, Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire, Convenio de La Haya sobre aspectos civiles del plagio internacional de menores, Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores, Convención sobre Obtención de Alimentos en el Extranjero, Convenio de Estrasburgo sobre Traslado de Personas Condenadas, Convención Interamericana sobre Cumplimiento de Medidas Consulares, etc. (v) **Defensoría del Pueblo:** Dirección Nacional de Defensa de los Emigrantes, Dirección DDHH / **Ministerio de Gobierno:** Dirección General de Extranjería, Dirección General de Registro Civil, Identificación y cedulación, Comandancia General de la Policía Nacional : Dirección Nacional de Migración, Intendencia de Policía, Unidad de Derechos Humanos, Seguridad Ciudadana / **Ministerio de Trabajo y Empleo:** Dirección Nacional de Empleo y Recursos Humanos, Oficinas de Migración Laboral , Inspectorías del Trabajo / **Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio e Integración:** Dirección General de Asuntos Consulares y Legalizaciones, Consulados en el exterior, Dirección General de Asuntos de Migración y Extranjería, Dirección General de Documentos de Viaje, Identificación y Registro Civil en el Exterior, Dirección General de Cuentas Consulares y de Recaudación en el Ecuador, Dirección de Inversiones Extranjeras, Programa de Apoyo al Emigrante Ecuatoriano / - **Consejo Consultivo Política Migratoria, - SENAMI.**

⁶ Benavides Gina, *Informe Alternativo...*, op. cit., pag.21.

- "El Estado ecuatoriano debe garantizar el cumplimiento de la obligación de mantener servicios consulares apropiados para suministrar información y asistencia apropiada a los trabajadores migratorios y sus familiares, sobre todo de quienes están indocumentados.
- El Estado ecuatoriano debe crear un marco jurídico coherente con los principios constitucionales y de legislación internacional de protección de derechos civiles y políticos de la población ecuatoriana en el exterior.
- El Estado ecuatoriano con su político exterior debe incidir y promover que en los países de destino se reconozca el derecho de los trabajadores migratorios; en especial, de aquellos indocumentados, a gozar de un trato que no sea menos favorable que el que reciben los nacionales del Estado en lo tocante a remuneración y a las condiciones de trabajo y seguridad social.
- La Defensoría del Pueblo debe dar cumplimiento efectivo a su mandato en el apoyo a los migrantes, establecido en su Ley Orgánica, y diseñar una estrategia para operativizarlo, debido a los altos niveles de demanda
- El Estado debe promover convenios de regularización y protección integral a migrantes, con los países de mayor generación y recepción de población migrante, en especial con: EE.UU., España, Italia, Colombia, Perú, Chile y Venezuela. Y revisar los convenios actualmente vigentes con España sobre regulación de flujos y con Perú sobre regularización laboral. Así mismo debe implementar el Estatuto Migratorio Permanente con Colombia
- El Estado debe implementar servicios permanentes de información, orientación y atención integral a los trabajadores migratorios y sus familiares."⁷
- "Además de establecer el derecho de elegir Presidente, la Asamblea Constituyente que se instalará en enero de 2008, debe establecer normas constitucionales para reconocer el derecho de los emigrantes a ejercer otras formas de participación política como son: el derecho a ser consultados, presentar proyectos de ley y revocar el mandato conferido a los dignatarios de elección popular."⁸
- "El Estado debe reconocer la existencia de nuevos modelos de familia, reconfigurada a partir de la emigración, promover su reconocimiento, incluir a la 'familia transnacional' por parte de la sociedad, adoptar medidas para evitar la estigmatización de los hijos/as de emigrantes"
- El Estado debe promover convenios binacionales para facilitar el ejercicio de derechos de familia como: reunificación familiar, alimentos, tenencia de los hijos y divorcio, con los principales países receptores de población migrante ecuatoriana.

⁷ *Ibidem*, pags. 29 y 30.

⁸ *Ibidem*, pag. 33.

- El Estado debe establecer una efectiva política de servicios estatales que actúen en coordinación con la sociedad civil para atender las necesidades de los trabajadores migratorios y sus familiares."⁹
- "El Estado debe implementar una política de manejo de fronteras en la que se separe los temas de seguridad y derechos humanos y se garantice el respeto a los principios humanitarios."¹⁰
- "El Estado debe establecer un marco normativo que regule los procesos de exclusión y deportación ajustado a los estándares internacionales de derechos humanos, en particular a los previstos en los artículos 22 y 23 de la CTMF.
- Debe además garantizar expresamente el derecho a la representación consular, prohibir la deportación colectiva, garantizar el respeto al principio de no devolución y reconocer el derecho a un tiempo prudencial para que el trabajador migratorio pueda resolver sus reclamaciones laborales"¹¹
- "Debe establecerse un efectivo servicio de defensa pública para trabajadores/as migratorios/as".¹²
- El Estado debe tomar medidas para prevenir, sancionar y erradicar la trata de personas, especialmente de mujeres: niñas, adolescentes y adultas, y para proteger sus derechos"¹³

2. La Consulta Popular y la Asamblea Constituyente.

A pedido del Presidente de la República, Rafael Correa, el Tribunal Supremo Electoral, el 15 de abril del 2007, llamó a una consulta popular, por la cual se solicita al pueblo ecuatoriano, se pronuncie por la siguiente pregunta: ¿Aprueba Usted, que se convoque e instale una Asamblea Constituyente con plenos poderes de conformidad con el estatuto electoral que se adjunta, para que transforme el marco institucional del Estado y elabore una nueva Constitución?

El resultado de la Consulta Popular determinó que el 81,72% de los ecuatorianos y ecuatorianas aprobáramos la instauración de una Asamblea Constituyente de plenos poderes.

El 30 de septiembre de 2007, el Tribunal Supremo Electoral, dispone que mediante elecciones libres, universales y directas, se elija a los y las representantes a la Asamblea Constituyente.

⁹ *Ibidem*, pag. 38.

¹⁰ *Ibidem*, pag. 53.

¹¹ *Ibidem*, pag. 59.

¹² *Ibidem*, pag. 66.

¹³ *Ibidem*, pag. 80.

La Asamblea Constituyente estuvo conformada por 130 asambleístas; de los cuales 100 eran de provincias; 24 tenían representación nacional y por primera vez en la historia del país, 6 representaban a los ecuatorianos y ecuatorianas en el exterior; 2 electos en los EE.UU. y Canadá; 2 en Europa y 2 en América Latina.

La sede de la Asamblea Constituyente fue la ciudad de Montecristi, ubicada en la provincia de Manabí; decisión que se tomó como un acto de reconocimiento y justicia histórica a la tierra natal del General Eloy Alfaro Delgado, ex Presidente de la República y forjador de la transformación liberal radical de inicios del siglo XX.

2.1. El Proceso Constituyente.

La tarea encomendada por el pueblo del Ecuador a los Asambleístas estuvo dirigida a la redacción de la nueva Constitución Política, así como a la elaboración de mandatos constituyentes, leyes, resoluciones y acuerdos que permitan la reforma jurídico – institucional del país.

Para elaborar la Constitución Política, la Asamblea Constituyente conformó 10 mesas de trabajo:

Mesas Constituyentes

1. Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales.
2. Organización, Participación Social y Ciudadana, y Sistemas de Representación
3. Estructura e instituciones del Estado
4. Ordenamiento Territorial y Asignación de Competencia
5. Recursos Naturales y Biodiversidad
6. Trabajo, Producción e Inclusión Social
7. Régimen de Desarrollo
8. Justicia y Lucha Contra la Corrupción
9. Soberanía, Relaciones Internacionales e Integración Latinoamericana
10. Legislación y Fiscalización

Cada mesa estaba compuesta por 13 miembros que representaban las diversas fuerzas políticas presentes en la Asamblea. En las mesas constituyentes se discutieron los temas asignados amplia y democráticamente; se recibió a más de 60.000 personas, a más de 1.500 organizaciones e instituciones sociales, públicas y privadas; se realizaron más de 20 foros en todo el país; e incluso se realizó una video conferencia con los ecuatorianos y ecuatorianas en el exterior, domiciliadas en EE.UU. Europa y América Latina; hechos sin precedentes en la historia del Ecuador.

La Mesa Constituyente número 9, denominada de Soberanía, Relaciones Internacionales e Integración Latinoamericana, era la que formalmente tenía dentro de su plan de trabajo el mandato para tratar el tema de Soberanía y Migración; sin embargo, la Mesa 1 sobre Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales; así como la Mesa 2 relativa a Organización, Participación Social, Ciudadana y Sistemas de Representación, la Mesa 6 de Trabajo, Producción e Inclusión Social debatieron e incorporaron novedosos textos constitucionales sobre la materia.

El plan de Trabajo de la Mesa 9 de Soberanía, Relaciones Internacionales e Integración Latinoamericana se planteó lo siguiente:

Soberanía y Migración 1	
<p>Identificación de Problemas</p> <p>El desarrollo nacional inequitativo ha restringido las oportunidades e impedido la satisfacción de necesidades básicas, impulsando la migración.</p> <p>La migración también ha sido entendida como estrategia de emprendimiento exitoso sobre la base de generación de expectativas sobredimensionadas</p>	<p>Objetivos de Desarrollo y Transformación</p> <p>Desarrollar una política estatal soberana para las migraciones que considera a la ciudadanía global como un derecho humano en términos de la pertenencia a una comunidad universal</p> <ul style="list-style-type: none"> -Desarrollar una política efectiva, directa e inmediata de protección y asistencia al migrante enmarcada en la defensa de sus derechos -Garantizar a la población ecuatoriana migrante todas las condiciones que le permitan un retorno digno. -Reconocer a los extranjeros residentes en el Ecuador, bajo ciertas premisas legales, algunos derechos políticos además de los civiles cuando hubieren contribuido al progreso social o económico del país.

Soberanía y Migración 2	
Identificación de Problemas La emigración de compatriotas a Europa y Estados Unidos ha aumentado considerablemente, mientras se han endurecido sus políticas migratorias colocando a los/as migrantes en condiciones difíciles de sobrevivencia.	Objetivos de Desarrollo y Transformación <ul style="list-style-type: none">• Promover una política internacional de apoyo a los migrantes en el exterior.• Establecer y fortalecer políticas de reciprocidad migratoria solidarias.

Soberanía y Migración 2	
Identificación de Problemas	Objetivos de Desarrollo y Transformación
<p>Temas Los y las representantes de los ecuatorianos y ecuatorianas en el exterior, así como muchos colegas asambleístas y compañeras y compañeros de trabajo, impulsaron un diálogo permanente con las organizaciones sociales y representantes de asociaciones de migrantes, inmigrantes y refugiados de dentro como fuera del país; lo que permitió ver desde diversas perspectivas que el Ecuador es un país de migración interna y externa; y, por tanto, es un país de origen, tránsito, destino y retorno migratorio; constatación que demandó un tratamiento político y jurídico constitucional integral sobre la emigración, la inmigración, el refugio y el asilo, el desplazamiento y la migración interna, la trata y el tráfico de personas bajo un enfoque de derechos, diversidad e interculturalidad.</p> <p>2.2. El trabajo constituyente</p> <p>Durante 8 meses, la Asamblea Constituyente abrió espacios de diálogo con los sectores sociales y políticos, los debatió en las Comunas constituyentes y en el plenario; concluyendo con su mandato político de migración de 2008.</p>	<p>Subtemas</p> <ul style="list-style-type: none"> - Derechos y Garantías de los migrantes - Vigilancia de tratados internacionales por la vigencia de los derechos civiles, políticos y sociales de los migrantes. - Oportunidades y satisfacción de necesidades básicas. - Prevención y sanción de tráfico de personas. - Política de migración de la Quinta Región. - Retorno digno, voluntario. - Diplomacia: <ul style="list-style-type: none"> • Servicio exterior • Asignación de recursos de diversos sectores • en la Cmasa • en las Comunas constituyentes y en el plenario; • Políticas migratorias bilaterales, multilaterales. - Integración cultural.

Como resultado del trabajo de la Asamblea Constituyente, contamos con¹⁴:

- La nueva Constitución Política
- 6 leyes aprobadas
- 20 mandatos
- 13 amnistías e indultos
- 15 acuerdos

Durante esos 8 meses, el tema emigratorio en particular tomó importancia por la participación política de los y las representantes de los ecuatorianos y ecuatorianas en el exterior; sin embargo, un acontecimiento de relevancia internacional como la aprobación de la Directiva del Retorno por parte del Parlamento Europeo el 18 de junio de 2008, puso en el centro de las discusiones no solo en el Ecuador, sino en toda América Latina, el tema de las migraciones y los derechos humanos y generó una inmediata reacción de la Asamblea Constituyente, que mediante una Resolución condenó enérgicamente la decisión tomada por los países del Norte, uniéndose a otros pronunciamiento de los países de la región.

En resumen la resolución de la Asamblea Constituyente plantea:

"Primero.- Condenar enérgicamente la Directiva Retorno, llevada a cabo el día 18 de junio de 2008 por 367 integrantes del Parlamento Europeo, por constituir una medida criminalizadora, discriminatoria y xenofóbica, que atenta contra los derechos humanos, en especial de niños, niñas y adolescentes y las normas de convivencia civilizada entre los pueblos y que vulnera los avances históricos de la humanidad.

Segundo.- Rechazar el enfoque de seguridad que subyace a políticas como la "Directiva Retorno", la denominación de personas como ilegales y la visión economicista de los seres humanos; y reiterar el derecho a la libre movilidad humana, el establecimiento de ciudadanía universal y el progresivo fin de la condición de extranjero.

Tercero.- Convocar a los gobiernos y a las instancias internacionales de los países de América Latina y el Caribe a conformar un frente común para adoptar medidas y decisiones conjuntas en defensa y solidaridad con los millones de personas migrantes que se encuentran en el continente europeo, cualquiera sea su condición migratoria.

¹⁴ Asamblea Constituyente, informes de las mesas de trabajo, Montecristi, 2008, disponibles en www.asambleaconstituyente.gov.ec.

Así también, a promover la organización de los diversos sectores de la población, presentes tanto en los países de origen como de destino para que impulsen la lucha contra la discriminación, la xenofobia y toda forma conexas de intolerancia.

Cuarto.- Impulsar ante la comunidad internacional la realización de diálogos multilaterales para la elaboración e implementación de políticas que garanticen la protección de los derechos de las personas migrantes y sus familias, la libertad de establecer en el lugar de destino, a trabajar en las mismas condiciones de dignidad que los nacionales, a conservar y promover sus costumbres y tradiciones; y eliminar la criminalización del hecho migratorio."¹⁵

2.3. El Referendum Aprobatorio.

Una vez elaborada la nueva Constitución Política por parte de la Asamblea Constituyente, el Tribunal Supremo Electoral, llamó a la ciudadanía a un referéndum aprobatorio, que se realizó el 28 de septiembre de 2008.

La pregunta que se hizo al pueblo ecuatoriano en el referéndum fue; "Aprueba usted el texto de la Nueva Constitución Política de la República elaborado por la Asamblea Constituyente?; frente a la cual, el 63, 93% de los ecuatorianos y ecuatorianas, ratificamos nuestra voluntad de contar con un nuevo marco jurídico constitucional, a partir del cual debe promoverse las reformas de legislación secundaria y el establecimiento de un nuevo régimen institucional.

2.4. La nueva Constitución.

La nueva Constitución Política, consta de 444 artículos; ubicados en 9 títulos generales relativos a:

- Los elementos constitutivos del Estado (Art. 1 al 9)
- Los Derechos de las personas, los pueblos y las nacionalidades (Art. 10 al 83)
- Las Garantías Constitucionales (Art. 84 al 94)
- La participación y organización del poder (Art. 95 al 237)
- La organización territorial del Estado (Art. 237 al 274)
- El Régimen de desarrollo (Art. 275 al 339)

¹⁵ Asamblea Constituyente, Resolución de la Asamblea Constituyente contra la Directiva de Retorno Europeo, Montecristi, 25 de junio de 2008.

- El Régimen del Buen vivir (Art. 340 al 415)
- Las Relaciones Internacionales (Art. 416 al 423)
- La supremacía de la Constitución (Art. 424 al 444)

Además, consta de 30 Disposiciones Transitorias; 1 Disposición Derogatoria y un Régimen de Transición, compuesto por 30 artículos.

3. La Movilidad Humana en la nueva Constitución.

Por primera vez en la historia latinoamericana y mundial, un país incluye en su Constitución Política los derechos, garantías e instituciones de protección de las personas en movilidad humana y sus familias; es decir reconoce los derechos de los y las emigrantes, inmigrantes, asilados, refugiados, desplazados y migrantes internos, así como de las víctimas de trata de personas y tráfico de migrantes.

¿Quiénes son los emigrantes y quienes los inmigrantes?

Emigrantes son las personas que se van de su país natal a otro país con la intención de ubicarse temporal o definitivamente en el segundo, independientemente de su situación jurídica, sea regular o irregular.

Inmigrantes son las personas que ingresan a un país, que no es el de su origen, con el ánimo de radicarse temporal o definitivamente, con el propósito de mejorar sus condiciones de vida y seguridad, generalmente relacionado con situaciones socioeconómicas, educativas y culturales.

Para que la nueva Constitución trate el tema de la movilidad humana, fue muy importante la presencia de los asambleístas representantes de los ecuatorianos y ecuatorianas en el exterior; puesto que su sensibilidad, conocimiento, experiencia y testimonio sobre la emigración fue relevante; pero también fue importante, el diálogo que diversas organizaciones y personas propiciaron en la Asamblea, ya que permitió conocer la situación que viven los inmigrantes que llegan a Ecuador, quienes vienen en tránsito como los asiáticos, árabes y africanos; la realidad de los refugiados, especialmente colombianos, las particularidades de la frontera con Perú y Colombia, los problemas vinculados a la trata y tráfico de personas y los riesgos que producen los desastres naturales, los conflictos armados, las actividades extractivas o cualquier tipo de emergencia contra poblaciones enteras, generando eventuales desplazamientos forzados y migración interna.

Esta forma de abordar el tema de la movilidad humana permitió reconocer que el Ecuador es un país de origen, tránsito, destino y retorno migratorio; y que, por lo tanto, debemos prepararnos para convivir en armonía, reconociendo la diversidad cultural; promoviendo la integración, así como el ejercicio de derechos humanos y el cumplimiento de los deberes ciudadanos.

La Asamblea Constituyente aprobó 58 artículos que tienen relación directa con la movilidad humana, se encuentra dentro de 7 Títulos Generales de la Constitución, relativos a los elementos constitutivos del Estado; Derechos; Participación y organización del poder; Organización territorial del Estado; Régimen de Desarrollo; Régimen del Buen Vivir y Relaciones Internacionales.

4. Elementos constitutivos del Estado.

En el primer título relativo a los *elementos constitutivos del Estado*, se destaca el carácter histórico, social y cultural del territorio nacional, el mismo que desde esa perspectiva se amplía con la presencia social y cultural de los ecuatorianos y ecuatorianas en el exterior; reconoce la nacionalidad ecuatoriana a los nacidos en el extranjero de padre o madre ecuatoriana y sus descendientes hasta el tercer grado de consanguinidad; a los nacidos en el exterior de padre o madre naturalizada ecuatoriana; a los miembros de pueblos indígenas con presencia en las zonas de frontera; a quienes se naturalicen como ecuatorianos y a quienes hayan prestado un servicio relevante al país.

Se reconoce que las personas extranjeras en el territorio nacional, gozarán de los mismos derechos y deberes que los ecuatorianos conforme la Constitución Política.

Por otra parte, haciendo una lectura sistemática de la Constitución, en el capítulo sobre derechos de libertad, se garantiza a toda persona extranjera el derecho de no devolución, ni expulsión a un país donde su vida, libertad, seguridad o integridad o la de sus familiares peligran por causa de su etnia, religión, nacionalidad, ideología, pertenencia a determinado grupo social, o por sus opiniones políticas. Expresamente, se prohíbe la expulsión de colectivos de extranjeros y se garantiza que los procesos legales migratorios sean singularizados y conforme al debido proceso.

Artículos 4, 7, 8, 9, 66(14)

5. Derechos y Movilidad Humana

El Título de *Derechos*, es el que desarrolla más ampliamente el tema de la movilidad humana. Reconoce el principio de igualdad y no discriminación de todas las personas sin discriminación alguna, incluyendo *la condición migratoria* como un hecho que no debe ser motivo de exclusión social; prohíbe la transmisión de publicidad que induzca a la violencia, a la discriminación y al racismo; promueve la conservación de la identidad cultural de las personas; garantiza la educación en todos sus niveles, sin discriminación alguna; garantiza los derechos de grupos de atención prioritaria como los niños, niñas y adolescentes y adultos mayores en situación de desastres naturales o antropogénicos, sean conflictos armados o todo tipo de emergencias producidas por el ser humano.

Artículos: 11, 19, 21, 28, 35, 38

5.1. Las ecuatorianas y ecuatorianos en el exterior y sus familias.

La Constitución, incluye una sección específica sobre la movilidad humana, en la que se reconoce el derecho a migrar, se enuncia que la identificación de una persona cualquiera sea su condición migratoria, jamás hará referencia a la ilegalidad; establece las principales acciones que deberá implementar el Estado para garantizar los *derechos de los ecuatorianos y ecuatorianas y sus familias sea que estén en el exterior o en el país*, así: asistencia y protección integral, en particular a las personas privadas de la libertad; promoción de los vínculos con el país, garantías para la reunificación familiar y el retorno voluntario; respeto a la confidencialidad de los datos frente a las autoridades de los países de tránsito y destino; protección de las familias transnacionales y los derechos de sus miembros.

5.2. Las personas asiladas, refugiadas y sus familias.

Quiénes son las personas asiladas y refugiadas?

Son las personas que debido a fundados temores de ser perseguidas por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un determinado grupo social, u opiniones políticas, se han visto obligados a salir de su país de origen y solicitan protección a otro país.

También se considera como refugiadas, a las personas que han huido de su país porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violencia masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público.

Se reconoce el *derecho de las personas asiladas y refugiadas*, se destaca el respeto al principio de no devolución, la no sanción penal por su ingreso irregular al país, la asistencia jurídica y humanitaria de emergencia, el reconocimiento colectivo de refugiados cuando la situación lo amerite.

5.3. Las personas desplazadas y la migración interna.

Quiénes son las personas desplazadas y quiénes los migrantes internos?

Son migrantes internas las personas que se trasladan de una localidad para otra, de una ciudad para otra, de una provincia para otra, de una región para otra dentro de su propio país, generalmente lo hace para mejorar sus condiciones de vida y seguridad, sean económicas, sociales, culturales o educativas

Son personas desplazadas, quienes debido a fundados temores de ser perseguidas por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un determinado grupo social, u opiniones políticas, se han visto obligados a salir de su lugar de residencia habitual *sin salir de su país de origen*.

También se considera como desplazadas por la violencia, a las personas que han huido de su lugar de residencia habitual *sin salir de su país de origen* porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos, los desastres naturales, los conflictos armados, todo tipo de emergencias o actividades humanas que hayan perturbado gravemente el orden público.

El Estado ecuatoriano reconoce el derecho a *transitar libremente* por el territorio nacional y a escoger su residencia, así como a entrar y salir libremente del país, sin embargo, la prohibición de salir del país sólo podrá ser ordenada por juez competente y por causas legalmente establecidas.

Por otra parte, se reconoce los *derechos de las personas desplazadas internamente*, sea por desastres naturales, conflictos armados o todo tipo de emergencias, se prohíbe todo desplazamiento arbitrario; se garantiza a las personas o pueblos desplazados su protección y asistencia humanitaria que asegure el acceso a alimentos, alojamiento, vivienda y servicios médicos y sanitarios; al tratarse de los pueblos y nacionalidades indígenas, se reconoce el derecho a no ser desplazados como pueblos de sus tierras ancestrales.

En el Título VI, sobre el Régimen de Desarrollo, se determina que la soberanía alimentaria constituye un objetivo estratégico y una obligación del Estado para garantizar que las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades

alcancen la autosuficiencia de alimentos sanos y culturalmente apropiados de forma permanente; y, en particular dotar de alimentos a las poblaciones víctimas de desastres naturales o antrópicos que pongan en riesgo el acceso a la alimentación.

En ese sentido, en el Título VII del Régimen del Buen Vivir, el Estado se compromete a proteger a las personas, las colectividades y la naturaleza frente a los efectos negativos de los desastres de origen natural o antrópico, mediante la prevención ante el riesgo, la mitigación de desastres, la recuperación y mejoramiento de las condiciones sociales, económicas y ambientales, con el objetivo de minimizar la condición de vulnerabilidad.

Además, el Estado se plantea adoptar medidas adecuadas y transversales para la mitigación del cambio climático, mediante la limitación de las emisiones de gases del efecto invernadero, de la deforestación y de la contaminación atmosférica; así como tomar medidas para la conservación de los bosques y la vegetación, y proteger a la población en riesgo.

5.4. Las personas tratadas y el tráfico de seres humanos.

¿Quiénes son las personas tratadas y quienes las personas de traficadas?

Son personas tratadas, las personas que son trasladadas, limitadas o privadas de su libertad con fines de explotación sexual y laboral. Las personas que realizan el traslado y limitan la libertad de la víctima de trata, se denominan tratantes. La trata es un delito contra las personas.

Son personas traficadas, las personas a las que se les facilita su entrada irregular a un país que no es el suyo, a cambio de dinero u otros beneficios. Las personas que realizan la actividad de traficar personas, se denominan *coyotes*. El tráfico de migrantes es un delito contra el Estado.

Dentro de los derechos de libertad, la Constitución expresamente prohíbe la esclavitud, la explotación, la servidumbre, el tráfico y la trata de seres humanos en todas sus formas. El Estado es responsable de adoptar todas las medidas necesarias para la prevención y erradicación de la trata de personas, así como la protección y reinserción de las víctimas de trata y de otras formas de violación de la libertad.

Artículos: 40, 41, 42, 66 (29), 281, 389

5.5. Los derechos sociales.

En el ámbito de los *derechos sociales* y en particular sobre el derecho al *trabajo y la seguridad social*, se establece que el Estado velará por el respeto a los derechos laborales de las trabajadoras y trabajadores ecuatorianos en el exterior, y promoverá convenios y acuerdos con otros países para la regularización de tales trabajadoras y trabajadores.

En materia de prestaciones sociales, la seguridad social se financiarán también; con los aportes voluntarios de las ecuatorianas y ecuatorianos domiciliados en el exterior; y con los aportes y contribuciones del Estado. El Estado estimulará la afiliación voluntaria al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social de las ecuatorianas y ecuatorianos domiciliados en el exterior, y asegurará la prestación de contingencias.

La Constitución en el capítulo relativo a la soberanía económica, determina que el Estado, generará incentivos al retorno del ahorro y de los bienes de las personas migrantes, con la finalidad de que el ahorro de las personas y de las diferentes unidades económicas se orienten hacia la inversión productiva de calidad

Artículos: 329(6); 338, 371, 374

5.6. Los derechos de protección.

Hay un importante avance en materia de los denominados *derechos de protección*, por los cuales se garantiza el derecho a la defensa y al debido proceso. Entre otras garantías se incluye el derecho de las personas a ser asistidas gratuitamente por una traductora o traductor o intérprete si no comprende o no habla el idioma en el que se sustancia el procedimiento legal; si la persona detenida fuera extranjera, quien lleve a cabo la detención informará inmediatamente al representante consular de su país; además tienen el derecho a ser informadas de forma previa, detallada y en su lengua propia y de manera sencilla de las acciones y procedimientos formulados en su contra, la identidad de la autoridad responsable de la acción o procedimiento y otras garantías del debido proceso de carácter general.

Cabe destacar que para garantizar los derechos de protección y en particular el acceso a la justicia, se instituye constitucionalmente a la Defensoría Pública, "cuyo fin es garantizar el pleno e igual acceso a la justicia de las personas que, por su estado de indefensión o condición económica, social o cultural, no puedan contratar los servicios de defensa legal para la protección de sus

derechos". En tal sentido, la Defensoría Pública tiene como mandato garantizar el acceso a la justicia, pero no solamente en materia penal como ha sido en el pasado, sino en otras materias, donde sin duda la indefensión se presenta; este particular es relevante para el tema de la movilidad humana, puesto que muchas personas emigrantes y sus familias, inmigrantes, refugiadas, personas tratadas y las víctimas de tráfico o sus familias se encuentran con mayor vulnerabilidad y ciertamente en indefensión.

Artículos 76, 77, 79, 81, 191

5.7. Los niños, niñas y adolescentes.

La nueva Constitución, entre otros derechos, reconoce el derecho de los *niños, niñas y adolescentes* a recibir información de sus progenitores o familiares ausentes, salvo que fuera perjudicial para su bienestar; así mismo, se reconoce a la familia en sus diversos tipos y dentro de ésta a la *familia transnacional*, velando por la responsable maternidad y paternidad; la madre y el padre estarán obligados al cuidado, crianza, educación, alimentación, desarrollo integral y protección de los derechos de sus hijas e hijos, *en particular cuando se encuentren separados de ellos por cualquier motivo*. El Estado protegerá a las madres, a los padres y a quienes sean jefas y jefes de familia, en el ejercicio de sus obligaciones, y *prestará especial atención a las familias disgregadas por cualquier causa*.

Artículos 40, 45, 46, 67, 69

6. Movilidad y Participación

6.1. El derecho a la participación.

La nueva Constitución da un especial tratamiento al *Derecho a la participación*, reconociendo que todos los ecuatorianos y ecuatorianas tienen todos los derechos políticos, y por lo tanto los ecuatorianos y ecuatorianas en el exterior también; mientras los extranjeros tienen los derechos políticos que les sea aplicables de acuerdo a la Constitución.

Los derechos políticos que la Constitución garantiza son los siguientes: elegir y ser elegidos; participar en los asuntos de interés público; presentar proyectos de iniciativa popular normativa; ser consultados; fiscalizar los actos del poder público; revocar el mandato que hayan conferido a las autoridades de elección popular; desempeñar empleos y funciones públicas; conformar partidos

y movimientos políticos, afiliarse o desafiliarse libremente de ellos y participar en todas las decisiones que éstos adopten.

Para el ejercicio de los derechos políticos, el Consejo Nacional Electoral tendrá, además de las funciones que determine la ley, la obligación de organizar y elaborar el registro electoral del país y en el exterior en coordinación con el Registro Civil.

Artículo 61, 104, 219

6.2. El derecho al voto.

El derecho al voto de los ecuatorianos y ecuatorianas en el exterior, se reconoce con el carácter de facultativo para elegir Presidenta o Presidente de la República y a la Vicepresidenta o Vicepresidente de la República, representantes nacionales y representantes de la circunscripción correspondiente en el exterior; además, podrán ser elegidos para cualquier cargo de elección popular que sea aplicable.

Sin embargo, no podrán ser candidatos de elección popular en representación de las ecuatorianas y ecuatorianos en el exterior, los miembros del servicio exterior que cumplan funciones fuera del país, salvo que hayan renunciado a sus funciones seis meses antes de la fecha señalada para la elección, así se establece en la Sección Sexta sobre representación política, ubicada en el Título IV de participación y organización del poder.

Para las elecciones pluripersonales, la ley establecerá un sistema electoral conforme a los principios de proporcionalidad, igualdad del voto, equidad, paridad y alternabilidad entre mujeres y hombres; y determinará las circunscripciones dentro y fuera del país; así se establece en la misma sección y Título constitucional anterior.

En ese sentido, la sección relativa a la Asamblea Nacional, determina que entre otros, estará conformada por asambleístas de la circunscripción del exterior, cuyo número se establecerá en la ley, sin embargo, el régimen de transición prevé que los integrantes de la Asamblea Nacional elegidos en el exterior serán 6; dos por Europa, Oceanía y Asia; dos por Canadá y EE.UU.; dos por Latinoamérica, El Caribe y Africa.

Las personas extranjeras tienen derecho al voto, siempre que hayan residido legalmente en el país al menos 5 años. Este derecho es un avance importante, puesto que además de garantizar la participación en la vida política de miles de personas extranjeras que aportan al país, se abre la posibilidad de

que se establezca este derecho para los ecuatorianos y ecuatorianas en el exterior en cumplimiento del principio de reciprocidad con otros Estados; como por ejemplo, la participación de los ecuatorianos y ecuatorianas en las elecciones municipales en España, situación que puede regularse a través de Convenios binacionales entre los países involucrados.

Artículos 62(2); 63, 113(5), 116, 118, 219, Régimen de Transición artículo 3(c).

6.3. La revocatoria del mandato.

Por otra parte, las personas en goce de los derechos políticos podrán *revocar el mandato* a las autoridades de elección popular. La solicitud de revocatoria del mandato podrá presentarse una vez cumplido el primero y antes del último año del período para el que fue electa la autoridad cuestionada. Durante el período de gestión de una autoridad podrá realizarse solo un proceso de revocatoria del mandato.

La solicitud de revocatoria deberá respaldarse con un número no inferior al diez por ciento de personas inscritas en el registro electoral correspondiente. Para el caso de la Presidenta o Presidente de la República se requerirá el respaldo de un número no inferior al quince por ciento de inscritos en el registro electoral. Este derecho, es garantizado también para los ecuatorianos y ecuatorianas en el exterior.

Artículo 105

6.4. La conformación de movimientos políticos.

Otro derecho político garantizado para los ecuatorianos y ecuatorianas en el exterior, es el relativo a la conformación de movimientos políticos; para el efecto, deberán regirse por principios y estatutos, propondrán un programa de gobierno y mantendrán el registro de sus afiliados; los movimientos políticos podrán corresponder a cualquier nivel de gobierno o a la circunscripción especial del exterior.

Artículos: 109(1)

7. Garantías.

7.1. Las garantías constitucionales.

Para el ejercicio de los derechos humanos, la nueva Constitución, prevé todo un título relativo a las Garantías Constitucionales; estableciendo 3 tipos de garantías:

las garantías normativas; las garantías de política pública, servicios públicos y participación ciudadana; y las garantías jurisdiccionales.

Las garantías normativas establecen que todo órgano con potestad normativa, es decir que tenga la facultad de realizar leyes, ordenanzas, decretos, reglamentos u otras normas, debe sujetarse a las disposiciones de la Constitución y de los tratados internacionales de derechos humanos.

Las garantías de política pública y prestación de bienes y servicios promueven su orientación a garantizar el buen vivir, los derechos humanos y la solidaridad; a priorizar el interés general sobre el particular; a garantizar la distribución equitativa y solidaria del presupuesto para la ejecución de las políticas públicas, así como la participación social.

Las garantías jurisdiccionales, constituyen el mecanismo más directo para la exigibilidad de derechos ante los órganos de justicia; serán sencillas, rápidas, y eficaces. La nueva Constitución prevé las siguientes garantías jurisdiccionales:

- Acción de protección
- Acción de habeas corpus
- Acción de acceso a la información pública
- Acción de habeas data
- Acción por incumplimiento
- Acción extraordinaria de protección

Artículos: Del 84 al 94

7.2. La Institucionalidad: La Rectoría en Política Pública.

Hay un valioso tratamiento sobre el tema de *institucionalidad* para garantizar los derechos de las personas en movilidad. Para comenzar, la Constitución establece en el Título sobre el Régimen del Buen Vivir, que el Estado velará por los derechos de las personas en movilidad humana y ejercerá la rectoría en política migratoria a través del órgano competente en coordinación con los distintos niveles de gobierno. El Estado diseñará, adoptará, ejecutará y evaluará políticas, planes, programas y proyectos, y coordinará la acción de sus organismos con la de otros Estados y organizaciones de la sociedad civil que trabajen en movilidad humana a nivel nacional e internacional.

Este es el punto de partida para promover el desarrollo de políticas sobre los diversos ámbitos de la movilidad, el espíritu constituyente fue y es – lo digo por haber sido parte de la redacción de la norma – el garantizar que exista un

órgano del Estado, dígase Ministerio que entre sus responsabilidades recaiga la rectoría en las Políticas de Movilidad, y que la ejecución de dichas políticas a través de planes, programas, institucionalidad y recursos fiscales podría dividirse entre algunas instancias del Estado central; a partir de las cuales se implemente de manera coordinada con otros niveles de gobierno, instituciones del Estado y organizaciones de la sociedad civil incluso en el exterior; esperemos que se recoja el espíritu constituyente en la construcción de la institucionalidad en la materia.

Artículo 392

7.3. Los Consejos Nacionales de Igualdad.

En concordancia con lo anterior en el Título sobre participación y organización del poder, se instituyen los Consejos Nacionales de Igualdad como órganos responsables de asegurar la plena vigencia y el ejercicio de los derechos consagrados en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos. Los consejos ejercerán atribuciones en la formulación, transversalización, observancia, seguimiento y evaluación de las políticas públicas relacionadas con las temáticas de género, étnicas, generacionales, interculturales, y de discapacidades y movilidad humana. Para el cumplimiento de sus fines se coordinarán con las entidades rectoras y ejecutoras y con los organismos especializados en la protección de derechos en todos los niveles de gobierno.

Artículos 156, 157

7.4. Sistema nacional de inclusión y equidad social.

Se establece también, en el Título sobre el Régimen del Buen vivir, el sistema nacional de inclusión y equidad social como el conjunto articulado y coordinado de sistemas, instituciones, políticas, normas, programas y servicios que aseguran el ejercicio, garantía y exigibilidad de los derechos reconocidos en la Constitución y el cumplimiento de los objetivos del régimen de desarrollo. El sistema se compone de los ámbitos de la educación, salud, seguridad social, gestión de riesgos, cultura física y deporte, hábitat y vivienda, cultura, comunicación e información, disfrute del tiempo libre, ciencia y tecnología, *población*, seguridad humana y transporte.

Artículo 340

7.5. Consejo de Participación Ciudadana y Control Social.

El Título relativo a la participación y organización del poder, destaca la presencia del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social; encargado de promover e incentivar el ejercicio de los derechos relativos a la participación ciudadana; impulsar y establecer mecanismos de control social en los asuntos de interés público; y designar a la primera autoridad de la Defensoría del Pueblo, Defensoría Pública, Fiscalía General del Estado y Contraloría General del Estado; además designará a los miembros del Consejo Nacional Electoral, Tribunal Contencioso Electoral y Consejo de la Judicatura.

El Consejo de Participación Ciudadana y Control Social escogerá a quien obtenga la mejor puntuación en el respectivo concurso e informará a la Asamblea para la posesión respectiva; para el efecto, se garantizará condiciones de equidad y paridad entre mujeres y hombres, así como igualdad de condiciones para la participación de las ecuatorianas y ecuatorianos en el exterior.

Artículos 207(10) y 11, 210(3)

7.6. La Defensoría del Pueblo.

La Defensoría del Pueblo, por disposición Constitucional, está ubicada dentro de la Función de Transparencia y Control Social, cuyo mandato central conforme lo determina el artículo 204 inciso segundo, está dirigido a promover e impulsar el control de las entidades y organismos del sector público, y de las personas naturales o jurídicas del sector privado que presten servicios públicos o desarrollen actividades de interés público. A esta función la denominaremos de vigilancia.

Pero por otra parte, el artículo 215 de la Constitución, manda a la Defensoría del Pueblo a velar por la protección y tutela de los derechos de los habitantes del Ecuador y la defensa de los derechos de las ecuatorianas y ecuatorianos que estén fuera del país. A esta función la denominaremos de exigibilidad de derechos humanos.

En consecuencia, la Defensoría del Pueblo, a través de la Comisión Nacional para la Protección de Personas en Movilidad, tiene como misión "garantizar la exigibilidad, ejercicio y goce de los derechos humanos de las personas en movilidad cualquiera sea su condición migratoria y controlar que las acciones u omisiones de las entidades y organismos del sector público ecuatoriano dentro y fuera del país, respeten y garanticen los derechos humanos de las personas, los pueblos y las nacionalidades en movilidad".

Esta misión constitucional provoca un conjunto de retos y desafíos a la Defensoría del Pueblo, ubicaré los dos ámbitos estratégicos en los cuales se incorporan dichos retos y desafíos:

1. Interponer acciones de exigibilidad de derechos humanos de oficio o a petición de parte. Sea a través de peticiones defensoriales, el patrocinio de acciones de garantía constitucional, la emisión de medidas de cumplimiento inmediato y obligatorio para la protección de los derechos humanos, la vigilancia del debido proceso legal en sede judicial o administrativa y el patrocinio de acciones ante el sistema regional y universal de derechos humanos.
2. Vigilar de manera ética, independiente y propositiva a la administración pública para observar sus acciones u omisiones contrarias a los derechos humanos de las personas, pueblos y nacionalidades en movilidad. Para ello podrá recomendar y formular políticas públicas, proponer iniciativas o reformas normativas y realizará el seguimiento del cumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado de cara a los tratados de derechos humanos.

Artículos 204, 214 y 215

8. Las relaciones internacionales y la integración latinoamericana.

Conforme al mandato constitucional el Estado central tendrá las competencias exclusivas sobre "las relaciones internacionales", el "registro de personas, nacionalización de extranjeros y control migratorio"; en consecuencia es a través de las instancias ministeriales correspondientes por las cuales se expresa la política internacional del país, las encargadas de velar por los derechos de las ecuatorianas y ecuatorianos y sus familias en el exterior; mientras que son las instituciones del poder ejecutivo a las que se asigne competencias dentro del país las que ejecutarán las políticas de extranjería y control migratorio.

El Título relativo a las Relaciones Internacionales y la Integración latinoamericana, constituye una propuesta paradigmáticamente diferente de cara al mundo y a la región de América Latina. Ecuador proclama ante la comunidad internacional que reconoce los derechos de los distintos pueblos que coexisten dentro de los Estados, a promover mecanismos que expresen, preserven y protejan el carácter diverso de sus sociedades; rechaza el racismo, la xenofobia

y toda forma de discriminación; propugna el principio de ciudadanía universal, la libre movilidad de todos los habitantes del planeta, y el progresivo fin de la condición de extranjero como elemento transformador de las relaciones desiguales entre los países, especialmente en las relaciones Norte-Sur y exige el respeto de los derechos humanos, en particular de los derechos de las personas migrantes.

En el marco de la Integración, en especial con los países de Latinoamérica y el Caribe, reconoce que será un objetivo estratégico del Estado; fortalecer la armonización de las legislaciones nacionales con énfasis en los derechos y regímenes laboral, migratorio, fronterizo, ambiental, social, educativo, cultural y de salud pública; promover la creación de la ciudadanía latinoamericana y caribeña; la libre circulación de las personas en la región; la implementación de políticas que garanticen los derechos humanos de las poblaciones de frontera y de los refugiados; y la protección común de los latinoamericanos y caribeños en los países de tránsito y destino emigratorio.

Artículos 261, 416 y 423

Queda un largo camino por recorrer, para incorporar las normas y los principios constitucionales o del derecho internacional en materia de movilidad humana, no solo en la legislación interna, sino en la construcción de institucionalidad y políticas públicas que promuevan y garanticen el ejercicio y goce de los derechos humanos de esta población.

Un primer paso, es la elaboración de la Ley Integral de Movilidad Humana, pero a la par es necesario seguir promoviendo procesos de articulación institucional y social que den respuesta de manera permanente a las demandas y vigencia de derechos de las ecuatorianas y ecuatorianos en el exterior y sus familias, a las personas inmigrantes, refugiadas, desplazadas, tratadas o traficadas y sus familias; este es un ejercicio constante que pone a prueba la coherencia frente a los principios consagrados en la Constitución y las prácticas cotidianas y hasta en la propia conducción política del Estado.

Deberemos insistir tercamente en el país que queremos:

"Queremos un país en el que la dignidad de todas las personas sea respetada sin importar su lugar de origen o procedencia. Un país que por ello, exija el mismo respeto a la dignidad de los ecuatorianos y ecuatorianas en otras tierras."¹⁶

9. Bibliografía.

- Gina, Benavides, *Informe Alternativo al Comité de Naciones Unidas vigilante del cumplimiento de la Convención Internacional para la Protección de los Derechos de Todos los Derechos de los Trabajadores Migratorios y sus Familiares*, Quito, Coalición Interinstitucional para el Seguimiento y Difusión de la Convención Internacional para la Protección de los Derechos de Todos los Derechos de los Trabajadores Migratorios y sus Familiares, 2007.
- Asamblea Constituyente, *Informes de las Mesas de Trabajo*, Montecristi, 2008, disponibles en www.asambleaconstituyente.gov.ec.
- ———, *Informes de trabajo de la Mesa 9 de Soberanía, Relaciones Internacionales e Integración Latinoamericana*, Montecristi, 2008.
- ———, *Resolución de la Asamblea Constituyente, contra la Directiva de Retorno Europeo*, Montecristi, 25 de junio de 2008.

Normativa

- Código de la Niñez Adolescencia.
- Código del Trabajo.
- Código Penal.
- Ley de Documentos de Viaje.
- Ley de Elecciones.
- Ley de Extradición.
- Ley de Extranjería.
- Ley de Hidrocarburos.
- Ley de la Defensoría del Pueblo.
- Ley de Migración.
- Ley de Naturalización.
- Ley Orgánica del Servicio Exterior.
- Ley de Seguridad Nacional.
- Reglamento a la Ley de Elecciones.
- Reglamento a la Ley de Extranjería.

¹⁶ Asamblea Constituyente, *Informe de trabajo de la Mesa 9 de Soberanía, Relaciones Internacionales e Integración Latinoamericana*, Montecristi, 2008.

- Reglamento a la Ley de Migración.
- Reglamento a la Ley de Servicios Consulares.
- Reglamento para la Aplicación del Estatuto de los Refugiados.

Convenios Internacionales

- Convención Internacional para la Protección de los Trabajadores Migratorios y sus Familias.
- Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados.
- Convención sobre el Estatuto de los Apátridas.
- Convención sobre Condiciones de los Extranjeros.
- Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional.
- Convención Interamericana sobre Cumplimiento de Medidas Consulares.
- Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores.
- Convención sobre Obtención de Alimentos en el Extranjero.
- Convenio de la Represión a la Trata de Personas y Explotación de la Prostitución.
- Convenio de La Haya sobre Aspectos Civiles del Plagio Internacional de Menores.
- Convenio de Estrasburgo sobre Traslado de Personas Condenadas.
- Protocolo contra la Delincuencia Organizada Transnacional.
- Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire.

El Refugio en la Nueva Constitución: Principios y Condiciones de Aplicación

Efrén Guerrero Salgado

SUMARIO

1. Introducción. 2. Refugio y Asilo en Ecuador. 2.1. La Convención de Ginebra. 2.2. La Convención de Cartagena. 3. Contextos Sociales: Los Refugiados en Ecuador. 3.1. Las Personas Solicitantes de Refugio Colombianas. 3.2. Las Personas Solicitantes de Refugio Peruanas. 4. La Constitución de 2008 y los Principios Aplicables al Refugio. 5. Conclusiones. 6. Bibliografía

1. Introducción.

En los últimos diez años de la historia de nuestro país, el movimiento de personas ha crecido hasta ser considerado prioritario en las agendas gubernamentales y esenciales en la construcción de políticas públicas. Desgraciadamente, la forma en que se ha tratado el tema en el plano jurídico se ha limitado a la institucionalidad administrativa del Estado y no ha sido definida en el plano de la protección de los derechos fundamentales de las personas.

Este tipo de inobservancias resulta perturbador en el Ecuador que tiene características muy particulares en el plano de la movilidad humana. Hay que tener presente que el país no es solo un territorio que produce flujos migratorios, sino que recibe una gran cantidad de personas, de distintos orígenes, que esperan la protección estatal de parte de Estado ecuatoriano para precautelar su vida, seguridad y ejercicio de sus libertades fundamentales.

El presente artículo pretende ser una aproximación teórica a la situación actual de los refugiados ecuatorianos y a las ventajas y retos que tienen las personas solicitantes de refugio y refugiadas en el marco del nuevo ordenamiento constitucional. Para esto, se hace un análisis del término "movilidad humana" que agrupa una serie de temáticas, que incluyen al refugio, y que, por su importancia, tienen una interrelación que debe conocerse y normarse por el Derecho; se hará un breve análisis del estado de las instituciones jurídicas del refugio y el asilo en el

Ecuador; y, finalmente se lo contrastará con los principios que se extraen del texto aprobado por la Asamblea Constituyente de Montecristi.

Con este análisis se busca concluir el valor práctico de las nuevas disposiciones legales, y demostrar la utilidad para los operadores de justicia (abogados, solicitantes de asilo y refugio, funcionarios gubernamentales) con el fin de *crear condiciones de democracia sustancial* a través de las acciones de protección de los derechos de las personas¹, y de generar condiciones de garantía de derechos que no obliguen al eterno dilema de la reconfiguración jurídica sin garantía práctica²; cosa que, hasta el momento, es la mayor deuda del Sistema Jurídico Ecuatoriano frente a sus ciudadanos.

Al analizar en conjunto las leyes que rigen los diferentes actos y negocios jurídicos que intervienen en el hecho migratorio³, todas las leyes hacen definiciones basadas en la visión de la persona como un ente que *cruza fronteras*, agotando la definición en la actividad de la persona dentro de los procesos administrativos, y no como un sujeto de derechos. Simplemente se especifican las características del individuo dentro del sistema legal, no se establecen disposiciones protectoras para el ser humano, y no suponen la idea de movimiento sino de límites y restricciones.

Es más, el marco legal no explicita las normas en casos de trabajadores migratorios y emigrantes nacionales. Estos dos grupos encarnan la primera categoría, los *emigrantes*. Un segundo grupo debe incluir a quienes llegan a un lugar, los *inmigrantes*, y un tercero, son aquellos quienes su voluntad se ve viciada en el momento de iniciar un proceso de movilidad, los *refugiados*, y los *desplazados internos*. Todas estas situaciones (emigración, inmigración, refugio y desplazamiento forzado) pueden y deben ser agrupados en una temática legal común, que pueda facilitar la protección estatal y el conocimiento de la norma. A esta agrupación la hemos llamado *movilidad humana*.

¹ Luigi, Ferrajoli, *Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales*, Madrid, Editorial Trotta, Madrid, España, 2001, pp. 19-24.

² Véase, Norberto Bobbio, *El Problema de la Guerra y la Vía de la Paz*, Barcelona, Editorial Gedisa, 2001, p. 128.

³ Al menos 6 leyes tratan el tema de manera directa (Ley de Migración y su Reglamento, Ley de Extranjería y su Reglamento; Reglamento para la Aplicación del Estatuto de los Refugiados; Ley de Extradición; Ley de Naturalización; Ley de Documentos de Viaje) y 14 leyes tratan el tema de manera indirecta.

Estos procesos incluyen actualmente a millones de personas⁴. Su situación no sólo incluye los temas legal y de administración estatal en fronteras, sino también otras situaciones que deben tomarse en cuenta como el desarraigo de tantos seres humanos, la separación o desagregación familiar, arbitrariedades y humillaciones, pérdida del idioma materno y de las raíces culturales, choque cultural y sentimiento permanente de injusticia⁵. Como es evidente, una concepción del estado moderno, no puede abstraerse de estas realidades.

2. Refugio y Asilo, en el Ecuador.

Nuestro sistema legal tiene un doble standard de protección para las personas solicitantes de refugio y refugiadas, basado en la adopción de compromisos internacionales a través del tiempo. Como se explicará más adelante, esto responde a la situación especial del Ecuador y de la historia reciente de Latinoamérica. Para poder explicar el tema analizaremos por separado las definiciones que constan en los dos instrumentos más importantes en relación a la protección de refugiados en el Ecuador: la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados y la Declaración de Cartagena.

2.1. La Convención de Ginebra.

De acuerdo con el art. 1 de la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados, un refugiado es una persona que:

"debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un determinado grupo social u opiniones

⁴ Según la Organización Internacional para las Migraciones (O.I.M.), de 1965 a 2000 el total de migrantes en el mundo se duplicó, elevándose de 75 millones a 175 millones de personas; y las proyecciones para el futuro son en el sentido de que este total aumentará aún mucho más en los próximos años; I.O.M., *World Migration 2003 - Managing Migration: Challenges and Responses for People on the Move*, Geneva, I.O.M., 2003, pp. 4-5; y cfr. también, en general, P. Stalker, *Workers without Frontiers*, Geneva/London, International Labour Organization (I.L.O.)/L. Rienner Publs., 2000, pp. 26-33.

⁵ Como advertía Simone Weil ya a mediados del siglo XX, "estar arraigado es tal vez la necesidad más importante y menos reconocida del alma humana. Es una de las más difíciles de definir"; Simones Weil, *The Need for Roots*, London/N.Y., Editorial Routledge, 1952, p. 41; y cfr.. también las ponderaciones de Hannah Arendt, *La tradición cachée*, Paris, Editorial Ch. Bourgois, 1987, pp. 58-59 y 125-127.

políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de su país; o que careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores no quiera regresar a él."

En la definición de refugiado de la Convención de 1951 se encuentran las palabras *temor fundado* a una persecución. Es decir, se debe determinar si el solicitante ha sufrido una persecución, y/o si existen elementos suficientes para determinar que el solicitante de refugio huye porque existe un riesgo de persecución, lo que implica evaluar la credibilidad del testimonio del solicitante.⁶ Al evaluarla, el examinador estatal deberá tener en cuenta elementos tales como la razonabilidad de los hechos alegados, la consistencia general y coherencia de la historia del solicitante, la evidencia complementaria aportada por el solicitante en apoyo de sus declaraciones, la consistencia con acontecimientos de conocimiento público y la situación del país de origen. La credibilidad se establece cuando el solicitante ha presentado una solicitud coherente y verosímil, que no contradice hechos de conocimiento público y que por lo tanto, en su conjunto, puede resultar creíble⁷; además que, de acuerdo con la Convención de 1951, una persona es un refugiado tan pronto como reúne los requisitos enunciados en la definición, lo que necesariamente ocurre antes de que se determine formalmente su condición de refugiado. Así pues, el reconocimiento de la condición de refugiado de una persona no tiene carácter constitutivo, sino declarativo; y en conclusión no adquiere la condición de refugiado en virtud del reconocimiento, sino que se le reconoce tal condición por el hecho de ser refugiado⁸.

Por otro lado, debe probarse que un solicitante de refugio es víctima de

⁶ Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, *Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*, 1988, párr. 41-45.

⁷ Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, *Nota sobre la Carga y el Mérito de la Prueba en las Solicitudes de Asilo*, Ginebra, 16 de diciembre de 1998, p. 3, párr. 11. Disponible desde Internet en www.acnur.org/biblioteca/pdf/1906.pdf, con acceso el 21 de abril de 2008.

⁸ Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, *Manual de Procedimientos y Criterios Para Determinar La Condición de Refugiado en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*, 1 de diciembre de 1992, parr. 28. Disponible en: <http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/refworld/rwmain?docid=3ae6b33e4>, con acceso el 26 de diciembre de 2007.

una persecución. Para efectos de técnica jurídica, se la define como una violación sería a los DD.HH.⁹. Si bien toda violación a los DD.HH. es trascendente para que se pueda considerar que existe una persecución, esa violación debe además afectar la dignidad humana¹⁰. La presencia de una persecución no es necesaria *per se*, sino que pueden, de probarse de manera adecuada, otorgarse la condición a una persona expresa temor a una situación que entraña un riesgo de persecución.¹¹ Por ejemplo, una persona que sea de una religión que resulte "peligrosa" para un gobierno y si, además, tiene indicios claros que conocidos suyos que practican la misma religión han sido perseguidos, en ese caso hay un riesgo probable de sufrir algún tipo de peligro.

Una vez que se halla la evidencia de un temor fundado a una real o probable persecución, se debe analizar si esa situación se adapta a una de las causas establecidas en la definición de 1951. Estas causas deben ser interpretadas de manera global, con un enfoque progresista y garantista¹².

En resumen, las causas para determinar que un temor fundado de persecución sea relevante para la Convención de Ginebra, son las siguientes:

- **Raza.**

Que debe entenderse de manera amplia, no sólo en relación a una "raza" determinada, sino a la persecución debido a la pertenencia a una etnia o nacionalidad indígena¹³.

⁹ Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, *Manual de Procedimientos y criterios para Determinar la Condición de Refugiado en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*, párr. 51.

¹⁰ High Court of Australia, Sentencia de 24 de agosto de 2001, caso *Kord v. Minister for Immigration and Multicultural Affairs*. [2001] FCA 1163. , Párr. 20. Disponible en Internet en: <http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/refworld/rwmain?docid=403b0d8d4> , con acceso el 3 de abril de 2008.

¹¹ Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, *Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*, párr 68.

¹² Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, *Interpretación del Artículo 1 De la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados*, Ginebra, Editorial ACNUR, párr. 7.

¹³ Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, *Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*, párr 70

- **Religión.**

En cuanto a esta definición, la persecución debe demostrar que la práctica del culto de la persona es contraria a las creencias y planes de sus perseguidores, y que el ejercicio de su libertad religiosa pueda llevar a una amenaza real contra su vida

- **Nacionalidad.**

Inicialmente, el término nacionalidad, se analizaba en función de un contexto de guerra internacional, donde hay dos naciones enfrentadas, y había posibles víctimas de dos naciones. Con la evolución de la doctrina y la aparición de otros tipos de conflictos, el significado de nacionalidad está relacionado, al menos en las interpretaciones actuales del concepto, a la pertenencia a un grupo étnico¹⁴.

- **Opiniones políticas.**

En este caso, existen dos tipos de opiniones políticas. Pueden ser opiniones directas (cuándo la persona ejerce actividades políticas) o imputadas, cuando se refiere a que el grupo perseguidor tiene la impresión de que ciertas actividades de una persona pueden ser calificadas como una opción política. Este caso es muy común en las historias de vida de ciudadanos colombianos, quienes son considerados como opositores por parte de algún grupo armado actor del conflicto interno, y por consecuencia, perseguidos¹⁵.

¹⁴ Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, *Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*, párrafos 74 a 76 y párrafo 89. Véase también Guy Goodwin-Gill y Jane McAdam, *The Refugee in International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2007, 3a. ed., Sección 4.2.3 (p. 45).

¹⁵ "En el contexto de la situación en extremo polarizada y de estigmatización política en Colombia, los grupos armados irregulares definen como blanco a cualquiera que consideren que apoya a un grupo contrario, independientemente de si su colaboración es real o imputada, forzada o voluntaria. En las áreas controladas por uno de los grupos armados irregulares, con frecuencia los civiles se ven obligados a apoyar a ese grupo para evitar la persecución. Con frecuencia, el simple lugar de residencia es suficiente

• **Pertenencia a un determinado grupo social.**

Respecto a este punto, se debe tener en cuenta que la definición de un "grupo social" es la más complicada de tratar por la Convención, pues escapa al Derecho, y entra en los campos de la antropología y la sociología¹⁶. La opinión más común respecto a este tema es definir un "grupo social" a través de dos teorías. La primera, analiza las "características protegidas" que debe tener un grupo, teniendo en cuenta: (1) una característica innata, inmutable de ese grupo; (2) Una condición temporal o voluntaria ocurrida en el pasado y que es inmutable debido a su vigencia histórica, o (3) Una característica o asociación tan fundamental para la dignidad humana que nadie debería estar en la obligación de renunciar a esta.¹⁷ El segundo elemento a analizar es la "percepción social" que el resto de la sociedad tiene con respecto a los integrantes de un grupo social, cosa que genera consecuencias de hecho y jurídicas que los agrupan como unidad.¹⁸

El ACNUR ha planteado una interpretación progresista al respecto, en el sentido de que los factores que deben identificar al grupo son una combinación de las teorías anteriormente esbozadas. Por ejemplo, una pareja con una opción sexual alternativa, en un pueblo pequeño, con un gran control social, puede ser calificada como un grupo social, por sus características de vivencia, y la percepción social que de ellos tiene su entorno social más cercano.

para levantar sospechas de un bando o del otro de los actores armados.". (Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados, *Consideraciones sobre la protección internacional de los solicitantes de asilo y los refugiados colombianos*, documento de 1 marzo de 2005. Disponible desde Internet en: <http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/refworld/rwmain?docid=42fb0a982> con acceso el 27 de agosto de 2008.

¹⁶ Cfr. "Pertenencia a determinado grupo social" Documento de la Mesa Redonda de Expertos en San Remo (6-8 de septiembre de 2001), organizada por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para Refugiados (ACNUR) y el Instituto Internacional sobre Derecho Humanitario, párr. 1. Disponible desde Internet en <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/01154.pdf> , con acceso el 27 de agosto de 2008.)

¹⁷ UN High Commissioner for Refugees, *Directrices sobre la protección internacional: "Pertenencia a un determinado grupo social" en el contexto del Artículo 1A (2) de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y/o su Protocolo de 1967*. 7 de mayo de 2002, parr. 6. Disponible en: <http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/refworld/rwmain?docid=3ae6b33e4> , con acceso el 26 de diciembre de 2007.

¹⁸ *Ibidem*, párr. 7

Un último elemento de esta definición es que debe haber elementos que demuestren que el Estado no puede o no desea proteger a la persona, respecto a la situación de la que es objeto¹⁹. Esto debe tenerse en cuenta en el caso de que el agente de protección no sea estatal, como es las situaciones de solicitantes de refugio colombianos, donde hay una persecución de agentes no estatales.

2.2. La Convención de Cartagena.

El segundo cuerpo legal que establece los elementos de una definición de refugiados, en el caso latinoamericano, es la Declaración de Cartagena (Adoptado por el "Coloquio Sobre la Protección Internacional de los Refugiados en América Central, México y Panamá: Problemas Jurídicos y Humanitarios", celebrado en **Cartagena**, Colombia, del 19 al 22 de noviembre de 1984). Este cuerpo legal, responde a una necesidad particular que vivía Centroamérica, relacionada con los éxodos masivos que aquejaban a cientos de miles de personas, en el marco de las guerras civiles de los años 70. En esta declaración se hace una ampliación de la definición de refugiado, al incluir a aquellos que han huido de sus países debido a que "su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público".

La definición contenida en la declaración de Cartagena, gracias a su valor jurídico propio, contempla dos factores: la situación objetiva existente – comprobada mediante la información de país de origen - y la situación particular del individuo o grupo de personas que buscan protección y asistencia como refugiados.²⁰ Esta definición requiere que el Estado que reciba a una persona o grupo de personas analice que exista una amenaza a la vida, seguridad o libertad y, por el otro, que dicha amenaza sea el resultado de uno de los cinco elementos enumerados en la definición. Cada uno de ellos tiene como método de control

¹⁹ Walter Kalin, *Non-State Agents of Persecution and the Inability of the State to Protect*, presentado en la Conferencia del International Association of Refugee Law judges, en Berna, Suiza, en octubre de 2000, Sección 2.2.2.

²⁰ *Conferencia internacional sobre refugiados centroamericanos (CIREFCA), Principios y criterios para la protección y asistencia a los refugiados, repatriados y desplazados Centroamericanos en América Latina*, Ciudad de Guatemala, 39-31 de mayo de 1989., párr. 26. Disponible desde Internet en <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/1582.pdf>, con acceso el 27 de agosto de 2008.

los estándares establecidos en la práctica internacional, con una perspectiva *pro homine*, para que las normas mejoren la condición del individuo.²¹

Esta definición amplia, lejos de introducir todos los casos de refugio en un solo método de asignación de una condición legal migratoria, es un medio para resolver de manera pragmática los problemas de los países latinoamericanos, en donde los procesos de reconocimiento del status de refugiado, no son judiciales, sino que responden a procesos administrativos, limitados por tiempo y recursos.²²

La legislación ecuatoriana establece un sistema de aplicación directa de las normas internacionales en el sistema interno. Por tanto, el sistema de protección de refugiados no solo incluye a la legislación nacional, sino a los tratados internacionales, puesto que la ley interna tiene que estar supeditada al Derecho Internacional de Derechos Humanos.²³

3. Contextos Sociales: Los Refugiados en Ecuador.

El situación de los refugiados en el Ecuador es de gravedad, ya que Ecuador es el país que más refugiados acoge en el hemisferio occidental y es una crisis invisibilizada fuera de las fronteras ecuatorianas, dado que no es un contingente de grandes proporciones, considerando las movilizaciones de personas que

²¹ "Es un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los DD.HH., en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos (...). Este principio coincide con el rasgo fundamental del derecho de los DD.HH., esto es, estar siempre a favor del hombre" Mónica Pinto, *El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los Derechos Humanos.* en *La aplicación de los tratados sobre Derechos Humanos. por los tribunales locales*, Buenos Aires, Centro de Estudios Legales y Sociales, 1997, p.163, citado por Humberto Henderson, *Los tratados internacionales de Derechos Humanos en el orden interno: la importancia del principio pro homine*, en *Revista del Instituto Interamericano de DD.HH.*, Vol. 39, Enero-Junio 2004, p.84. Disponible en http://www.iidh.ed.cr/BibliotecaWeb/PaginaExterna.aspx?url=/BibliotecaWeb/Varios/Documentos/BD_157895943/Revista%20IIDH%2039.pdf con acceso el 18 de marzo de 2009.

²² Eduardo Arboleda, "La Declaración de Cartagena de 1984 y sus Semejanzas con la Convención de la Organización de la Unidad Africana de 1969, Una Perspectiva Comparativa", en ACNUR, *Derecho Internacional de Refugiados*, Lima, Instituto de Estudios Internacionales de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2001, pp. 87-88.

²³ Hans Kelsen, *The Law of the United Nations. A Critical Analysis of Its Fundamental Problems*. Nueva York, The Lawbook Exchange, 1950, 1a. ed., p. 280 y ss.

reciben protección internacional alrededor del Mundo. Actualmente, en el Ecuador residen alrededor de 11,492 personas reconocidas como refugiadas, y 36,665 como solicitantes de refugio en trámite²⁴, de un total de 250,000 personas en necesidad de protección internacional.²⁵ En la actualidad, la tasa de reconocimiento de solicitantes (el porcentaje de casos aceptados), asciende al 47 % (tasa anual promedio desde el año 2000), cosa que constituye un porcentaje alto de aceptación, al comparar con otros países.²⁶

3.1. Las Personas Solicitantes de Refugio Colombianas.

La mayor parte de solicitantes de refugio, expulsadas por el conflicto político militar que vive Colombia, provienen de zonas del centro-sur de ese país (Valle del Cauca, Quindío, Antioquia, Putumayo o Nariño, Cundinamarca y Meta), y se asientan en su mayoría en la capital del país, Quito.²⁷ El desconocimiento de la población, unido a los imaginarios negativos, ha generado una creciente discriminación en la ciudad, lo que dificulta a los solicitantes y refugiados el ejercicio de sus derechos.²⁸

El conflicto interno colombiano tiene profundas bases sociales y políticas, data de hace más de cincuenta años y en él participan distintos actores armados: guerrillas, grupos paramilitares y las fuerzas regulares del Estado colombiano.

Entre las guerrillas que existen en la actualidad se encuentran las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia - Ejército del Pueblo (FARC-EP) y el Ejército de Liberación Nacional (ELN). Las FARC-EP es el grupo más importante, con presencia en 24 de los 32 departamentos de Colombia. El segundo grupo armado presente en el conflicto colombiano son los grupos paramilitares; de éstos, el grupo más importante es el de la Autodefensas Unidas de Colombia (AUC). En cuanto a las fuerzas regulares, existe abundante literatura

²⁴ Información extraída del sitio web de ACNUR, <http://www.acnur.org/americas/>, con acceso el 18 de marzo de 2009.

²⁵ Número estimado a partir de información poblacional del Instituto Ecuatoriano de Estadísticas y censos, INEC, www.inec.gov.ec, con acceso el 18 de marzo de 2009.

²⁶ P. ej., España denegó la protección internacional a más del 90% de los solicitantes de asilo. Apenas 204 personas obtuvieron el estatuto de refugiado y 340, la protección complementaria. (Comisión Española de ayuda al Refugiado, *La situación de los refugiados en España, INFORME 2008*, Madrid, Editorial Entiemma, 2008, p. 82.

²⁷ Municipio del Distrito Metropolitano de Quito, *Plan Distrital de Migraciones*, Quito, Editorial Publiasesores, 2007, p. 19.

²⁸ Municipio del Distrito Metropolitano de Quito, *ibíd.*, p. 20.

que denuncia la promoción, colaboración, apoyo y tolerancia por parte del ejército colombiano a grupos paramilitares, tratándolos como una fuerza aliada y compatible con sus tropas.²⁹

Tras la asunción del mando del Presidente Álvaro Uribe Vélez, en agosto de 2002, algunos líderes de las AUC hicieron pública su intención de negociar términos para la desmovilización de sus fuerzas y, el 1° de diciembre de 2002, declararon un cese unilateral de hostilidades. En los meses que siguieron, representantes del Gobierno iniciaron contactos con miembros de las AUC y, el 15 de julio de 2003 se llegó a un acuerdo preliminar mediante el cual se fijaron metas de desmovilización para el 31 de diciembre de 2005, basadas en la Ley de Justicia y Paz.³⁰ Este proceso ha sido calificado como irregular por varias fuentes, que expresan que no ha sucedido mayor descenso en la violencia paramilitar,³¹ y que, por el contrario, ha hecho posible el apareamiento de grupos delincuenciales que comparte la técnica y mandos paramilitares.³²

²⁹ Cfr. Human Rights Watch, *La "Sexta División" Relaciones militares-paramilitares y la política estadounidense en Colombia*. Disponible en internet en http://www.hrw.org/spanish/informes/2001/sexta_division2.html#P343_58209 . con acceso el 25 de septiembre de 2008.

³⁰ Ley 782 de 2002, (diciembre 23) por medio de la cual se proroga la vigencia de la Ley 418 de 1997, prorrogada y modificada por la Ley 548 de 1990 y se modifican algunas de sus disposiciones, Diario Oficial N° 45043, 23 de diciembre de 2002, página 1. En enero de 2003 el Gobierno adoptó el Decreto 128, mediante el cual se reglamentó la ley 418 de 1997, prorrogada y modificada por la Ley 548 de 1999 y la Ley 782 de 2002, en materia de reincorporación a la vida civil. El Decreto 128 regula los beneficios de tipo jurídico, socioeconómico, educativo, económicos, etc., derivados de la reincorporación a la vida civil como consecuencia del proceso de desmovilización. Asimismo, el Decreto hace referencia a la protección y atención de los menores de edad desvinculados estableciendo, entre otras previsiones, que de conformidad con la Constitución, la ley y los tratados internacionales se encuentra prohibida cualquier forma de utilización de los menores en actividades de inteligencia. Por otra parte, establece las funciones del Comité Operativo para la Dejación de las Armas (CODA), el cual tiene el rol de evaluar la voluntad del desmovilizado de reincorporarse a la vida civil y realizar una valoración de las circunstancias del abandono voluntario de la organización armada, entre otros.

³¹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos Sobre el Proceso de Desmovilización en Colombia*, párrafos 96-97, <http://www.cidh.org/countryrep/Colombia04eng/toc.htm>, consultado el 27 de agosto de 2008.

³² Cfr. International Crisis Group, *Los nuevos grupos armados de Colombia*. Informe sobre América Latina N°20, 10 mayo 2007, http://www.crisisgroup.org/library/documents/latin_america/spanish_and_portuguese/20_colombia_s_new_armed_groups_spanish.pdf, con acceso el 09 de septiembre de 2008.

El conflicto armado en el que se enfrentan estos grupos provoca violaciones a los derechos de la población civil, la que es víctima de abusos por parte de los todos los actores, pues éstos desarrollan prácticas comunes que generan desplazamiento interno y externo. Entre dichas acciones se encuentran el secuestro; el narcotráfico;³³ el asesinato de civiles,³⁴ miembros del gobierno y militares; el uso de munición no convencional;³⁵ tortura; y, ejecuciones extrajudiciales. Estos crímenes generalmente quedan impunes.³⁶

Las actividades cotidianas de la población suelen interpretarse, dependiendo de la dinámica del conflicto en la zona, como a favor o en contra a un determinado grupo armado, lo que genera episodios de persecución, y éstos a su vez llevan al desplazamiento interno en el país, que asciende a 3.000.000 millones de personas, o a que decidan salir del país.

3.2. Las Personas Solicitantes de Refugio Peruanas.

El segundo grupo humano, en cuanto a la cantidad de solicitantes de refugio en el Ecuador, son las personas de nacionalidad peruana. La experiencia de los organismos que se encargan de las labores de asistencia jurídica o humanitaria, muestra que estas personas vienen de zonas determinadas de Perú. (Bambamarca, Chiclayo, Lima, etc), y en su mayoría son personas que sufren de graves carestías económicas. Como se puede imaginar, Perú comparte muchas de las necesidades económicas de Ecuador.

³³ Carlos Medina Gallego, *Autodefensas, paramilitares y narcotráfico en Colombia*, Bogotá, Editorial Documentos Periodísticos, 1990, pp. 142-143 y 170-177.

³⁴ Human Rights Watch, *La "Sexta División": Relaciones Militares-Paramilitares y la Política Estadounidense en Colombia*, New York, Human Rights Watch, 2001; Human Rights Watch, *Los Lazos que Unen: Colombia y Las Relaciones Militares-Paramilitares*, New York, Informe de Human Rights Watch, Vol. 12, No. 1(B), febrero de 2000.

³⁵ Las FARC continuaron usando indiscriminadamente métodos de guerra que violan el principio de la distinción entre civiles y combatientes, incluyendo ataques frecuentes con cilindros de gas convertidos en "artillería". El uso de cilindros de gas provocó la muerte de al menos 117 personas en una iglesia en Bojayá, Chocó, en mayo 2002. Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Informe 2004 de la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de derechos humanos en Colombia* (OACNUDH), anexo II, , E/CN.4/2004/13, párrafo 18.

³⁶ Amnistía Internacional, *Informe 2008, la situación de derechos humanos en el mundo*. Disponible en Internet en: <http://thereport.amnesty.org/esl/regions/americas/colombia>, con acceso el 25 de septiembre de 2008.

Las estadísticas muestran que el 50% de la población se encuentra en pobreza y pobreza extrema, y 3 millones de peruanos se encuentran en el exterior; presionados por los altos índices de desempleo y subempleo³⁷. Esta situación ha sido acentuada por la firma del Acuerdo de Paz, en 1998 y la dolarización de la economía en Ecuador en el año 2000, que ha promovido migración temporal de personas por la atracción de recibir un salario en una moneda "fuerte"; así como la generación de oportunidades de trabajo, por espacios que deja la migración ecuatoriana a España.

En este tipo de casos hay un bajísimo nivel de aceptación, puesto que no hay una evidencia de que existan casos de agentes estatales o no estatales, que generaren persecución. Eso sí, hay casos particulares de que han sido aceptados por el Estado ecuatoriano. En mi opinión, los casos de los solicitantes de refugio peruanos, muestran la existencia de un nuevo tipo de "persecución", que lleva a las personas a salir de sus países, hay que tener en cuenta que el concepto de "amenaza a la vida" está evolucionando en función de una protección a una *vida digna* y la existencia del derecho a que no se generen condiciones que le impidan o dificulten el acceso a una existencia que sea digna.³⁸ En tal razón, es muy posible que seamos testigos de la aparición de una nueva clase de refugiados: seres humanos que son forzados por razones económicas y ambientales a salir de sus países de origen.

4. La Constitución de 2008 y los Principios Aplicables al Refugio.

La constitución ecuatoriana es la primera constitución del mundo que acoge temas relativos a la movilidad humana como parte de sus principios. El refugio está ubicado en el Art. 41, pero debe ser tratado en conjunto con una serie de principios emanados de la constitución, cuyo diseño, en mi opinión, responde a

³⁷ Instituto Nacional de Estadística e Informática del Perú, *Informe Pobreza al 2006*.

³⁸ Cfr., Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Instituto de Reeducación del Menor Vs. Paraguay*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 2 de septiembre de 2004, Serie C No. 112, párr. 156; Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 8 de julio de 2004, Serie C No. 110, párr. 128; Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 25 de noviembre de 2003, Serie C No. 101, párr. 152 y Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala*, Fondo, Sentencia de 19 de noviembre de 1999, Serie C No. 63, párr. 144.

un loable deseo de transversalizar el catálogo de derechos humanos y no encapsularlos en una serie de disposiciones que no respondan a la evolución social, ni a la posible adaptabilidad de la Constitución a nuevos escenarios. Según la nueva norma constitucional:

Art. 41.- Se reconocen los derechos de asilo y refugio, de acuerdo con la ley y los instrumentos internacionales de derechos humanos. Las personas que se encuentren en condición de asilo o refugio gozarán de protección especial que garantice el pleno ejercicio de sus derechos. El Estado respetará y garantizará el principio de no devolución, además de la asistencia humanitaria y jurídica de emergencia.

No se aplicará a las personas solicitantes de asilo o refugio sanciones penales por el hecho de su ingreso o de su permanencia en situación de irregularidad.

El Estado, de manera excepcional y cuando las circunstancias lo ameriten, reconocerá a un colectivo el estatuto de refugiado, de acuerdo con la ley.

Al analizar esta norma podríamos anotar los siguientes puntos relevantes respecto a las consecuencias legales de su existencia en el sistema jurídico tanto a nivel interno como nacional y las posibles ventajas para los solicitantes de refugio y refugiados de la misma:

- Enmarca al refugio como una categoría que se incluye en los procesos de movilidad humana: el art. 40 de la Constitución, uno de los más importantes, a mi entender, establece el *derecho a migrar*, independientemente de la motivación a la misma.³⁹ En este caso, migrar se utiliza en su acepción simple, y el verbo rector de la norma habla en general, con lo que se incluye al refugiado como una persona con una aspiración particular que lo motiva a iniciar procesos de movilidad humana.
- Al visibilizar en la norma constitucional la categoría especial de "refugiado" el Estado asegura que exista una igualdad legal con los ciudadanos ecuatorianos, para que tengan acceso a la afirmación y tutela legal de la propia identidad a partir de los elementos que hacen a cada una de las personas diferentes en la sociedad y, al mismo tiempo, únicos y dignos a través de una *valoración jurídica de las diferencias*.⁴⁰

³⁹ **Art. 40.-** Se reconoce a las personas el derecho a migrar. No se identificará ni se considerará a ningún ser humano como ilegal por su condición migratoria.

⁴⁰ Cfr., Luigi Ferrajoli, *Derecho y Garantías, la Ley del más Débil*, Madrid, Editorial Trotta, 1999, pp. 73-93.

- El Estado cumple sus obligaciones con el Sistema Internacional de los Derechos Humanos reaccionando para responder a las nuevas necesidades de protección, dando bases para la creación de *derecho humano a la asistencia humanitaria*, exigible al Estado.
- Se plantea de manera directa el principio de no devolución. Este concepto, establecido en una serie de instrumentos internacionales⁴¹, indica que ninguna persona puede ser devuelta a un sitio en el que el ejercicio de sus derechos más fundamentales, pueda verse en peligro. Esta norma puede plantear una reforma legal interesante en el Ecuador, pues podría dar una salida legal para plantear una protección por carácter humanitario, como establecen otras legislaciones; figura que no es la de refugiado, pero asegura el ejercicio de derechos de una persona en caso de que en su país de origen exista amenaza contra su vida y seguridad
- El Estado Ecuatoriano se compromete constitucionalmente a ser responsable directo del respeto a los DD.HH. de cualquier persona que resida o permanezca en su territorio, sin importar su nacionalidad, cosa que es tratada por el Comité de DD.HH. de las Naciones Unidas en su Jurisprudencia.⁴²
- Es importante anotar que la norma expresa que "se reconoce" el derecho al refugio; y no se "otorga". Con esto, se concluye que el estatus de refugiado no nace de un reconocimiento estatal, sino de los hechos a los que está expuesto el ser humano. Esto, obliga a acoger a las personas que cumplan con lo establecido en la ley, y no hacer distinciones o limitaciones, basadas en una supuesta política migratoria.
- Uno de los principios recogidos en la Constitución de 2008 es que *no existen seres humanos ilegales, sino prácticas que vulneran los derechos de las personas*. Las migraciones suponen, tanto para las sociedades de origen como para las de acogida, extraordinarias oportunidades para el desarrollo económico y

⁴¹ Art. 3 de la Convención contra la Tortura: "Ningún Estado Parte procederá a la expulsión, devolución o extradición de una persona a otro Estado cuando haya razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometida a tortura". De igual manera lo dicta la Convención de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, al establecer que Art. 33 que "ningún refugiado debe ser obligado a regresar a un territorio donde corre peligro su vida, libertad o integridad física".

⁴² Por ejemplo, se puede analizar las conclusiones del Comité sobre el caso de la población Palestina que reside en los Territorios Ocupados por Israel (*Concluding Observations of the Human Rights Committee: Israel*, 21 Agosto 2003, CCPR/CO/78/ISR (2003) en para. II.)

cultural, que implican beneficios compartidos y realizan progresivamente el ideal de una ciudadanía universal.

- A nivel externo se establece reglas muy claras sobre la aplicabilidad de tratados internacionales. Sus principios de aplicación son los establecidos en el artículo 417 de la Constitución:⁴³

Art. 417.- Los tratados internacionales ratificados por el Ecuador se sujetarán a lo establecido en la Constitución. En el caso de los tratados y otros instrumentos internacionales de derechos humanos se aplicarán los principios pro ser humano, de no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta establecidos en la Constitución.

Además de lo antes anotado, en el caso del refugio hay una serie de elementos de utilidad para la persecución del delito y la protección de las víctimas:

- Obliga a todos los funcionarios públicos a utilizar las normas de protección de DD.HH. a favor del ser humano, como aplicación del principio *pro homine*.⁴⁴
- Se establece una interpretación expansiva de la norma, con el fin de establecer flexibilidad y apertura a los jueces para incluir normas relativas a la protección de refugiados y sus familias, para que el sistema legal este supeditado a la protección de Derechos Humanos internacional.⁴⁵
- Se establece una aplicabilidad directa de la norma internacional por parte de jueces y tribunales, con lo que, si existe una norma más beneficiosa en cuanto a la protección de refugiados, se aplicará lo previsto en ella.

⁴³ Constitución Política del Ecuador, Registro Oficial Nro. 449. Lunes 20 de Octubre del 2008

⁴⁴ "Es un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los DD.HH., en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos (...). Este principio coincide con el rasgo fundamental del derecho de los DD.HH., esto es, estar siempre a favor del hombre" Mónica Pinto, "El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los Derechos Humanos", en *La aplicación de los tratados sobre Derechos Humanos. por los tribunales locales*, Buenos Aires, Editorial Centro de Estudios Legales y Sociales, 1997, p.163, citado por Humberto Henderson, *Los tratados internacionales de Derechos Humanos en el orden interno: la importancia del principio pro homine*, en *Revista del Instituto Interamericano de DD.HH.*, Vol. 39 (Enero-Junio 2004), p.84.

⁴⁵ Hans, Kelsen, *The Law of the United Nations. A Critical Analysis of Its Fundamental Problems*. New York, The Lawbook Exchange, 2000, 2da. ed., pp. 280 y ss.

- El principio de cláusula abierta implica que el reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos no excluye los demás derechos que derivados de la igualdad de las personas y los pueblos, sean necesarios para su pleno desenvolvimiento.

La Constitución establece todo un aparato normativo que puede ser aplicable en el caso de personas solicitantes de refugio o refugiadas. El artículo 11 desarrolla el principio de no discriminación por la condición migratoria de una persona, del cual se irradia al conjunto de derechos que consagra la Constitución; el artículo 42 reconoce el derecho de las personas desplazadas internamente. Además los artículos 9, 21, 19, 35, 38, 45, 46, 57, 61, 62, 63, 66, 67, 69, 76, 77, 83, 102, 104, 105, 106, 281, 329, 338, 371, 374, 389 y 414 establecen principios aplicables en temas de movilidad humana. Finalmente, en los artículos 416 y 423 se establecen principios en materia de relaciones internacionales e integración latinoamericana.

5. Conclusiones.

1.- El Derecho Internacional de los Derechos Humanos carece todavía de medios suficientes para establecer de manera efectiva y uniforme su jurisdicción, en el caso de que los sistemas internos se nieguen a administrar justicia, o su aplicación sea contraria a sus compromisos internacionales. Pero con la llegada de un sistema constitucional que solucione los conflictos entre leyes, se dan las condiciones adecuadas para el ejercicio de Derechos, y una auténtica democracia.

2.- La transposición o reconocimiento de la figura jurídica del refugio en la norma Constitucional ha enriquecido y aumentado las posibilidades de protección de la persona, y ha mejorado el marco jurídico del sistema de DDHH. El comportamiento de los tribunales y organismos de decisión en este sentido, es un objetivo evidente, para animar a los operadores de justicia en ejercicios provechosos e interesantes de aplicación e interpretación de la normativa existente.

3.- La protección de derechos humanos es una rama en constante formación y desarrollo; y se debe encontrar un acercamiento evolutivo y creativo a los instrumentos internacionales, con los principios de la Constitución. A pesar de

las discusiones o interpretaciones que surjan respecto a una figura jurídica, y los procesos de prueba y error que se dan en el mundo jurídico, hay que valorar positivamente, tal como en el caso del refugio, cuando funciona en el mundo real, al visualizar las violaciones de DD.HH. que están sucediendo en un Estado.

4.- Finalmente, el fenómeno de la movilidad humana es portador de un significado trascendente para la *familia humana*. Por esto, es preciso abordarlo en la perspectiva amplia de la cual se reviste. Él no puede ser encuadrado en los límites de la pugna de intereses estrechos entre países o sistemas políticos y económicos.

6. Bibliografía.

Doctrina.

- Arboleda, Eduardo, "La Declaración de Cartagena de 1984 y sus Semejanzas con la Convención de la Organización de la Unidad Africana de 1969, Una Perspectiva Comparativa", en ACNUR, *Derecho Internacional de Refugiados*, Lima, Instituto de Estudios Internacionales de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2001.
- Arendt, Hannah, *La tradición cachée*, Paris, Editorial Ch. Bourgeois, 1987.
- Bobbio, Norberto, *El Problema de la Guerra y la Vía de la Paz*, Barcelona, Editorial Gedisa, 2001.
- Ferrajoli, Luigi, *Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales*, Madrid, Editorial Trotta, Madrid, España, 2001.
- ———, *Derecho y Garantías, la Ley del más Débil*, Madrid, Editorial Trotta, 1999.
- Guy Goodwin-Gill y Jane McAdam, *The Refugee in International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2007, 3a. ed.
- Henderson, Humberto, *Los tratados internacionales de Derechos Humanos en el orden interno: la importancia del principio pro homine*, en Revista del Instituto Interamericano de DD.HH., Vol. 39, Enero-Junio 2004.
- Kalin, Walter, *Non-State Agents of Persecution and the Inability of the State to Protect*, presentado en la Conferencia del International Association of Refugee Law judges, en Berna, Suiza, en octubre de 2000.

- Kelsen, Hans, *The Law of the United Nations. A Critical Analysis of Its Fundamental Problems*. Nueva York, The Lawbook Exchange, 2000, 2da. ed.
- Medina Gallego, Carlos, *Autodefensas, paramilitares y narcotráfico en Colombia*, Bogotá, Editorial Documentos Periodísticos, 1990.
- Pinto, Mónica, "El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los Derechos Humanos", en *La aplicación de los tratados sobre Derechos Humanos. por los tribunales locales*, Buenos Aires, Centro de Estudios Legales y Sociales, 1997.
- Stalker, Peter, *Workers without Frontiers*, Geneva/London, International Labour Organization (I.L.O.)/L. Rienner Pubs., 2000.
- Weil, Simones, *The Need for Roots*, London/N.Y., Editorial Routledge, 1952.

Jurisprudencia.

- High Court of Australia, Sentencia de 24 de agosto de 2001, caso *Kord v. Minister for Immigration and Multicultural Affairs*.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Instituto de Reeduación del Menor Vs. Paraguay*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 2 de septiembre de 2004, Serie C No. 112
- ———, *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 8 de julio de 2004, Serie C No. 110.
- ———, *Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 25 de noviembre de 2003, Serie C No. 101.
- ———, *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala*, Fondo, Sentencia de 19 de noviembre de 1999, Serie C No. 63.

Normativa.

- Convención contra la Tortura.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- Convención de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados.
- Constitución de la República del Ecuador.
- Ley de Migración de la República del Ecuador.
- Reglamento a la Ley de Migración de la República del Ecuador.
- Ley de Extranjería de la República del Ecuador.

- Reglamento a la Ley de Extranjería de la República del Ecuador.
- Reglamento para la Aplicación del Estatuto de los Refugiados de la República del Ecuador.
- Ley de Extradición de la República del Ecuador.
- Ley de Naturalización de la República del Ecuador.
- Ley de Documentos de Viaje de la República del Ecuador.
- Ley 782 de 2002 de la República de Colombia.
- Ley 418 de 1997 de la República de Colombia.
- Ley 548 de 1990 de la República de Colombia.
- Decreto 128 de la República de Colombia.

Documentos de otras Organizaciones Internacionales.

- Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, *Manual de Procedimientos y Criterios Para Determinar La Condición de Refugiado en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*, 1 de diciembre de 1992.
- ———, *Nota sobre la Carga y el Mérito de la Prueba en las Solicitudes de Asilo*, Ginebra, 16 de diciembre de 1998.
- ———, *Interpretación del Artículo 1 De la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados*, Ginebra, Editorial ACNUR.
- ———, *Consideraciones sobre la protección internacional de los solicitantes de asilo y los refugiados colombianos*, documento de 1 marzo de 2005.
- ———, *Directrices sobre la protección internacional: "Pertenencia a un determinado grupo social" en el contexto del Artículo 1A (2) de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y/o su Protocolo de 1967.7*, mayo de 2002.
- Amnistía Internacional, *Informe 2008, la situación de derechos humanos en el mundo*.
- Comisión Española de ayuda al Refugiado, *La situación de los refugiados en España, INFORME 2008*, Madrid, Editorial Entiemma, 2008.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos Sobre el Proceso de Desmovilización en Colombia*.
- Comité sobre el caso de la población Palestina que reside en los Territorios Ocupados por Israel, *Concluding Observations of the Human Rights Committee: Israel*, 21 Agosto 2003, CCPR/CO/78/ISR (2003).
- Conferencia internacional sobre refugiados centroamericanos (CIREFCA), *Principios y criterios para la protección y asistencia a los refugiados, repatriados y desplazados*

Centroamericanos en América Latina, Ciudad de Guatemala, 39-31 de mayo de 1989.

- Human Rights Watch, *La "Sexta División": Relaciones Militares-Paramilitares y la Política Estadounidense en Colombia*, New York, Human Rights Watch, 2001.
- Human Rights Watch, *Los Lazos que Unen: Colombia y Las Relaciones Militares-Paramilitares*, New York, Informe de Human Rights Watch, Vol. 12, No. 1(B), febrero de 2000.
- International Crisis Group, *Los nuevos grupos armados de Colombia*. Informe sobre América Latina N°20, 10 mayo 2007.
- Instituto Nacional de Estadística e Informática del Perú, *Informe Pobreza al 2006*.
- Mesa Redonda de Expertos en San Remo, *Pertenencia a determinado grupo social*, documento de la Mesa Redonda de Expertos en San Remo (6-8 de septiembre de 2001), organizada por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para Refugiados (ACNUR) y el Instituto Internacional sobre Derecho Humanitario.
- Municipio del Distrito Metropolitano de Quito, *Plan Distrital de Migraciones*, Quito, Editorial Publiasesores, 2007.
- Organización Internacional para las Migraciones, *World Migration 2003 - Managing Migration: Challenges and Responses for People on the Move*, Geneva, I.O.M., 2003.
- Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Informe 2004 de la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de derechos humanos en Colombia* (OACNUDH), anexo II, , E/CN.4/2004/13.

TERCERA SECCIÓN
Exigibilidad

¿Al fin una garantía jurisdiccional que funciona? Análisis de la acción constitucional de protección

David Cordero Heredia

SUMARIO

1. Introducción. 2. Una acción y, a la vez, un derecho. 3. Características. 3.1. Proceso de conocimiento. 3.2. Legitimación activa. 3.3. Legitimación pasiva. 3.4. Acción "directa y eficaz". 3.5. La Carga de la Prueba. 3.6. Formalidades. 4. Procedimiento. 5. Contenido de las sentencias o "resoluciones". 6. Medidas cautelares. 7. Jurisprudencia. 8. ¿Será realmente la acción de protección un avance respecto al amparo constitucional? 8.1. ¿Serán ejecutables las sentencias o "resoluciones" que resuelvan acciones de protección? 8.2. Un mal inicio: La limitación arbitraria de la acción de protección por la Corte Constitucional *de facto*. 8.3. Perspectivas de una regulación garantista. 9. Conclusiones. 10. Bibliografía

Cuando Oliver Wendell Holmes era un Magistrado de la Corte Suprema (de Estados Unidos) le dio un aventón en su carruaje al joven Learned Hand (quien sería luego un famoso juez) mientras se dirigía a la Corte. Cuando Hand llegó a su destino, a modo de despedida grito alegremente "¡Haga Justicia, Juez!". Holmes detuvo el carruaje, le pidió al cochero que de vuelta y que regrese hasta el atónito Hand e inclinándose por la ventana le dijo "¡Ese no es mi trabajo!". Luego el carruaje volteo y partió, llevando a Holmes de regreso a su supuesto trabajo de no hacer justicia.

Ronald Dworkin, *Justice in robes*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 2006, p. 1.

1. Introducción.

El cambio de paradigma del Estado de Derecho al Estado Constitucional de Derechos y Justicia, contenido en la Constitución de 2008, requiere una serie de modificaciones dentro del sistema de administración de justicia, quizás el principal sea el de proveer garantías adecuadas para la defensa de los derechos humanos. Si bien la Constitución de 1998 ya contenía garantías como el amparo constitucional o el habeas corpus, su puesta en práctica es la mejor muestra de la imposibilidad de sostener un sistema de garantías jurisdiccionales de protección de los derechos en un Estado cuya Constitución es considerada un conjunto de lineamientos y directrices, y no de normas jurídicas de la máxima jerarquía.

En los diez años de vigencia de la Constitución de 1998 se pudo comprobar la falta de voluntad de las instancias de administración de justicia constitucional de modificar la forma civilista de aplicación del derecho y de la administración pública de reconocer el carácter de vinculante de las resoluciones de la justicia constitucional. Esto se comprueba con mayor fuerza en las acciones que buscaban la reivindicación de los derechos denominados económicos, sociales y culturales; en estos casos los jueces y juezas de instancia, así como los miembros del Tribunal Constitucional, no se remitían a la normativa y jurisprudencia internacional, sino que tomaban los criterios del derecho administrativo, civil o penal para sus resoluciones.

Se plantea el inicio de este trabajo con una interrogante ya que el cambio de la acción de amparo constitucional a la acción de protección no será, *per se*, la solución a la falta de garantías efectivas para los derechos humanos. El presente estudio trata de abarcar cuales son las condiciones que harían falta para alcanzar el ideal de una garantía jurisdiccional que funcione, para esto se señalarán de forma transversal los defectos que sufrió la aplicación del amparo constitucional en el transcurso de los años de su aplicación, se caracterizará el derecho a la tutela judicial efectiva de los derechos humanos, describirá las características que le asigna a la acción de protección la Constitución de 2008, su procedimiento, el contenido de las sentencias, la posibilidad de solicitar medidas cautelares, la forma en que se creará la jurisprudencia constitucional, los medios de ejecución y se concluirá con el análisis de la regulación dictada por la Corte Constitucional *de facto* y la forma en que deberá regularse mediante una ley que recoja el espíritu garantista de la nueva regulación constitucional.

2. Una acción y, a la vez, un derecho.

La existencia misma de los derechos humanos esta comprometida por la provisión constitucional y legal de medios adecuados para exigir su cumplimiento al Estado y a los particulares.¹ Esto ha sido entendido por la comunidad internacional, la cual ha introducido la existencia de garantías judiciales como un derecho en si mismo, así queda formulada en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante la Convención o Pacto de San José) en su artículo 25, como el derecho a la protección judicial:

¹ Cfr., Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón. Teoría del Galantismo Penal*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco y Rocío Cantarero Bandrés, Madrid, Editorial Trotta, 2004, 6a. ed., p. 852.

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

2. Los Estados Partes se comprometen:

- a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;
- b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y
- c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

La Constitución de la República del Ecuador de 2008 contiene esta disposición como el derecho a la tutela efectiva de los derechos:

Artículo 75.- Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la Corte Interamericana) ha interpretado el artículo 25 de la Constitución como el derecho a la existencia de la institución del amparo judicial, es decir un acción por medio de la cual se pueda alegar la existencia de la violación de un derecho humanos y, mediante la cual, se pueda obtener la reparación integral del derecho conculcado:

El artículo 25.1 de la Convención es una disposición de carácter general que recoge la institución procesal del amparo, como procedimiento sencillo y breve que tiene por objeto la tutela de los derechos fundamentales [...]. Establece este artículo, igualmente, en términos amplios, la obligación a cargo de los Estados de ofrecer, a todas las personas sometidas a su jurisdicción, un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales. Dispone, además, que la garantía allí consagrada se aplica no sólo respecto de los derechos contenidos en la Convención, sino también de aquéllos que estén reconocidos por la Constitución o por la ley.²

² Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Garantías Judiciales en Estados de Emergencia* (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987, Serie A No. 9, párr. 23. Ver además, Corte Interamericana de Derechos Humanos, *El Hábeas Corpus Bajo Suspensión de Garantías* (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987, Serie A No. 8, párr. 32.

La institución del amparo se halla recogida en las legislaciones nacionales con nombres diferentes, hasta el año 2008 en Ecuador se llamaba amparo constitucional, desde la aprobación de la nueva Constitución, adopta el nombre de *Acción de Protección*. De la jurisprudencia la Corte Interamericana y de la formulación del artículo 25 podemos encontrar las características que debe tener la acción de protección constitucional:

(i) Debe ser una acción sencilla, es decir, desprovista de los formalismos que han caracterizado los procesos ordinarios y que se han constituido en trabas para que las personas puedan acceder a la justicia.³ En una acción sencilla, entre otras características, no debería ser necesaria la asistencia de un abogado, debería relajarse la rigurosidad de la prueba presentada, se debe cambiar la carga de la prueba (considerando que generalmente será el Estado el demandado), el juez o jueza debería subsanar cualquier forma pasada por alto por el accionante, la acción deberá ser gratuita, la posibilidad de que colectivos no constituidos de forma legal puedan accionar, etc.

(ii) Debe ser una acción rápida, para lo cual los plazos en los que se recepta o se produce la prueba; y, los que tienen las autoridades judiciales para resolverlos deben ser cortos.⁴ Para que las autoridades competentes no se excusen en el exceso de causas, los Estados deben proporcionar recursos suficientes para la creación de juzgados y la provisión de auxiliares calificados para que ayuden en el trabajo de la institución. Pero, fundamentalmente, el trabajo de los Estados debe ser el de la capacitación a los operadores de justicia en materia constitucional y de derechos humanos. En la práctica, uno de los mayores obstáculos para el efectivo funcionamiento de esta acción es la tradición positivista-civilista de los y las profesionales del derecho en nuestras sociedades.

(iii) La acción debe ser efectiva. Una acción es efectiva cuando permite alcanzar el resultado esperado, es decir, la garantía de los derechos. La Corte

³ "En virtud de la especial naturaleza de estos recursos y de la necesidad y urgencia con la que deben actuar, la CIDH puntualiza ciertas características básicas que éstos deben presentar a fin de ser considerados "idóneos": a) que se trate de recursos sencillos, urgentes, **informales**, accesibles y tramitados por órganos independientes [...]", Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Washington D.C., OEA/Ser.L/V/II.129 Doc. 4, de 7 septiembre 2007, párr. 264.

⁴ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *El acceso a la justicia...*, *op. cit.*, párr. 245 y ss.

Interamericana ha determinado que "[n]o pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios. Ello puede ocurrir, por ejemplo, cuando su inutilidad haya quedado demostrada por la práctica, porque el Poder Judicial carezca de la independencia necesaria para decidir con imparcialidad o porque falten los medios para ejecutar sus decisiones; por cualquier otra situación que configure un cuadro de denegación de justicia, como sucede cuando se incurre en retardo injustificado en la decisión; o, por cualquier causa, no se permita al presunto lesionado el acceso al recurso judicial".⁵ Que la decisión sea ejecutable cobra importancia por haber sido el talón de Aquiles del recurso de amparo constitucional de la Constitución de 1998.

En conclusión, la acción de protección entraña una gran importancia en el nuevo paradigma constitucional, sobre todo en un sistema civilista como el ecuatoriano en el cual el sistema judicial ordinario está orientado a proteger fundamentalmente el derecho a la propiedad privada y por tanto, la acción en estudio será la principal (si no la única) para garantizar el amplio espectro de derechos reconocidos por la Constitución. Además de esta característica de acción-derecho, la tutela judicial ha sido reconocida como el contenido mínimo de derechos como los llamados económicos sociales y culturales.⁶

3. Características.

En el apartado anterior analizamos las características que debe tener una acción de protección judicial de los derechos humanos, en el presente apartado describiremos como ha sido diseñada la Acción de Protección contenida en la Constitución ecuatoriana para cumplir con el mandato de la Convención Americana.

3.1. Proceso de conocimiento.

El artículo 25 de la Convención prescribe que la acción descrita tiene como objeto amparar a las personas "contra actos que violen sus derechos

⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Garantías Judiciales en Estados de Emergencia...*, *op. cit.*, párr. 24.

⁶ Al respecto se pueden consultar las observaciones generales 3, 4, 7, 12, 13, 14 y 15 del Comité del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, para un análisis más detallado ver el artículo *La exigibilidad de las medidas positivas derivadas de los derechos del buen vivir* de Carolina Silva Portero publicado en el presente libro.

fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención", para conseguir este fin el juez constitucional debe tener la facultad de determinar si la persona accionante es o no titular del derecho del cual demanda protección. Sin embargo, esta facultad del juez fue limitada e incluso anulada por el Tribunal Constitucional y algunos tratadistas que consideraron a la acción de amparo constitucional como una medida exclusivamente cautelar.⁷

Los procesos cautelares suponen que el accionante puede presentarle al juez la existencia de obligaciones mediante documentos ejecutivos o sentencias ejecutoriadas. En cuanto a los documentos ejecutivos, se refieren exclusivamente a obligaciones civiles y las sentencias ejecutoriadas implican un largo proceso en la justicia ordinaria sin las características de una garantía jurisdiccional. Para que una persona acceda a una medida cautelar en la justicia ordinaria requiere una prueba que obligue al juez a presumir su validez, si es que no existen este tipo de pruebas en los derechos fundamentales ¿cómo podría ser efectiva una medida cautelar para proteger los derechos fundamentales? La respuesta es que una acción que persigue únicamente una medida cautelar no puede ser esa acción adecuada para garantizar los derechos fundamentales.

Ante la falta de voluntad del Tribunal Constitucional por reconocer a la acción de amparo como un proceso de conocimiento, la Asamblea Nacional Constituyente tuvo que dejar clara la naturaleza de la Acción de Protección prescribiendo que "[l]a jueza o juez resolverá la causa mediante sentencia, y en caso de constatarse la vulneración de derechos, deberá declararla, ordenar la reparación integral, material e inmaterial, y especificar e individualizar las obligaciones, positivas y negativas, a cargo del destinatario de la decisión judicial, y las circunstancias en que deban cumplirse".⁸

De la forma en que queda plasmada, la Acción de Protección tiene las características de un proceso de conocimiento, ya que (i) el juez o jueza debe declarar la existencia de un derecho humano para poder determinar su violación, (ii) existe una etapa de prueba si el juez o jueza lo considera necesario; y (iii) el juez o jueza tiene la facultad de determinar la forma de reparación del derechos, inclusive indemnizaciones pecuniarias.

La Acción de Protección se pone entonces al nivel de las acciones civiles diseñadas para proteger el derecho a la propiedad privada y las relaciones

⁷ Ver por ejemplo, Rafael Oyarte Martínez, *La Acción de Amparo Constitucional. Jurisprudencia, doctrina y dogmática*, Quito, Fundación Andrade & Asociados, 2006, 2a. ed., pp. 167 y ss.

⁸ Constitución de la República del Ecuador, Art. 86(3).

comerciales, pero ésta para proteger los derechos humanos, incluso en contra del derecho a la propiedad que siempre era el vencedor en casos en los cuales entraba en tensión con otro derecho, por ejemplo en casos en que se prohíba el desalojo forzado de personas de su lugar de vivienda, la prohibición de explotación en ciertas áreas para la protección de la naturaleza, la prohibición de disposición de obras de arte que pertenezcan al patrimonio cultural del Estado, la prohibición de cultivos que atenten contra la soberanía alimentaria, la regulación de formas de contratación laboral que resulten contrarias al principio de respeto a la dignidad humana, etc.

La formulación de la Acción de Protección, además, distingue a esta de una acción cautelar en el momento en que deja claro que las medidas cautelares podrán solicitarse dentro o fuera del proceso. Así la Constitución reconoce al juez o jueza la facultad de "ordenar medidas cautelares conjunta o independientemente de las acciones constitucionales de protección de derechos, con el objeto de evitar o hacer cesar la violación o amenaza de violación de un derecho".⁹ Se ampliará este punto más adelante.

3.2. Legitimación activa.

Con el objeto de alcanzar una acción *sencilla* para garantizar los derechos humanos, se ha ampliado notablemente la legitimación activa respecto a la anterior acción de amparo constitucional. En la Constitución de 1998 el amparo constitucional podía ser interpuesto por "[c]ualquier persona, por sus propios derechos o como representante legitimado de una colectividad".¹⁰

Analicemos los dos elementos de la legitimación activa del amparo de 1998, el primero, *cualquier persona por sus propios derechos*, quiere decir que sólo la persona cuyos derechos se encontraban en entredicho podía presentar la acción; y, el segundo, *como representante legitimado de una colectividad*, significaba un nivel de organización de la colectividad para poder designar representantes "legales", lo que suponía que la colectividad debía tener personería jurídica. Estos preceptos fueron interpretados por el Tribunal Constitucional de manera restrictiva podemos citar, por ejemplo, en relación al primer punto, el caso presentado por la defensa del parque nacional Yasuní en donde el Tribunal declaró que los accionantes no habían demostrado que eran afectados, a pesar de que el medio

⁹ Constitución de la República del Ecuador, Art. 87.

¹⁰ Constitución Política de la República del Ecuador de 1998, Art. 95.

ambiente es un derecho difuso;¹¹ en relación al segundo punto, se destaca el caso de la nacionalidad Huaorani donde se reconocieron los acuerdos firmados por una persona jurídica creada por un grupo de huaoranis auspiciados por las empresas petroleras que operaban en su territorio, la legalidad de dicha asociación permitió desconocer la organización ancestral y los derechos de toda una nacionalidad indígena.¹²

La Constitución de 2008 formula la legitimación activa de la Acción de Protección de forma que la Corte Constitucional no recaiga en los errores señalados. La Acción de Protección puede ser presentada cuando "exista una vulneración de derechos constitucionales",¹³ además, las reglas generales para las garantías judiciales señala que las acciones pueden ser iniciadas por "[c]ualquier persona, grupo de personas, comunidad, pueblo o nacionalidad".¹⁴ De lo anterior se desprenden algunas reglas en cuanto a la legitimación activa:

(i) Las acciones pueden ser propuestas por cualquier persona, sea o no quien proponga la acción el titular del derecho. Esto permite que en casos en que las personas, cuyos derechos humanos se vean afectados, tengan dificultad de presentar la acción, como sucede por ejemplo cuando dicha persona esta incomunicada o desaparecida, un tercero puede presentarla en su nombre sin necesidad de autorización. Esta clase de legitimación fue tomada del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, la cual se encuentra descrita en el artículo 44 de la Convención Americana.¹⁵

(ii) Existe además legitimación para "grupos de personas" esta expresión debe ser entendida de forma en que un grupo de personas con una afectación común pueden presentar una acción por la protección y reparación de sus derechos. Este grupo de personas puede a su vez ser considerado como representante de un grupo mayor, al estilo de la *class action* de la tradición jurídica norteamericana, por lo que la sentencia podrían tener efectos más allá de los accionantes.

¹¹ Cfr., Tribunal Constitucional de Ecuador, Resolución No. 0994-04-RA de 8 de noviembre de 2004.

¹² Cfr., Tribunal Constitucional de Ecuador, Resolución No. 0054-03-RA de 3 de julio de 2003.

¹³ Constitución de la República del Ecuador, Art. 88.

¹⁴ Constitución de la República del Ecuador, Art. 86(1).

¹⁵ Cfr., Convención Americana sobre Derechos Humanos, **Art. 44.-** "Cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de esta Convención por un Estado parte".

(iii) Están legitimados, además, los colectivos, los pueblos y nacionalidades en cuyos casos se suprime la necesidad de que quien presente la acción sean representantes "legitimados", se espera que esto sea interpretado por la Corte como la eliminación de formalidades en el reconocimiento de estos grupos, los cuales generalmente no actúan en el marco de la institucionalidad estatal.

Solamente si se respeta la norma constitucional reconociendo la legitimación activa de la forma más amplia, incluyendo e informal la Acción de Protección podrá ser una acción *sencilla y efectiva*.

3.3. Legitimación pasiva.

En cuanto a la legitimación pasiva, la acción de amparo de la Constitución de 1998 era, como regla general, en contra de autoridades públicas. De forma excepcional se podía interponer en contra de particulares (i) si actúan como delegatarios o concesionarios del Estado, (ii) si prestan servicios públicos; o, (iii) si su accionar "afect[a] grave y directamente un interés comunitario, colectivo o un derecho difuso".¹⁶

La Acción de Protección amplía además la legitimación pasiva, esta garantía puede proponerse:

(i) En contra de autoridades públicas (no judiciales) por acción u omisión, esta es la legitimación pasiva general y responde a la concepción más aceptada de que es el Estado el sujeto pasivo en materia de derechos humanos. En este punto la Asamblea Nacional Constituyente eliminó la expresión de que el amparo puede interponerse contra "acto [...] de autoridad pública", lo cual fue interpretado de forma restrictiva por el Tribunal Constitucional, como "acto administrativo". Esta es una nueva salvaguarda para garantizar la efectividad de la Acción de Protección, dado que el concepto *acto administrativo* es extremadamente restrictivo en relación con el número de actos que puede realizar un Estado para violentar los derechos de los seres humanos, quizás los ejemplos más dramáticos sean las ejecuciones extrajudiciales, las torturas y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes; y las desapariciones forzadas, donde los agentes estatales no realizan *actos administrativos*. Por tanto, la formulación actual es más adecuada para lograr la efectividad de la acción, al poder ser interpuesta en contra de toda acción u omisión de autoridad pública.

¹⁶ Constitución Política de la República del Ecuador de 1998, Art. 95.

(ii) En contra políticas públicas de "cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales".¹⁷ Esta disposición resulta ser una especie de la anterior ya que las políticas públicas son acciones estatales, podemos entender la aclaración en el sentido de blindar la acción de interpretaciones restrictivas posteriores.

(iii) En caso de particulares, cuando la violación provoca un daño grave, es aquí (y en el punto vi) donde se puede contemplar la ampliación de la legitimación activa. La necesidad de esta nueva legitimación pasiva nace de dos consideraciones: la primera, que no sólo son los Estados quienes pueden violentar los derechos humanos, la globalización y el neoliberalismo han impulsado la creación de grupos empresariales con más dinero y poder que varios Estado juntos, estos grupos empresariales inclusive llegan a tener fuerzas paramilitares propias,¹⁸ muchos juristas y filósofos consideran que la misión de los Estados en nuestros tiempos es proteger al ser humano de estos grupos. En segundo lugar, toma en cuenta que el sistema de justicia ordinaria no basta para garantizar todos los derechos humanos recogidos en la Constitución y los instrumentos internacionales, sobre todo en un Estado de tradición civilista como el ecuatoriano, donde la mayor parte del sistema de justicia ordinario está concebido para proteger derecho patrimoniales. Cada vez son más frecuentes las voces que llaman a un control estatal de la actividad empresarial, por la riqueza y poder que llegan a acumular los actores privados, de ahí que tenga vital importancia la posibilidad de poder demandar a estos actores privados por violación de derechos humanos:

El desbordamiento de las fronteras nacionales y la existencia de problemas humanos graves que ya no pueden encontrar solución en el marco estatal exigen una gobernanza y unos poderes más efectivos y, sobre todo, más legítimos. La globalización es un fenómeno nuevo que ha colocado otra vez a la sociedad internacional en una especie de estado de naturaleza que necesita ser sometido a regulación. El paradigma de la democracia estatal se ha hecho insuficiente pese a que los Estados siguen siendo protagonistas del orden internacional y pueden todavía actuar eficazmente para frenar esos efectos perversos del nuevo sistema

¹⁷ Constitución de la República del Ecuador, Art. 88.

¹⁸ Comunidades ecuatorianas como la asentadas en la zona de Intag, provincia de Imbabura, ya han sufrido violaciones graves a los derechos humanos por parte de empresas como la Ascendant Copper (que cambió su nombre a Copper Mesa Mining Corporation) que envió una fuerza de choque de más de cien paramilitares para doblegar la resistencia de la comunidad, la información de esta agresión esta disponible en: http://www.decoin.org/opt/web/decoin/htdocs/archive/2006_12_01_archive.html, último acceso: 13-06-2009.

de relaciones económicas, políticas, sociales y culturales que se hacen realidad más allá de las fronteras estatales.¹⁹

(iv) En contra de particulares, cuando prestan servicios públicos impropios. La acción de protección procede entonces contra cualquier particular que se encuentre prestando servicios públicos, la razón de ser de esta norma es que la mayoría de servicios públicos son parte de derechos fundamentales por lo que no podría dejar estos en manos de los privados sin un control estricto por parte del Estado,²⁰ hacer lo contrario sería excluir a las personas que no tengan dinero suficiente de derechos fundamentales como la educación, la salud, el agua, la circulación, etc.

(v) En contra de particulares, cuando actúen por delegación o concesión del Estado. Este supuesto parte de las mismas consideraciones que la legitimación descrita en el punto anterior, cabe añadir que ahí donde el particular actúe en representación del Estado deberá respetar los principios de aplicación de los derechos que limitan el accionar del Estado, sobre todo el principio de igualdad y no discriminación. Sobre este punto es importante destacar como ciertas instancias del Estado buscaron la delegación y concesión a privados para eludir sus responsabilidades, podemos citar el caso de la "Fundación Malecón 2000" que impide el ingreso a espacio público a personas que no están vestidas adecuadamente²¹ (todo esto a discreción de guardias privados) para pasear por ciertas zonas del malecón; o, el caso de organizaciones como el FONSAL o INNOVAR que han tratado de desalojar forzosamente a familias enteras en el centro de Quito para construcción de departamentos o locales comerciales²² sin brindar una alternativa de vivienda adecuada.

¹⁹ Jürgen Habermas, Boaventura de Sousa Santos, Francisco Laporta, Nicolás López Calera, Manuel Atienza, William Twining, Robert Alexy, Luigi Ferrajoli, Elías Díaz, Neil MacCormick, Paolo Comanducci, Zhan Wenxian, Uma Narayan, Larry May y otros participantes en el 22º Congreso Mundial de Filosofía Jurídica y Social – 2005, *Declaración de granada sobre la globalización. Derecho y justicia en una sociedad global*, disponible en: <http://www.globalizacion.org/globalizacion/GlbzDeclaracionGranada.htm> último acceso 13-06-2009.

²⁰ *Cfr.*, Corte Interamericano de Derechos Humanos, *Caso Albán Cornejo y otros*, Sentencia de 22 de noviembre de 2007, Serie C No. 171, párr. 119.

²¹ "Normas invisibles rigen zonas públicas", en *El Telegrafo*, Guayaquil, 20 de noviembre de 2008, disponible en <http://www.eltelegrafo.com.ec/actualidad/noticia/archive/actualidad/2008/11/09/Reglas-no-escritas-mandan-en-las-zonas-regeneradas.aspx>, último acceso 13-06-2009.

²² "13 familias tendrán que salir de La Ronda", en *El Comercio*, Quito, 3 de enero de 2007, disponible en: http://www.elcomercio.com/solo_texto_search.asp?id_noticia=62736&anio=2007&mes=3&dia=1, último acceso 13-06-2009.

(vi) En contra de particulares cuando "la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación".²³ Quizás este sea el principal avance en materia de garantía de derechos humanos, esta legitimación difiere con la señalada en el número (iii) porque su imposición no requiere demostrar la existencia de daño, basta demostrar la relación de subordinación, indefensión o discriminación. En el pasado, casos de discriminación en el ámbito privado no podían ser tramitados por vía constitucional, casos como el de deportistas expulsadas de universidades privadas por su orientación sexual o el de la negativa de los administradores del teleférico de permitir una fiesta gay en sus instalaciones, quedaron en la impunidad.²⁴ Con la nueva Constitución se podrían iniciar, inclusive, acciones por manifestaciones sexistas, homofóbicas, xenofóbicas, etc. en contra de medios de comunicación o incluso iglesias, acostumbrados a difundir ideas de odio en contra de ciertos grupos vulnerables. En el campo laboral podemos esperar resoluciones interesantes que vayan más allá del pago de una indemnización, cuando los despidos sean por maternidad, orientación sexual, filiación política, pertenencia a una cultura urbana, etc.

3.4. Acción "directa y eficaz".

El artículo 88 de la constitución describe a la acción de protección como una garantía que tiene "por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución", resulta entonces de gran interés desarrollar el alcance de estas dos características.

Con *amparo directo* se entiende, siguiendo el significado común de la palabra, que la persona que persigue el amparo de sus derechos fundamentales no debe encontrar barreras entre ella y el juez que tiene la capacidad de brindar la protección. En la práctica implica acciones positivas y negativas por parte de la administración de justicia constitucional:

(i) En cuanto a medida positivas implica crear las condiciones para un acceso real a la jurisdicción constitucional, siguiendo a la propia Constitución²⁵ implica la implementación de la presentación oral de las demandas, la capacitación

²³ Constitución de la República del Ecuador, Art. 88.

²⁴ Ambos casos no salieron a la luz pública por la falta de confianza de las víctimas en una respuesta efectiva de la justicia en contra de estas empresas privadas.²⁵ Cfr., Constitución de la República del Ecuador, art. 86. Ver además, Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Yatama Vs. Nicaragua*, Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 23 de junio de 2005, Serie C No. 127, párr. 167.

al personal de la justicia ordinaria para que tramiten las acciones de protección sin las formalidades a las que están acostumbrados, entre otras.

(ii) En cuanto a las medidas negativas implica no limitar el campo de protección de la acción de protección, por ejemplo exigiendo el agotamiento de la vía ordinaria antes de pasar a la vía constitucional, o volviéndola exclusiva para las materias para las cuales no existe una vía ordinaria. En cuanto al primer caso, hablamos de un requisito de prejudicialidad, el cual implica que la persona actora debió pasar por un proceso ordinario que no cuenta con las características de un recurso rápido y sencillo para la protección de sus derechos, donde la carga de la prueba es estricta, no siempre caben las medidas cautelares, donde no puede argumentar únicamente con la Constitución sino que debe conocer la Ley y donde debió contratar a un abogado para tener acceso. En cuanto al segundo punto, implica que la persona que busca amparo debe "*saber*" cual es el recurso adecuado que debe accionar para obtener protección de su derecho, para esto deberá necesariamente contratar a un abogado dejando nuevamente el acceso a la justicia subordinado a la condición económica de la persona afectada.

Con *amparo eficaz* se entiende, siguiendo la jurisprudencia de la Corte Interamericana²⁶, que la acción de protección debe estar configurada de tal forma que se pueda alcanzar la protección del derecho fundamental comprometido, la eficacia de la acción conlleva en la práctica:

(i) Que el juez o jueza constitucional tiene amplias facultades para dictar las medidas que considere más efectivas para alcanzar el fin perseguido. Así por ejemplo, el juez o jueza podrían dictar medidas que no son de uso común en la justicia ordinaria, como ordenar la presentación de disculpas públicas, la publicación de rectificaciones o la realización de actos públicos, establecimiento de becas, ordenar al Ministerio de Finanzas la creación de partidas presupuestarias, suprimir otras o trasladar fondos entre ellas, la reforma de políticas públicas, la reinserción laboral de la persona discriminada, establecimiento de custodia policial u otras medidas de protección personal, entre otras. El cumplimiento de este principio dependerá de la capacidad de ejecución que tengan las decisiones de los jueces, sobre este punto ahondaremos en el acápite 8.1.

(ii) Parte de la efectividad dependerá de que el juez o jueza de la causa lleve a la práctica la *informalidad* de la acción, para esto el juez deberá interpretar cual es el sentido de la petición del accionante, pronunciarse sobre derechos

²⁶ Cfr., Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Acosta Calderón contra Ecuador*, Sentencia de fondo, reparaciones y costas, del 24 de junio de 2005, Serie C No. 129, párr. 93.

que encuentre violentados en la situación jurídica aunque no sean directamente alegados (*iura novit curia*),²⁷ sus sentencias deben contener las medidas más efectivas de protección aunque estas rebasen la petición del accionante, deberá dictar de oficio medidas cautelares de considerarlo necesario, entre otras medidas.

(iii) Por último, cuando la vía constitucional no sea la adecuada para proteger el derecho, el juez deberá indicar cual es la vía, sin embargo podría expedir medidas cautelares que no estén contempladas en la vía ordinaria con el fin de proteger el derecho de la persona actora, hasta que la justicia ordinaria se pronuncie.

3.5. La Prueba.

Una de las principales causas de la falta de acceso a la justicia ordinaria es la forma en que se actúa la prueba. La forma tradicional de presentar pruebas a los juzgados requiere un gasto en copias certificadas, peritajes, derechos notariales, etc., que excluyen a las personas que carecen de recursos económicos del acceso a la justicias. El otro problema al respecto es el acceso a las pruebas, en muchas ocasiones las pruebas que se requieren para sostener una posición procesal están en manos de las personas demandadas o de terceros interesados. La solución que plantea la actual Constitución a estos problemas es el principio de reversión de la carga de la prueba en los casos de garantías constitucionales²⁸. Este principio tiene las siguientes consecuencias jurídicas:

(i) De no presentarse respuesta alguna por parte de la demandada, el juez o jueza de la causa deberá presumir, como ciertos, todos los hechos presentados por la parte actora en la demanda o en la audiencia que se convoque dentro del trámite.

²⁷ Cfr., Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia*, Sentencia de excepciones preliminares de 7 de marzo 2005, Serie C No. 122, Párr. 28; Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso "Instituto de Reeducación del Menor"*, Sentencia de 2 de septiembre de 2004, Serie C No. 112, párrs. 124 a 126; Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri*, Sentencia de 8 de julio de 2004, Serie C No. 110, párr. 178; Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Herrera Ulloa*, Sentencia de 2 de julio de 2004, Serie C No. 107, párr. 142; Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Maritza Urrutia*, Sentencia de 27 de noviembre de 2003, Serie C No. 103, párr. 134; Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Myrna Mack Chang*, Sentencia de fondo, reparaciones y costas de 25 de noviembre de 2003, Serie C No. 101, párr. 128; y Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso "Cinco Pensionistas"*, Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98, párr. 153.

²⁸ Cfr., Constitución de la República del Ecuador, Art. 86(3).

(ii) De presentarse una respuesta por parte de la demandada, corresponde a ésta la presentación de pruebas de descargo.

(iii) De presentarse una respuesta por parte de la demandada que no controvierta todos y cada uno de los puntos de la accionante, los puntos sobre los cuales no exista pruebas suficientes o sobre los que se guarde silencio deberán ser considerados como ciertos por parte del juez o jueza de la causa.

Sobre el segundo punto planteado, las partes procesales de la acción de protección podrán solicitar que el juez o jueza de la causa practique pruebas dentro del proceso o crear comisiones para recabarlas.²⁹ De esta forma se pone a salvo los derechos de la parte accionante cuando es la parte demandada o alguna otra institución o empresa la que tenga la documentación que sostiene los hechos que alega en su demanda. Para aclarar la utilidad de esta disposición, podemos tomar como ejemplo el caso del Ministerio de Minas y Petróleos, el cual, con el afán de detener las demandas de las comunidades afectadas por procesos extractivos, impuso un valor de 25 centavos de dólar por cada copia que se solicite al ministerio, tomando en cuenta que el promedio de un expediente es de más de 1000 páginas, ahora estos documentos podrán ser solicitados por medio del juez o jueza de la acción a costa del propio Ministerio.

En conclusión, las reformas introducidas por la actual Constitución en materia probatoria son conducentes a garantizar el ejercicio del derecho a contar con un recurso que proteja los derechos de las personas en su forma material, es decir, en la del acceso a la justicia.

3.6. Formalidades.

En términos generales, la actual Constitución es favorable al principio de informalidad procesal tan necesario en acciones constitucionales. Este principio lo hallamos desde los primeros artículos de la Constitución, cuando se proclaman los principios de aplicación de los derechos:

Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:
3. [...] Para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley. [...]

De forma aún más contundente se hace referencia a este principio en la parte pertinente a la administración de justicia:

²⁹ Cfr., Constitución de la República del Ecuador, Art. 86(3).

Art. 169.-El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades.

En concreto las reglas generales aplicables a todas las garantías jurisdiccionales (Art 86) señalan las siguientes reglas en cuanto a las formalidades del proceso:

(i) El procedimiento será oral en todas sus fases e instancias.³⁰

Esto significa que los jueces y juezas que conozcan de las acciones de protección no podrán solicitar ningún documento por escrito a las partes, inclusive la demanda y la apelación, como detallaremos más adelante.

(ii) La acción de protección podrá proponerse de forma oral,³¹ para instrumentalizar esta disposición los juzgados deberán preveer la forma en que receptaran las acciones presentadas de forma oral. Esto requiere una preparación adicional a los funcionarios y funcionarias de la justicia para que puedan reducir a escrito de forma coherente las acciones interpuestas, así como de su obligación de tramitar estas acciones de forma preferente para garantizar el acceso de todas las personas al derecho a accionar por vía constitucional.

(iii) Para la presentación de las acciones de protección, por vía oral o escrita, no será indispensable el patrocinio de un abogado. Esta es una de las características más importantes de la acción de protección ya que el costo de los honorarios de un abogado o abogada³² ha sido tradicionalmente una de las razones por las cuales las personas dejan de acceder a la justicia.³³ Sin embargo en aras del cumplimiento del principio de igualdad de armas el Estado debe proveer de asistencia letrada gratuita a las personas que no puedan pagar a un o una profesional de su elección;³⁴ esto implica ampliar la concepción de la defensoría pública, la cual ha sido concebida tradicionalmente como defensa penal, esta posibilidad ya ha sido contemplada por la nueva Constitución de la República la cual contempla que "la Defensoría Pública prestará un servicio legal técnico, oportuno, eficiente, eficaz y gratuito, en el patrocinio y asesoría

³⁰ Cfr., Constitución de la República del Ecuador, Art. 86(2)(a).

³¹ Cfr., Constitución de la República del Ecuador, Art. 86(2)(c).

³² Cfr., Constitución de la República del Ecuador, Art. 86(2)(c).

³³ Cfr., Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso Airey vs. Irlanda*, Sentencia del 9 de octubre de 1979, Serie A, No. 32.

³⁴ Cfr., Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *El acceso a la justicia...*, *op. cit.*, párrs. 51 y ss.

jurídica de los derechos de las personas, en todas las materias e instancias".³⁵

(iv) En la demanda de la acción de protección no se requerirá citar la norma constitucional infringida.³⁶ Esta característica corresponde al principio de sencillez de la acción, y es coherente con la posibilidad de presentar las acciones sin necesidad de abogado o abogada, en efecto para que una persona acuda al juez o jueza Constitucional basta el sentimiento de injusticia en la persona del accionante, ya que, uno de los avances a raíz de la aparición de los Estados Constitucionales es la certeza de la ciudadanía de que cuenta con la titularidad de derechos fundamentales que pueden ser opuestos ante los Estados. Nuevamente el cumplimiento de esta característica debe venir acompañada de la capacitación a los operadores y las operadoras de justicia para que sean estos o estas los que identifiquen cuál es la norma Constitucional o instrumento internacional que fundamentarían la pretensión del accionante. Cabe señalar en éste punto que esta característica no es ajena al Derecho, en especial al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en cuyos tribunales se ha desarrollado ampliamente el principio *iura novit curia*, es decir la corte conoce el derecho que implica que el tribunal que conozca la causa puede determinar cuales son las normas jurídicas violentadas por los hechos denunciados, aunque la persona accionante no haya invocado expresamente en ninguna parte del procedimiento.³⁷

(v) Las notificaciones, así como las citaciones, deberán realizarse por los medios más eficaces que estén al alcance de la judicatura y de las partes.³⁸ Esto implica, en primer lugar que la judicatura deberá dejar de utilizar el código de procedimiento civil como norma accesoria a los procesos Constitucionales, en esta materia; ya que, quedará a consideración del juez que el método utilizado no viole el derecho a la defensa de las partes, aunque éste método no sea convencional, en este sentido podrían ser efectivos el correo electrónico, la publicación en la prensa, la página web de la judicatura, inclusive las llamadas telefónicas.

³⁵ Constitución de la República del Ecuador, Art .191(ii).

³⁶ Cfr., Constitución de la República del Ecuador, Art .86(2)(c).

³⁷ Cfr., Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia*, *op. cit.*, párr. 28; Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso "Instituto de Reeducación del Menor"*, *op. cit.*, párrs. 124 a 126; Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri*, *op. cit.*, párr. 178; Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Herrera Ulloa*, *op. cit.*, párr. 142; Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Maritza Urrutia*, *op. cit.*, párr. 134; Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Myrna Mack Chang*, *op. cit.*, párr. 128; y Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso "Cinco Pensionistas"*, *op. cit.*, párr. 153.

4. Procedimiento.

Respecto al procedimiento para la sustanciación de las acciones de protección, la Constitución es bastante escueta ya que establece apenas las siguientes normas de procedimiento:

(i) Sobre la competencia, serán competentes las juezas o jueces del lugar "en el que se origina el acto o la omisión o donde se producen sus efectos".³⁹ Si interpretamos de forma literal la disposición Constitucional se entendería que la competencia recae sobre todo juez o jueza de instancia, independientemente de su materia, parecería excluida de la norma los tribunales de instancia que si eran competentes para conocer de la acción de amparo Constitucional.

(ii) Para la sustanciación de la acción de protección serán hábiles todos los días y las horas,⁴⁰ esta disposición tiene dos repercusiones prácticas; en primer lugar los juzgados que funcionan con turnos y las veinticuatro horas deberán estar especialmente preparados para recibir demandas de acciones de protección; y, en segundo lugar, en el momento en que se dicte la ley que regule las acciones constitucionales se deberá entender todas las disposiciones que establezcan períodos de tiempo para las fases del proceso como plazos.

(iii) Presentada la acción la jueza o juez deberá convocar a audiencia pública.⁴¹ Interpretando la expresión *inmediatamente*, se puede colegir que el momento procesal para contestar la demanda sería la audiencia pública, en concordancia con el principio de acción sumaria que rige la acción de protección.

(iv) Como ya se trato extensamente, en el acápite correspondiente, el juez o jueza podrá ordenar la práctica de las pruebas que soliciten las partes o que considere necesarias para llegar a tener certeza sobre los hechos materia de la acción. Se entiende que la facultad del juez o jueza de ordenar la práctica de pruebas no podrá excederse al punto de desconocer el principio de inversión de la carga de la prueba que rige la acción de protección; es decir el juez o jueza sólo podrá ordenar pruebas por *motus proprio* cuando se trate de hechos controvertidos por la parte demandada.

(v) El juez o la jueza deberá resolver la causa mediante sentencia⁴², aunque la Constitución no señala el plazo en el cuál se deberá llegar a una resolución se

³⁸ Cfr., Constitución de la República del Ecuador, Art. 86(2)(d).

³⁹ Constitución de la República del Ecuador, Art. (86)(2).

⁴⁰ Cfr., Constitución de la República del Ecuador, Art. (86)(2)(b).

⁴¹ Cfr., Constitución de la República del Ecuador, Art. (86)(3)(i).

⁴² Cfr., Constitución de la República del Ecuador, Art. (86)(3)(i).

entiende que por la naturaleza de la acción de protección la decisión deberá ser adoptada en un plazo razonable, el cual dependerá sobre todo de si el juez o jueza ordena o no la práctica de pruebas en el caso. En reiterada jurisprudencia de la Corte Interamericana y de la Corte Europea, la razonabilidad del plazo se determina analizando tres parámetros: "a) la complejidad del asunto, b) la actividad procesal del interesado y c) la conducta de las autoridades judiciales".⁴³

(vi) Las sentencias de primera instancia podrán ser apeladas ante la respectiva corte provincial,⁴⁴ se entiende que en la sustanciación del recurso de apelación regirán las mismas normas que a la primera instancia, es decir, no se requerirá el patrocinio de un abogado o abogada, la apelación podrá ser propuesta de forma oral, y no se requerirá citar la norma Constitucional infringida.

5. Contenido de las sentencias.

El que la acción de protección sea considerada una acción efectiva para proteger a las personas de violaciones de sus derechos humanos, dependerá en gran medida del contenido de las sentencias que la resuelvan. Las sentencias que se refieren a acciones para la defensa de los derechos humanos deben cumplir requisitos de fondo y de forma.

En cuanto a la forma, debe cumplir criterios de racionalidad, es decir debe desarrollar las pruebas aportadas y como estas han ayudado a la jueza o juez a llegar a la certeza de los hechos del caso, deberá pronunciarse de forma clara sobre todos los derechos enunciados por las partes, deberá exponer las fuentes que han ayudado a llegar a la determinación de la existencia o no de los derechos alegados a las partes y en caso de existir derechos contrapuestos deberá desarrollar ampliamente su razonamiento mediante la ponderación.⁴⁵

⁴³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Acosta Calderón contra Ecuador*, op. cit., párr. 105. La Corte cita además Corte Interamericana de Derecho Humanos, *Casos de las Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador*, Sentencia de excepciones preliminares de 23 de noviembre de 2004, Serie C No. 118, párr. 67; Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Tibi vs. Ecuador*, Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas de 7 de septiembre de 2004, Serie C No. 114, párr. 175; y Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay*, Sentencia de fondo, reparaciones y costas de 31 de agosto de 2004, Serie C No. 111, párr. 141.

⁴⁴ Cfr., Constitución de la República del Ecuador, Art. (86)(3)(ii).

⁴⁵ Este punto se halla ampliamente desarrollado en por Jhoel Escudero es su artículo "El cambio de cultura jurídica en la interpretación constitucional", publicado en el presente libro.

En cuanto a los contenidos de fondo, la sentencia deberá pronunciarse sobre:

(i) Al ser un proceso de conocimiento la sentencia deberá contener la determinación de los derechos humanos concurrentes en la situación expuesta, su contenido y la naturaleza de las obligaciones que estos le generan al Estado o al particular demandado. Éste contenido, aunque parece obvio, fue de las deficiencias de la acción de amparo constitucional, ya que en muchas de las resoluciones los jueces de instancia y el propio tribunal Constitucional no desarrollaron el contenido de los derechos alegados y se quedaban en meras exposiciones de razones políticas, procedimentales o de derecho civil;⁴⁶ ejemplos de esto abundan en la jurisprudencia del tribunal Constitucional, sin embargo resulta relevante la resolución número 1103-2007-RA presentada por veinte familias que viven en una casa de la calle "La Ronda" en Quito que buscaban protegerse de un desalojo forzado de su vivienda, en la resolución el tribunal Constitucional (autodenominado Corte Constitucional) ni siquiera analizó el contenido del derecho a la vivienda contenido en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y procedió a resolver la acción como si se tratara de un juzgado de inquilinato.⁴⁷

(ii) Deberá contener la determinación integral de los derechos de la víctima. La reparación deberá ser material e inmaterial, en cuanto a la reparación material se deberá propender a la restitución del Estado de las cosas antes de la vulneración del derecho y, en caso de no ser posible se deberán fijar formas de compensación que deberán tomar en cuenta el proyecto de vida de la persona afectada.⁴⁸ Esta compensación no será necesariamente económica; y, la reparación inmaterial consistirá en medidas que ayuden a resarcir el daño moral provocado a la víctima, estas medidas podrían ser entre otras, la publicación de la sentencia, las disculpas públicas y las garantías de no repetición.⁴⁹

⁴⁶ Al respecto ver, Ramiro Ávila Santamaría, "El Amparo Constitucional: entre el diseño liberal y la práctica formal", en *Un cambio ineludible: La Corte Constitucional*, Quito, Tribunal Constitucional del Ecuador, 2007, p. 375.

⁴⁷ Cfr., Corte Constitucional del Ecuador para el Período de Transición, Resolución No. 1103-2007-RA del 7 de enero de 2009.

⁴⁸ El concepto de *proyecto de vida* se halla ampliamente desarrollado en: Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Loayza Tamayo Vs. Perú*, Sentencia de reparaciones y costas de 27 de noviembre de 1998, Serie C No. 42, párrs. 144 y ss.

⁴⁹ Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Tristán Donoso Vs. Panamá*, Sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas de 27 de enero de 2009 Serie C No. 193, párr. 170 y ss.

(iii) La Sentencia deberá además señalar las obligaciones positivas y negativas a cargo del destinatario para la resolución judicial⁵⁰. Como ya mencionamos en los acápite anteriores para el efectivo cumplimiento de la sentencia, esta deberá contener de forma clara y precisa cuales son las obligaciones que genera la sentencia, quienes son los obligados a cumplirla y el tiempo que disponen para tal efecto, el no hacerlo así dificultará la ejecución de la misma y por tanto restará efectividad a la acción de protección. La asamblea Nacional Constituyente buscó con esta disposición frenar el vicio que tuvo el Tribunal Constitucional de resolver con la frase de *se acepta el amparo Constitucional* sin especificar cuales eran las acciones que debían adoptarse en razón de esta disposición, lo cual tornó inejecutables en la práctica dichas resoluciones; ejemplo de esto es la resolución número 140-2003-RA que amparó los derechos de la población de la frontera Norte de Ecuador de las fumigaciones con glifosato que se realizan en el marco del "Plan Colombia", resolución que no ha sido acatada hasta la publicación del presente artículo.

Cabe destacar la amplia gama de disposiciones que puede adoptar el juez o jueza de la causa para reparar los derechos de la víctima, las cuales podrían ser la instauración de políticas públicas, reformas legales o reglamentarias, ordenar el inicio de procesos civiles, penales o administrativos en contra de los responsables de la violación del derecho, e inclusive la imposición al demandado de adoptar medidas de acción afirmativa que permitan alcanzar la igualdad material de ciertos grupos humanos respecto al resto de la población.⁵¹

6. Medidas cautelares.

Una de las innovaciones de la Constitución aprobada en 2008, en cuanto a las garantías jurisdiccionales es la posibilidad de solicitar, al juez o jueza, medidas cautelares de forma independiente o dentro del trámite de la acción de protección.⁵² La medida cautelar tendrá el objeto de evitar o cesar la violación o amenaza de violación de un derecho humano. La disposición Constitucional es amplia en cuanto a los requisitos que se deben cumplir para la adopción de la medida, sin embargo se puede suponer que se requerirá la determinación de la inminencia del daño y, por tanto, la urgencia de adoptar la medida para evitar esta.

⁵⁰ Cfr., Constitución de la República del Ecuador, Art. 86(3)(i).

⁵¹ Cfr., Constitución de la República del Ecuador, Art. 11(2)(iii).

⁵² Cfr., Constitución de la República del Ecuador, Art. 87.

7. Jurisprudencia.

En la Constitución de 2008, el máximo tribunal en materia constitucional pasa a ser la Corte Constitucional. A diferencia de su predecesor, el Tribunal Constitucional, la Corte no es un tribunal de alzada que resuelve en última instancia las acciones constitucionales, sin embargo la Constitución le confiere la facultad de generar jurisprudencia en materia de protección de derechos fundamentales.

El artículo 86(5) de la Constitución contiene la disposición de que "todas las sentencias ejecutoriadas serán remitidas a la Corte Constitucional, para el desarrollo de su jurisprudencia". Esta facultad está contenida, además, en el artículo 436(6) de la Constitución:

Expedir sentencias que constituyan jurisprudencia vinculante respecto de las acciones de protección, cumplimiento, hábeas corpus, hábeas data, acceso a la información pública y demás procesos constitucionales, así como los casos seleccionados por la Corte para su revisión.

La forma en que se creará la jurisprudencia constitucional nos plantea varias interrogantes: (i) ¿se establecerán criterios más o menos objetivos por los que la Corte decidirá pronunciarse o no sobre un caso?; (ii) ¿la Corte deberá motivar el porque decide no pronunciarse sobre ciertos procesos?; (iii) ¿qué pasa si la última instancia (Corte Provincial) dicta una sentencia de una acción constitucional contraria a la jurisprudencia del tribunal?; (iv) ¿existirá un momento procesal en que la Corte escuche argumentos de las personas accionantes sobre la relevancia del pronunciamiento en un caso analizado?; entre otras.

Si bien estas interrogantes no se despejarán hasta la expedición de una nueva Ley de Control Constitucional o Ley de Justicia Constitucional, si podemos adelantar que la motivación y racionalidad de las sentencias en materia de garantías judiciales cobra aún más importancia en la Corte Constitucional, por lo que no podría ser totalmente facultativo para la Corte el analizar o no una sentencia. Por lo que, la negativa de pronunciamiento sobre una sentencia debería ir acompañada de una resolución motivada que señale cual sería el precedente aplicable al caso que ya fue emitido por la Corte. De igual forma, en cumplimiento de garantías como las de ser escuchado dentro del proceso donde se decida sobre los derechos fundamentales, se debe prever una etapa en la que las partes puedan alegar la existencia o no de la necesidad de que la Corte se pronuncie en un caso concreto.

Además, la ley deberá especificar cuales son los supuestos por criterios que seguirá la Corte para escoger en que casos pronunciará sentencia, parecería ser que el más claro es la inexistencia de jurisprudencia sobre el tema materia de la acción; sin embargo estos criterios podrían ampliarse a casos donde existan grandes violaciones de derechos humanos. Respecto al irrespeto a la jurisprudencia de la Corte por parte de las instancias inferiores, nos enfrentamos a un problema que no es ajeno a la práctica judicial en nuestro país; parecería ser que en caso de que esto ocurra la persona accionante podría presentar una acción extraordinaria de protección para que la propia Corte defienda su jurisprudencia, sin embargo esta salida no es compatible con la idea de que se reconozca la existencia de la jurisprudencia constitucional, ya que sería el mismo órgano, al que no queremos saturar y permitirle que desarrolle nuestro derecho constitucional, el que terminaría conociendo la mayor parte de las causas.

Una futura Ley de Control Constitucional o de Justicia Constitucional deberá contemplar las sanciones administrativas que deberán aplicarse en contra de jueces y juezas que fallen en contra de la jurisprudencia de la Corte. Estas sanciones podrían abarcar multas, suspensiones, destitución o capacitación obligatoria en materia de derecho constitucional y derechos humanos.

8. ¿Será realmente la acción de protección un avance respecto al amparo constitucional?

En este acápite se desarrollarán algunas perspectivas de la aplicación correcta y garantista de la acción de protección. No debe ser extraño partir desde una posición cautelosa respecto a la aplicación de la Constitución, sobre todo porque la experiencia de aplicación de las garantías constitucionales contenidas en la Constitución de 1998 fue desastrosa.⁵³ Varios fueron los vicios de la justicia constitucional del Ecuador en los 10 años de vigencia de la anterior Constitución, entre ellos podemos citar: falta de calidad lógica, argumentativa y jurídica de las resoluciones, politización de las decisiones, intentos ilegítimos de limitar las garantías constitucionales (por ejemplo mediante resolución de la ex Corte Suprema de Justicia), falta de técnica jurídica en materia de creación de precedentes jurisprudenciales por parte del Tribunal Constitucional, falta de preparación de los jueces, juezas, magistrados y magistradas en materia de

⁵³ Para un estudio detallado sobre la aplicación del amparo constitucional ver: Ramiro Ávila Santamaría, "El Amparo Constitucional...", *op. cit.*, pp. 359 y ss.

Derecho Constitucional y de Derecho Internacional de los Derechos Humanos (muchas resoluciones del Tribunal Constitucional tienen perspectiva de derecho civil o de derecho administrativo, recordemos que la opinión generalizada era que el amparo constitucional se podía presentar sólo contra actos administrativos); y, finalmente, las resoluciones no tenían vías efectivas de ejecución.

Muchas de estas falencias podrían ser subsanadas con una Ley de Control Constitucional o de Justicia Constitucional que delimite de forma clara las funciones de las distintas instancias de administración de justicia constitucional, sobre todo el contenido que deberán tener las sentencias y el nivel de argumentación que se espera en estas. Otro tanto se puede conseguir mediante la capacitación constante de los funcionarios judiciales en materia de Derecho Constitucional y de Derecho de los Derechos Humanos y estableciendo criterios elevados de especialización, experiencia y preparación académica para las personas que postulen para alcanzar la Corte Constitucional.

Pero sin dudas el mayor defecto del que adoleció la administración de justicia fue la falta de ejecución de las resoluciones, sobre todo las de amparo constitucional. Esta falta de ejecución ha llevado a que las personas cuyos derechos fueron violados, además sufran una nueva vulneración, la falta de tutela efectiva de sus derechos. Este punto será ampliado en el siguiente acápite.

Es de especial preocupación que la Constitución se haya inaugurado con violaciones a la misma, en lo que concierne al presente trabajo, la auto proclamación de los miembros del Tribunal Constitucional como Corte Constitucional y la limitación ilegítima que estos dictaron en contra de la acción de protección. Este punto lo desarrollaremos en el segundo acápite.

Finamente este título terminará con algunas perspectivas de lo que podría considerarse una regulación garantista de la acción de protección.

8.1. ¿Serán ejecutables las sentencias que resuelvan acciones de protección?

Como dejamos anotado antes, muchas acciones de amparo constitucional no fueron ejecutadas, en especial las que ordenaban adoptar medidas positivas para la protección de derechos económicos, sociales y culturales. La idea de que exista la facultad judicial de ordenar, por ejemplo, la contratación de trabajadores tercerizados, la construcción de un centro médico, la dotación de medicinas a las personas enfermas de sida, la obligación de presentar una opción viable de vivienda a personas que viven en predios municipales antes de desalojarlas, etc., no llegaba

a calar en la administración pública. Pero tampoco lograba tener asidero en los jueces, quienes de mala gana y en contadas ocasiones tomaban las amplias medidas a las que estaban facultados para que sus resoluciones se cumplieran.

Nada ha cambiado desde entonces, serán los mismos jueces civiles, los mismos funcionarios públicos e incluso los mismos magistrados y magistradas del ex-Tribunal Constitucional quienes conozcan y resuelvan las acciones de protección y otras garantías. Si bien la actual Constitución faculta al juez o jueza de la causa ordenar la destitución del funcionario que no cumpla con su resolución⁵⁴, la misma disposición la encontrábamos en la Ley de Control Constitucional, sin embargo nunca fue aplicada. Inclusive se iniciaron procesos penales en contra de jueces que quisieron hacer cumplir sus resoluciones, sobre todo en lo referente a acciones positivas para la defensa de derechos humanos.

La nueva Ley de Control Constitucional o de Justicia Constitucional deberá contener preceptos claros al respecto, sobre todo en lo referente al trámite de destitución, la autoridad que deberá recibir y ejecutar dicha sanción, los medios que tendrán los jueces para hacer cumplir sus decisiones y las sanciones a los jueces y juezas que no hagan cumplir sus propias sentencias.

Especial preocupación genera la posibilidad de aplicar la acción de incumplimiento para la ejecución de acciones de protección ya que esto significaría en la práctica crearle una tercera instancia a la acción de protección, además de obligar a los accionantes a acudir de todas maneras a la Corte Constitucional, luego de que se le retiró expresamente la facultad de ser tribunal de alzada en estos casos. La nueva Ley de Control Constitucional o de Justicia Constitucional debe contener disposiciones expresas sobre la aplicación de la acción de incumplimiento en el caso de garantías constitucionales, ya que estas son ejecutables de inmediato por parte del juez o jueza de primera instancia que conoció la acción. Previendo esto la Asamblea Nacional Constituyente determinó que los procesos constitucionales no se cierran hasta que queden completamente ejecutada la sentencia del caso.⁵⁵

No se puede saber con certeza si las sentencias de acciones de protección serán ejecutadas por los mismo operadores y funcionarios que se han negado una y otra vez a acatar las resoluciones de amparo constitucional, si bien es cierto existen avances en la actual Constitución esto no es garantía por si mismo de que la práctica jurídica va a cambiar. Mejorar la educación de las próximas

⁵⁴ Cfr., Constitución de la República del Ecuador, Art. 86(4).

⁵⁵ Cfr., Constitución de la República del Ecuador, Art. 86(3)(ii).

generaciones de profesionales del Derecho es indispensable para alcanzar este fin, pero mientras tanto la sociedad civil debe exigir un cambio de comportamiento por parte de funcionarios y funcionarias públicas y de los operadores y operadoras de justicia hacia un respeto irrestricto a la Constitución y a las instancias de justicia constitucional.

8.2. Un mal inicio: La limitación arbitraria de la acción de protección por la Corte Constitucional *de facto*.

La nueva Constitución se inauguró con el pie izquierdo, cuando los magistrados del Tribunal Constitucional (que debieron continuar en sus cargos con funciones prorrogadas) decidieron proclamarse Corte Constitucional, ni el Presidente de la República ni la Comisión Legislativa de la Asamblea Nacional Constituyente tuvieron objeción y así *de facto* se consumó la integración de nuestra primera Corte Constitucional.

Esta auto designación no era necesaria por dos razones: (i) el Tribunal Constitucional tenía suficientes causas represadas, de varios años, como para darle trabajo a los Magistrados y Magistradas, pudiendo estos asumir el compromiso cívico de dejar resueltos todos los procedimientos iniciados en virtud de la Constitución de 1998 y así apoyar en la instalación de la primera Corte constitucionalmente designada; y, (ii) no se dejaría en indefensión a las personas, ya que por la duración de los procesos, tardarían varios meses en pasar las dos instancias de los procesos de garantías constitucionales para que estos lleguen a conocimiento de la Corte y de todas maneras, para generar jurisprudencia de dichos casos, se podía esperar unos meses.

Las consecuencias de este abuso constitucional se vieron a días de la auto proclamación: (i) las sentencias de la Corte Constitucional *de facto* no tenían la calidad que se esperaba de la Corte Constitucional⁵⁶, lo cual era de esperarse ya que la composición del Tribunal Constitucional era política, no existía ningún concurso de oposición y méritos para la elección, y no se exigía especialidad en la materia; y, (ii) la Corte Constitucional *de facto* emitió unas "reglas de procedimiento"⁵⁷ inconstitucionales (la regulación del ejercicio de los derechos

⁵⁶ Ver por ejemplo, Corte Constitucional del Ecuador para el Período de Transición, Resolución No. 1103-2007-RA del 7 de enero de 2009.

⁵⁷ Constitucional del Ecuador para el Período de Transición, *Reglas de procedimiento para el ejercicio de las competencias de la Corte Constitucional para el Período de Transición*, Publicadas en el Registro Oficial No. 466 del jueves 13 de noviembre del 2008.

y garantías constitucionales debe realizarse mediante ley orgánica)⁵⁸ que limitaron el ejercicio del derecho a la tutela efectiva y en particular a la acción de protección.

Si bien es cierto, la Corte Constitucional *de facto* podía emitir un reglamento de funcionamiento interno, este no podía llegar al abuso de limitar o contradecir las disposiciones y derechos constitucionales. En el presente trabajo no se hizo referencia a esta regulación dado que no refleja los principios constitucionales que se han tratado de desarrollar aquí y porque se espera que la nueva Ley de Control Constitucional o de Justicia Constitucional sea debatida y aprobada lo antes posible, respetando eso sí a la Constitución. Si bien estas reglas de procedimiento tienen muchos puntos criticables, en este apartado se analizarán brevemente las disposiciones que tienen que ver con la acción de protección:

(i) El artículo 43(3) lleva por título "no subsidiariedad", sin embargo el texto de la disposición define un recurso subsidiario: "No se podrá acudir a las acciones jurisdiccionales de los derechos en reemplazo de las acciones ordinarias establecidas en la ley, salvo que se utilicen como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable". Un recurso rápido y sencillo para la protección de los derechos humanos no puede ser subsidiario de las demás acciones ordinarias, si bien este criterio no está universalmente reconocido, adoptar el criterio de subsidiariedad de la acción implica una limitación significativa de éste criterio que no fue especificado en la Constitución por lo que se debe suponer que la Asamblea adoptó la concepción más amplia (no subsidiariedad). Adoptar una de las dos doctrinas era tarea de la Asamblea Nacional Constituyente, la Asamblea Nacional no podría limitar el ejercicio de la acción⁵⁹ y mucho menos la Corte Constitucional *de facto* mediante una simple disposición, sobre todo por la falta de legitimidad de una institución de transición integrada por personas en funciones prorrogadas sin mandato constitucional expreso.

(ii) El artículo 44(4) habla de que la apelación debe ser *debidamente fundamentada*, como se ha desarrollado en el presente trabajo, la informalidad de la acción de protección hace que el juez o jueza deban suplir la falta de determinación de las normas impugnadas o del desconocimiento del Derecho aplicable, incluso la apelación podría ser presentada de forma oral ante el juez o jueza de primera instancia, por lo que no cabe que se exijan requisitos técnicos para activar la segunda instancia de la acción de protección.

⁵⁸ Cfr., Constitución de la República del Ecuador, Art. 133.

⁵⁹ Cfr., Constitución de la República del Ecuador, Art. 11: "El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: [...] 4. Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales".

(iii) El artículo 45 delimita los derechos protegidos a los **establecidos** en la "Constitución y demás derechos conexos definidos por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, y aquellos que a pesar de no estar señalados expresamente en la Constitución y en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos que contengan normas más favorables a los contenidos en la Constitución". Sin embargo la Constitución en su artículo 88 determina que la acción de protección procede para la protección de los derechos **reconocidos** por la Constitución, los derechos reconocidos por la constitución son los señalados en el artículo 10 de la Constitución, es decir, los **establecidos** en la Constitución y en los **instrumentos internacionales**, estos pueden ser de la más diversa índole, no sólo tratados internacionales, como declaraciones, directrices, reglas mínimas, resoluciones, jurisprudencia de los tribunales internacionales, observaciones generales, opiniones consultivas, etc. Además, nuestra Constitución contiene una cláusula abierta por la cual **reconoce** los derechos inherentes a la dignidad humana,⁶⁰ estén o no **establecidos** en la Constitución o en instrumentos internacionales.

(iv) El artículo 47 referente a la legitimación activa restringe ésta únicamente a las personas y colectividades cuyos derechos hayan sido vulnerados o amenazados, es decir a las víctimas de la violación. Esto va en contra de la legitimación activa abierta de la Constitución que permite a cualquier persona, sea afectada o no, a presentar acciones de protección a favor de un tercero. ¿Cómo va a nombrar una nacionalidad indígena no contactada o un parque nacional o la naturaleza un representante o apoderado?, esta ya fue una vía para desechar los amparos constitucionales que se presentaban por derechos difusos.⁶¹

(v) El artículo 49 referente al contenido de la demanda establece que la demanda deberá contener "el juramento de no haber presentado otra acción de protección por la misma razón y objeto", restricción que no está contenida en la Constitución y tiene razón de estar allí en vista de que las situaciones fácticas pueden cambiar y por tanto permitir al juez o jueza cambiar su posición respecto a la violación o amenaza de un derecho humano.

(vi) Quizás el artículo más infame de este documento es el artículo 50 que indica las causas en las que la acción de protección debe ser rechazada por el juez o jueza de la causa, a continuación detallamos dichas causas:

⁶⁰ Cfr., Constitución de la República del Ecuador, Art. 11(7).

⁶¹ Cfr., Tribunal Constitucional, Resolución 1103-2007-RA de 7 de enero de 2009.

(vi.i) Según el literal a) no procede la acción de protección cuando se refiera a aspectos de "mera legalidad, en razón de la cual existan vías judiciales ordinarias para la reclamación de los derechos, y particularmente, la vía administrativa". Esto es lo que se conoce como subsidiariedad de la acción, es decir que opera únicamente cuando no existen otras vías judiciales; sin embargo casi cualquier acto puede ser impugnado por alguna vía ordinaria (al menos aparentemente), sin embargo lo que debe analizar el juez constitucional es la existencia o no de un acto que viole derechos humanos y la forma de su reparación adecuada, no si estos actos podían o no ser demandados por otra vía. Mediante la doctrina de la responsabilidad extracontractual, por ejemplo, todas las violaciones de derechos humanos podrían "resolverse" mediante una acción ordinaria de daños y perjuicios; todo acto estatal que recaiga en la categoría de "acto administrativo" sería impugnable por vía administrativa mediante el recurso de plena jurisdicción o subjetivo ya que este ampara los "derechos subjetivos"⁶² del administrado y dentro de esa categoría estarían los derechos humanos; o, la vía penal que castiga varios actos contra los derechos humanos con la pena de privación de la libertad del infractor. Ahora cabe preguntarse ¿Brindan las vías civil, penal y administrativa acciones rápidas y eficaces para la defensa de los derechos humanos? Si la respuesta es afirmativa entonces cabe la disposición de la Corte Constitucional *de facto*, pero se sabe que por el tiempo que tardan estas acciones, lo limitadas de las acciones que pueden adoptar los jueces (cárcel, indemnización económica e impugnación del acto) y las propias características de formalidad procesal que entorpecen el acceso a la justicia de la víctima (excluyendo de entrada a quienes no puedan contratar a un abogado) hacen que estas acciones no cumplan con los parámetros del artículo 25 de la Convención Americana y por tanto la sola expedición de esta norma ya es una violación al derecho humano a la tutela judicial de sus derechos contenido en la Constitución y en varios tratados internacionales.

(vi.ii) El literal b) declara la improcedencia de acciones cuya única pretensión sea la indemnización de daños y perjuicios, a menos que sea la única alternativa de reparación integral. Esta disposición resultaría obvia por las características de la vía constitucional, sin embargo resulta peligrosa la disposición ya que el juez o jueza debe decidir la existencia o no de la violación de un derecho fundamental para luego determinar la procedencia o no de la pretensión de la parte accionante, sin embargo se entiende que en virtud de esta disposición

⁶² Cfr., Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, Art. 3(ii).

se podría declarar improcedente una acción, en la cual sí existe violación de los derechos humanos, por la forma en que fueron planteadas las pretensiones.

(vi.iii) El literal d) habla del *agotamiento o no de las acciones ordinarias*, se entiende entonces que aun cuando la vía a seguirse sea la ordinaria (en franca contradicción con el literal a) del mismo artículo) una vez agotada esta se podría presentar *a posteriori* una acción de protección; vale aquí las mismas consideraciones sobre la complejidad de las vías ordinarias y la duración de los procesos.

Se espera que la Asamblea Nacional no tome en cuenta estas normas inconstitucionales al dictar la nueva Ley de Control Constitucional o Ley de Justicia Constitucional, lo cual será fundamental para que la legislación se impregne del espíritu garantista de la Constitución de 2008. En el siguiente acápite se desarrollaran algunos puntos que debe considerar para regular y garantizar el ejercicio de la acción-derecho de protección.

8.3. Perspectivas de una regulación garantista.

Al término de la edición de este libro no se contaba aún con una Ley de Control Constitucional o Ley de Justicia Constitucional aprobada, sin embargo es una de las leyes que deben ser aprobadas en el primer año de vigencia de la Constitución de 2008.⁶³ Esta ley deberá contener la regulación de las acciones jurisdiccionales, entre ellas la acción de protección. Como se ha detallado en este documento, son claros los principios constitucionales que rigen la acción de protección, la ley que los desarrolle sólo puede contener reglas de procedimiento y plazos que **regulen** y **no limiten** la acción. Una ley que mantenga el espíritu garantista de la Constitución deberá:

(i) Establecer reglas de competencia de los jueces de instancia, en especial en lo referente a como se llevará a la práctica el hecho de que en la acción de protección son hábiles todos los días y las horas, así como la prelación en los elementos que resuelven las competencias concurrentes.

(ii) Determinar la forma en que deberá llevarse adelante el proceso, en cuanto a audiencias, plazos, oralidad, etc.

(iii) Establecer el plazo de resolución de la acción y la sanción a los jueces y juezas que lo incumplan.

⁶³ Cfr., Constitución de la República del Ecuador, transitoria primera.

(iv) Determinar las sanciones a los particulares que incumplan la sentencia y la forma en que se deberá ejecutar la misma.

(v) Establecer la forma en que se procederá a la destitución de los funcionarios que dejen de ejecutar las sentencias de las acciones de protección.

Cabe volver a señalar que la Ley de Control Constitucional o Ley de Justicia Constitucional no deberá limitar ningún aspecto sustancial ni procedimental de la acción de protección, así serán inconstitucionales las disposiciones que:

(i) Limiten la legitimación activa, reduciendo esta condición a la víctima o a quienes sean sus apoderados.

(ii) Limiten la legitimación pasiva, aumentando los requisitos en los cuales es aplicable el amparo tanto para sujetos privados como públicos.

(iii) Limiten la capacidad del juez o jueza de dictar medidas de reparación integral.

(iv) No establezcan las sanciones para los sujetos privados que dejen de obedecer una sentencia.

(v) No establezcan las sanciones a los jueces y juezas de primera instancia; y, magistrados y magistradas de las cortes provinciales que no sigan la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

(vi) Que no establezca los medios de ejecución de las sentencias que resuelvan las acciones de protección.

9. Conclusión.

En el presente trabajo se han expuesto los avances que ha tenido la institución del "amparo constitucional" en la Constitución de 2008. Si bien es cierto que los progresos son significativos, no podemos olvidar que el fracaso del antiguo amparo constitucional no se debió al texto de la Constitución de 1998, sino a la forma en que fue aplicado, interpretado, limitado y descatado por los miembros de la judicatura, de la academia, de la administración pública y del propio Tribunal Constitucional.

Son entonces fundamentales los pasos que se den a continuación para evitar que se despoje a la ciudadanía de su derecho-garantía a la acción de protección, en especial se deberá prestar atención a: (i) el proceso de debate y aprobación la nueva Ley de Control Constitucional o Ley de Justicia Constitucional; (ii) el proceso de oposición y méritos para la designación de la primera Corte Constitucional; y, (iii) al proceso de creación de la jurisprudencia

de la Corte Constitucional. Lamentablemente, los procesos sustanciados bajo las reglas dictadas por la Corte Constitucional *de facto* deberán ser revisados por la primera Corte Constitucional, en especial aquellos que hayan sido rechazados en virtud de alguna de las reglas inconstitucionales que se han analizado.

El cambio de paradigma al Estado Constitucional de Derechos y Justicia no es sólo un cambio normativo, es un cambio de actitud hacia el Derecho y hacia los derechos. Implica un esfuerzo auténtico y decidido de todos los operadores y operadoras de justicia y profesionales del Derecho para dejar atrás el paradigma civilista de una administración de justicia elitista, excluyente, lenta y formalista. Pero sobre todo, implica tener una sociedad empoderada de sus derechos humanos que hace control efectivo y constante de la actividad estatal, que no permite la arbitrariedad, que exige respeto, que conoce y utiliza las herramientas que le brinda la Constitución para evitar y remediar los atropellos que sufre; para esa sociedad ha sido diseñada la acción de protección y a ella le corresponde utilizarla, defenderla de los intentos de limitación y exigir su efectivo cumplimiento.

10. Bibliografía.

- Ávila Santamaría, Ramiro, "El Amparo Constitucional: entre el diseño liberal y la práctica formal", en *Un cambio ineludible: La Corte Constitucional*, Quito, Tribunal Constitucional del Ecuador, 2007.
- Escudero, Jhoel, "El cambio de cultura jurídica en la interpretación constitucional", en David Cordero Heredia, edit., *Nuevas instituciones del derecho constitucional ecuatoriano*, Quito, Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos (INREDH), 2009.
- Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del Galantismo Penal*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco y Rocío Cantarero Bandrés, Madrid, Editorial Trotta, 2004, 6a. ed.
- Habermas, Jürgen; de Sousa Santos, Boaventura; Laporta, Francisco; López Calera, Nicolás; Atienza, Manuel; Twining, William; Alexy, Robert; Ferrajoli, Luigi; Díaz, Elías; MacCormick, Neil; Comanducci, Paolo; Wenxian, Zhan; Narayan, Uma; May, Larry, *inter alia*, *Declaración de granada sobre la globalización. Derecho y justicia en una sociedad global*, Granada, 22º Congreso Mundial de Filosofía Jurídica y Social, 2005.
- Oyarte Martínez, Rafael, *La Acción de Amparo Constitucional. Jurisprudencia, doctrina*

y *dogmática*, Quito, Fundación Andrade & Asociados, 2006, 2a. ed.

- Silva Portero, Carolina, "La exigibilidad de las medidas positivas derivadas de los derechos del buen vivir", en David Cordero Heredia, edit., *Nuevas instituciones del derecho constitucional ecuatoriano*, Quito, Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos (INREDH), 2009.

Tratados internacionales.

- Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Jurisprudencia internacional.

- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Washington D.C., OEA/Ser.L/V/II.129 Doc. 4, de 7 septiembre 2007.
- Comité del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General 3, *La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto)*, 1990.
- Comité del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General 4, *El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto)*, 1991.
- Comité del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General 7, *El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11): los desalojos forzados*, 1997.
- Comité del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General 12, *El derecho a una alimentación adecuada (art. 11)*, 1999.
- Comité del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General 13, *El derecho a la educación (art. 13)*, 1999.
- Comité del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General 14, *El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (art. 12)*, 2000.

- Comité del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General 15, *El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto)*, 2002.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Acosta Calderón contra Ecuador*, Sentencia de fondo, reparaciones y costas, del 24 de junio de 2005.
- Corte Interamericano de Derechos Humanos, *Caso Albán Cornejo y otros*, Sentencia de 22 de noviembre de 2007, Serie C No. 171.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso "Cinco Pensionistas"*, Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia*, Sentencia de excepciones preliminares de 7 de marzo 2005, Serie C No. 122.
- Corte Interamericana de Derecho Humanos, *Casos de las Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador*, Sentencia de excepciones preliminares de 23 de noviembre de 2004, Serie C No. 118.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri*, Sentencia de 8 de julio de 2004, Serie C No. 110.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Herrera Ulloa*, Sentencia de 2 de julio de 2004, Serie C No. 107.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso "Instituto de Reeducción del Menor"*, Sentencia de 2 de septiembre de 2004, Serie C No. 112.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Loayza Tamayo Vs. Perú*, Sentencia de reparaciones y costas de 27 de noviembre de 1998, Serie C No. 42.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Maritza Urrutia*, Sentencia de 27 de noviembre de 2003, Serie C No. 103.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Myrna Mack Chang*, Sentencia de fondo, reparaciones y costas de 25 de noviembre de 2003, Serie C No. 101.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay*, Sentencia de fondo, reparaciones y costas de 31 de agosto de 2004, Serie C No. 111.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Tibi vs. Ecuador*, Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas de 7 de septiembre de 2004, Serie C No. 114.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Tristán Donoso Vs. Panamá*, Sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas de 27 de

enero de 2009 Serie C No. 193.

- Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Yatama Vs. Nicaragua*, Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 23 de junio de 2005, Serie C No. 127.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, *El Hábeas Corpus Bajo Suspensión de Garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987, Serie A No. 8.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987, Serie A No. 9
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso Airey*, Sentencia del 9 de octubre de 1979, Serie A, No. 32.

Jurisprudencia nacional.

- Corte Constitucional del Ecuador para el Período de Transición, Resolución No. 1103-2007-RA del 7 de enero de 2009.
- Tribunal Constitucional de Ecuador, Resolución No. 0054-2003-RA de 3 de julio de 2003.
- Tribunal Constitucional de Ecuador, Resolución No. 0994-2004-RA de 8 de noviembre de 2004.
- Tribunal Constitucional de Ecuador, Resolución No. 1103-2007-RA de 7 de enero de 2009.

Prensa.

- "13 familias tendrán que salir de La Ronda", en *El Comercio*, Quito, 3 de enero de 2007, disponible en: http://www.elcomercio.com/solo_texto_search.asp?id_noticia=62736&anio=2007&mes=3&dia=1, último acceso 13-06-2009.
- "Normas invisibles rigen zonas públicas", en *El Telegrafo*, Guayaquil, 20 de noviembre de 2008, disponible en <http://www.eltelegrafo.com.ec/actualidad/noticia/archive/actualidad/2008/11/09/Reglas-no-escritas-mandan-en-las-zonas-regeneradas.aspx>, último acceso 13-06-2009.

Legislación.

- Constitución de la República del Ecuador de 2008.
- Constitución Política de la República del Ecuador de 1998.
- Reglas de procedimiento para el ejercicio de las competencias de la Corte Constitucional para el Período de Transición, Registro Oficial No. 466 del jueves 13 de noviembre del 2008.
- Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

La exigibilidad de las medidas positivas derivadas de los derechos del buen vivir

Carolina Silva Portero

SUMARIO

1. Introducción. 2. Los Derechos Sociales como "derechos sobre el papel". 3. Las medidas positivas de los Derechos Sociales. 3.1. Distinción positivo-negativo. 3.2. Definición del derecho a medida positivas. 3.3. Clasificación de las medidas positivas. 3.3.1. Medidas de protección. 3.3.2. Medidas normativas. 3.3.3. Medidas de organización y procedimiento. 3.3.4. Prestaciones en sentido estricto. 4. Los problemas de la revisión judicial de las prestaciones en sentido estricto. 4.1. El problema del paradigma liberal. 4.2. El problema de las políticas públicas. 4.3. El problema de la indeterminación de la obligación estatal. 5. Estándares internacionales de revisión judicial de las medidas positivas. 5.1. Progresividad y prohibición de regresividad. 5.2. Contenido mínimo esencial de los derechos sociales. 6. Conclusiones. 7. Bibliografía

1. Introducción.

La actual Carta Política establece al "buen vivir" como criterio de clasificación de los derechos que en su mayoría integraban los denominados "derechos sociales"¹ en la Constitución de 1998. Pese a que la denominación de la nueva clasificación responde a un intento de abandonar el paradigma de la división clásica de los derechos, esto no significa que los derechos del buen vivir hayan superado los problemas de justiciabilidad que caracterizan a los derechos sociales.

Existe una creencia generalizada y asumida por muchos juristas de que los derechos sociales no son justiciables en tanto les corresponden obligaciones de prestaciones o medidas positivas, cuya satisfacción no consiste en un *no hacer*

¹ Para un análisis comparativo entre los derechos sociales de 1998 y los actuales derechos "del buen vivir", véase Carolina Silva Portero, "¿Qué es el *buen vivir* en la Constitución?" en *Constitución del 2008 en el contexto andino, análisis de la doctrina y el derecho comparado*, Ramiro Ávila (edit.), Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, p. 111.

sino en un *hacer*, de ahí que autores como Guastini señalen que no son *verdaderos derechos* aquellos de los cuales no se desprende una obligación de conducta bien definida, como es el caso de las medidas positivas derivadas de derechos sociales.² Un ejemplo de esto es el caso de una persona que exige ante un juez la provisión de medicamentos en caso de una enfermedad, ¿qué medicinas puede pedir?, ¿en qué casos? ¿durante cuánto tiempo?. Estos son temas que los jueces no han estado dispuestos a decidir.

De esta forma, el concepto de medidas positivas o prestaciones derivadas de derechos sociales, constituye un elemento clave en toda reflexión teórica alrededor de la exigibilidad judicial de los derechos sociales, ¿pueden ser las medidas positivas exigidas?. La justiciabilidad de estos derechos supone entonces un desafío al moderno Estado Constitucional, entendido como sistema de vínculos y controles a los poderes públicos y privados en defensa de los derechos fundamentales de las personas puesto que nos lleva a preguntarnos ¿qué son las medidas positivas? y ¿cómo podemos exigir medidas positivas derivadas de derechos sociales, o ahora, derechos del buen vivir?

Para comprender todo esto, en el presente ensayo abordaremos tres cuestiones relacionadas con las medidas positivas o prestaciones. Como punto de partida, presentaremos una aproximación a la corriente que cataloga a los derechos sociales como derechos "sobre el papel". Luego, abordaremos el concepto de medidas positivas y su clasificación, para posteriormente analizar los problemas de exigibilidad de estas medidas y, finalmente, sobre la base de lo anterior, indagar en las estándares internacionales de revisión judicial utilizados en el derecho comparado para resolver sobre medidas positivas.

2. Los derechos sociales como "derechos sobre el papel".

El constitucionalista italiano Ricardo Guastini sostiene que los derechos sociales no son verdaderos derechos en tanto no pueden ser exigidos judicialmente. Guastini propone el fraccionamiento entre "verdaderos derechos" y "derechos sobre el papel" al asumir que verdaderos derechos son aquellos que satisfacen conjuntamente tres condiciones: *a)* son susceptibles de tutela jurisdiccional; *b)*

² Cfr., Ricardo, Guastini, *Estudios de teoría constitucional*, Doctrina Jurídica Contemporánea/ Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México/Fontamara, México, 2001, Internet, <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=22>, última visita 31 de marzo de 2009.

pueden ser ejercidos o reivindicados frente a un sujeto determinado; y, c) su contenido consiste en una obligación de conducta bien definida, al igual que el sujeto titular; y, califica de derechos "sobre el papel" o "derechos ficticios", a todos aquellos derechos que no satisfacen alguna de estas condiciones.³

En definitiva, Guastini condiciona la existencia misma del derecho con la posibilidad de tutelarlos cuando no se cumplen ciertos requisitos. En la práctica constitucional ecuatoriana, podemos encontrar un ejemplo de la adopción de esta posición, en una resolución de amparo del Tribunal Constitucional respecto del derecho a la salud y a un medio ambiente sano.⁴

La demanda se presentó en relación con la ejecución del Plan Colombia, pues no se respetó la oferta verbal de fumigar a diez kilómetros de distancia de la línea fronteriza con el Ecuador. Colombia esparció glifosato por vía aérea, causando graves daños a las personas que habitaban la frontera. Los accionantes establecieron la existencia de una *omisión ilegítima* (como lo requería la norma constitucional relativa al amparo constitucional)⁵ el hecho de que las autoridades accionadas se encontraban obligadas a impedir que se fumigue con agroquímicos tóxicos en suelo ecuatoriano o cerca de su frontera y a tomar medidas de prevención y remediación a favor de la población y la naturaleza de la zona.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional consideró que no existía una *norma expresa* indicando la obligación de las autoridades de remediar las consecuencias de daños producidos como consecuencia de la ejecución del Plan Colombia. Por tanto, el Tribunal Constitucional resolvió inadmitir el amparo al

³ Cfr., Ricardo, Guastini, *Estudios de teoría ...*, op cit. p. 220 y ss.

⁴ Cfr., Tribunal Constitucional del Ecuador, Resolución No. 0140-2003-RA, R.O.130, 22 julio 2003. Santiago Tanguila, Ángel Nauya, Gloria Chicaiza, Elsie Monge y Raimundo Encarnación, en sus calidades de dirigentes de las Comunidades de la vía a Colombia, Puerto Nuevo y Chone II, Acción Ecológica y Comisión Ecuménica de Derechos Humanos (CEDHU) propusieron una acción de amparo en contra del presidente de la República, ministro de Medio Ambiente, ministro de Relaciones Exteriores, ministro de Salud Pública y ministro de Agricultura.

⁵ El Art. 95 de la Constitución Política de 1998, relativa al amparo, determinaba que mediante esta acción, que debía tramitarse en forma preferente y sumaria, se requerirá la adopción de medidas urgentes destinadas a cesar, evitar la comisión o remediar inmediatamente las consecuencias de un acto u omisión ilegítimos de una autoridad pública, que viole o pueda violar cualquier derecho consagrado en la Constitución o en un tratado o convenio internacional vigente, y que, de modo inminente, amenace con causar un daño grave.

señalar que no se evidenció acto de omisión alguno y menos ilegítimo atribuible o de responsabilidad de las autoridades públicas demandadas. Este organismo no realizó ningún análisis relativo a las afectaciones a la tierra, al agua y al aire de la zona expuesta, y la forma en que estos perjuicios lesionaron la vida y la salud de quienes habitan en dichos sectores, así como a sus animales y cultivos.

Evidentemente, en este caso, el Tribunal Constitucional determinó que al no existir una obligación claramente determinada para las autoridades para proteger el derecho en cuestión, entonces no existía una omisión ilegítima, y por tanto, no se violó el derecho a la salud ni el derecho el medio ambiente. Frente a este enfoque, cabe preguntarnos, ¿pese a que no existía una obligación claramente definida de prevenir los daños producidos por las fumigaciones, o en su defecto, de remediar sus efectos, podríamos sostener que no existía el derecho a la salud de todas aquellas personas que fueron afectadas por el glifosato?

La imposibilidad de tutelar un derecho bajo la premisa de que no constan sujetos y/u obligaciones determinadas, no se traduce en la *inexistencia* del derecho sino en la necesidad de buscar formas de tutelarlos pese a la indeterminación de los sujetos y sus correspondientes obligaciones, de manera que su ejercicio sea efectivo y no ilusorio.

Como lo señala Luigi Ferrajoli, "esta ausencia de garantías no autoriza de hecho a sostener la tesis [...], que los derechos no garantizados no existen pero existen las normas que los establecen".⁶ Ferrajoli se mantuvo en la independencia conceptual entre la existencia de un derecho y la existencia de sus correspondientes garantías, puesto que sostenía que ante la falta de una norma que señale a un obligado en concreto a satisfacer un derecho, o frente a la falta de un medio de acción que permita exigir el incumplimiento de esa obligación, en realidad no nos encontraríamos frente a un "no-derecho" —o "derecho ficticio" como lo señala Guastini—, sino frente a dos tipos de lagunas. Frente a lagunas primarias en el caso en que una norma no señalara a un sujeto como obligado a realizar la conducta tendente a la satisfacción de un derecho; o frente a lagunas secundarias en el caso de no existir los mecanismos que invaliden o sancionen la violación de esa obligación:

"En tales casos no podemos negar la existencia del derecho subjetivo estipulado por una norma jurídica: se podrá solo lamentar la laguna que hace

⁶ Luigi, Ferrajoli, *Garantías constitucionales*, Revista Argentina de Derecho Constitucional, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2000, p. 39., p. 55.

de ese derecho un derecho de carta y afirmar entonces la obligación de completarla".⁷

La solución para la justiciabilidad de los derechos sociales se encuentra entonces en encontrar los mecanismos para su tutela antes que afirmar que no pueden ser tutelados.

3. Las medidas positivas de los derechos sociales.

En este apartado analizaremos lo que actualmente constituye una controversia en el debate jurídico alrededor de la protección a los derechos sociales, es decir, la naturaleza jurídica de lo que Ferrajoli denomina "derechos sociales a prestaciones positivas".

Para esto, en primer lugar se realizará un análisis comparativo entre las categorías positivas y negativas que corresponden a las obligaciones derivadas de los derechos humanos, posteriormente señalaremos una definición de medidas positivas, y finalmente, examinaremos su clasificación.

3.1. Distinción positivo-negativo.

Para comprender el concepto de prestaciones o medidas positivas, examinaremos, en primer lugar, el carácter de las obligaciones de los Estados en relación a los derechos, en la doctrina y en la normativa del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.⁸

En la doctrina se sostiene que no existen obligaciones de los Estados que corresponden a una determinada categoría de derechos por el contrario, "existen obligaciones comunes a todos los derechos humanos".⁹ En línea con lo dicho,

⁷ *Ibidem*, pp. 61 y 62.

⁸ Los sistemas internacionales de protección de los Derechos Humanos se basan en el principio de responsabilidad estatal. Los instrumentos internacionales de Derechos Humanos incluyen una serie de *derechos* protegidos y una serie de *obligaciones* estatales, de manera que cuando un estado viola una de estas obligaciones en relación a un derecho, podrá ser considerado responsable y rendir cuentas en procesos internacionales.

⁹ Víctor Abramovich y Christian Courtis, "Hacia la exigibilidad de los derechos, económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales" en *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Martín Abregú y Christian Courtis (comps.), Buenos Aires, Editores del Puerto, 1998, p. 304.

se han distinguido cuatro niveles de obligaciones estatales correlativas a los derechos humanos, tanto civiles como sociales, y que consisten en: respetar, proteger, garantizar y promover.¹⁰

Los tratados internacionales de Derechos Humanos, en cambio, determinan dos obligaciones generales para proteger los derechos, que consisten en *respetar* y *garantizar*. La obligación de respeto es de *naturaleza negativa* ya que corresponde a un "no hacer" por parte del Estado, "una prohibición absoluta y definitiva al abuso de poder";¹¹ mientras que la obligación de garantizar es de *naturaleza positiva* ya que requiere que los Estados adopten medidas para satisfacer el derecho en cuestión.¹²

Por lo tanto, los derechos de defensa o derechos a acciones negativas u omisiones se originan en la obligación de respetar los derechos.¹³ En el Derecho Internacional de los Derechos Humanos se sostiene que un Estado viola el deber de respetar cuando un órgano, un funcionario, una entidad pública o una persona que ostenta su carácter oficial, participa, autoriza o actúa en complicidad con actos que repercuten en el goce de los derechos protegidos.¹⁴ En el caso específico de los derechos sociales, se sostiene que el deber de respetar se viola cuando por ejemplo:

"[se] destruyen cultivos de subsistencia, envenenan las fuentes de agua, despiden a servidores públicos a causa de su participación en actividades sindicales, o se desentienden de protecciones laborales mínimas en los lugares de trabajo del sector público."¹⁵

¹⁰ Esta distinción de las obligaciones fue originalmente sugerida por Henry Shue, *Basic Rights*, Princeton, 1980, citado por Víctor Abramovich y Christian Courtis, "Hacia la exigibilidad de los derechos, económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales" en *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Martín Abregú y Christian Courtis (comps.), op. cit., p. 289.

¹¹ Tara Melish, *La Protección de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Center for International Human Rights Yale Law School, 2003, p. 176.

¹² *Ibidem*, p. 177.

¹³ La Convención Americana de Derechos Humanos dispone en su artículo 1 que todos los Estados se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella.

¹⁴ Tara Melish, *La Protección ...*, op. cit. p. 176.

¹⁵ *Ibidem*, p. 176.

Los derechos a medidas positivas, por su parte, se derivan de la obligación internacional de garantizar los derechos.¹⁶ En el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, esta obligación exige que los Estados adopten medidas para organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.¹⁷

En el caso de los derechos civiles, la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo en el caso *Masacre de Pueblo Bello* que el Estado no cumplió con su obligación de garantizar el derecho a la vida, por no haber tomado medidas para proteger a la población civil de ataques de grupos paramilitares, y porque posteriormente a esos hechos, tampoco tomó medidas de investigación y sanción correspondientes.¹⁸

Esto nos demuestra que la obligación de respetar y garantizar es común tanto a derechos civiles como a sociales, los cuales no se caracterizan a través de las distinciones entre obligaciones negativas/obligaciones positivas.¹⁹

En consecuencia, dado que toda obligación es la contrapartida de un derecho y que, como se ha visto, existen obligaciones del Estado tanto negativas como positivas para garantizar y respetar tanto a derechos civiles como sociales, se colige que todas las personas pueden exigir medidas (en sentido positivo) u omisiones (en sentido negativo) para satisfacer cualquiera de sus derechos. Como lo sostiene el tratadista alemán Robert Alexy:

"[...] de acuerdo a la interpretación liberal clásica, los derechos fundamentales están destinados a asegurar la esfera de la libertad del individuo frente a intervenciones del poder público, por lo tanto son *derechos de defensa*

¹⁶ La Convención Americana de Derechos Humanos establece en su artículo 1 que todos los Estados se comprometen a garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos, y en el artículo 2, establece que se adoptarán todas las medidas legislativas y de otra índole para hacer efectivos los derechos.

¹⁷ Cfr., Tara Melish, *La Protección ...*, op. cit. p. 177.

¹⁸ Cfr., Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*, Sentencia de 31 de enero de 2006, párr. 119 y ss.

¹⁹ Respecto a las obligaciones comunes de respeto y garantía tanto para derechos civiles como sociales véase, Stephen Colmes y Cass R. Sunstein, "The cost of rights: why liberty depends on taxes", en *International Human Rights in context, Law, Politics, Morals*, Henry J. Steiner y Philip Alston (comps.), Nueva York, Oxford University Press, 2000, p. 260 y ss.

del ciudadano frente al Estado. Los derechos de defensa son derechos a *acciones negativas* (omisiones) del Estado, mientras que su contrapartida son los derechos a *acciones positivas* del Estado."²⁰

3.2 Definición del derecho a medidas positivas.²¹

Para Robert Alexy, el derecho a medidas positivas implica "todo derecho a un acto positivo, es decir a una *acción* del Estado".²² En este sentido, Alexy manifiesta que en un concepto amplio, el derecho a medidas positivas del Estado puede ser calificado como derecho a prestaciones, por lo tanto, en adelante haremos referencia al derecho a medidas positivas indistintamente como *derecho a prestaciones en sentido amplio* o *derecho a medidas positivas*.

El derecho a una "acción del Estado", como lo señala Alexy, es sin duda un concepto extenso que implica que diversos actos del Estado son objeto de un derecho. Al respecto, Luis Prieto Sanchís señala que todos los derechos requieren algún género de prestación estatal en sentido amplio, como la defensa jurídica o el diseño de procedimientos o de normas de organización, dado que todos los derechos fundamentales exigen en mayor o menor medida una organización estatal que permita su ejercicio o que los defienda frente a intromisiones ilegítimas.²³

En este sentido, Alexy sostiene que la escala de las medidas positivas que pueden ser objeto de un derecho, se extiende desde la protección de la persona frente a otras personas a través de normas del derecho penal, pasando por el dictado de normas de organización y procedimiento, hasta prestaciones en dinero y bienes.²⁴

²⁰ Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 419.

²¹ Se utilizará la frase *medidas positivas* en lugar de la frase utilizada por Alexy "*acciones positivas*", para que no se confunda el sentido de la frase utilizada en esta investigación con la característica procesal del término *acción*.

²² Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., p. 427. El subrayado es nuestro.

²³ Cfr., Luis Prieto Sanchís, "Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial", en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, No. 22, Madrid, 1995, p. 15, disponible en: http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/15/RCEC_22_007.pdf, última visita 31 de marzo de 2009.

²⁴ Cfr., Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., p. 427.

De esto se deriva que las medidas positivas, en tanto implican el derecho a un "acto del Estado", pueden ser de diversa índole, de ahí que sea necesario establecer una clasificación de las mismas.

3.3. Clasificación de las medidas positivas.

A continuación examinaremos una clasificación del derecho a medidas positivas, acogiéndonos a la división hecha por Robert Alexy en este mismo sentido,²⁵ y que está integrada por cuatro grupos: (a) derecho a medidas de protección, (b) derecho a medidas normativas, (c) derecho a medidas de organización y procedimiento, y (d) derechos prestacionales en estricto sentido.²⁶

Para una mejor comprensión de la clasificación de las tres primeras categorizaciones utilizaremos casos en los que se ha judicializado medidas positivas de derechos sociales.

3.3.1. Medidas de protección.

Robert Alexy sostiene que los derechos a medidas positivas a protección son:

"[...] derechos subjetivos constitucionales frente al Estado para que éste realice acciones positivas fácticas o normativas que tienen como objeto la delimitación de las esferas de sujetos jurídicos, como así también, la imponibilidad y la imposición de esta demarcación."²⁷

Este jurista señala que los derechos a protección implican la titularidad del derecho fundamental frente al Estado para que éste lo proteja de intervenciones de terceros, ya sea el Estado o los particulares. Entre las posibles formas de protección se encuentra el establecimiento de recursos administrativos o judiciales.

²⁵ Cfr., Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., pp. 435-482. Existe un sinnúmero de clasificaciones del derecho a medidas positivas como contrapartida a la obligación de garantizar. En la clasificación que haremos en este apartado intentaremos introducir el contenido de otras clasificaciones para ejemplificar mejor las medidas.

²⁶ En la división hecha por Alexy, la clasificación de derecho a medidas de protección se incluye al derecho a medidas normativas, sin embargo, para los fines del presente estudio, hemos fragmentado a esta subclasificación en derecho a medidas de protección y derecho a medidas normativas, en consideración a una mejor comprensión de la clasificación hecha por el autor.

²⁷ Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., p. 436.

En este sentido, la Convención Americana declara que toda persona, sin discriminación alguna, tiene derecho a un *recurso efectivo* ante los jueces competentes que la ampare contra actos que violen cualquiera de sus derechos fundamentales.²⁸ Al respecto, el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de la Organización de Naciones Unidas ha establecido que existen obligaciones inmediatas para proteger a los derechos sociales, entre ellas la de implementar recursos administrativos o judiciales específicos para tutelarlos.²⁹

De ahí que en el caso de los derechos sociales, podemos encontrar ejemplos de que esta obligación es exigible tanto en la jurisprudencia como en pronunciamientos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

En el Sistema Interamericano de Derechos Humanos ya se ha destacado que un obstáculo importante para la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales es la falta de mecanismos judiciales adecuados para su tutela puesto que "las acciones judiciales tipificadas por el ordenamiento jurídico han sido pensadas, tradicionalmente, para la protección de los derechos civiles y políticos clásicos."³⁰

En este sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos mantiene que la falta de recursos adecuados y efectivos en el orden jurídico interno de los Estados para tutelar los derechos económicos, sociales y culturales, vulnera las normas de los instrumentos internacionales de derechos humanos que consagran el derecho de acceder a tales recursos y que, en definitiva, establecen el derecho del titular a tener una acción para su tutela.³¹

Es por esto que la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Damião Ximenes Lopes* subrayó en la necesidad de garantizar recursos efectivos para controlar la situación en que se encuentran aquellas personas internadas en centros de salud. En su fallo, la Corte coincidió con la Comisión al postular:

²⁸ Cfr., Convención Americana de Derechos Humanos, arts. 25 y 1(1). La Convención Americana de Derechos Humanos establece en su artículo 25, el derecho de toda persona a contar con un recurso sencillo, rápido y efectivo que la proteja contra toda vulneración de sus derechos fundamentales

²⁹ Cfr., Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General No 3*, párrs. 4 y 5.

³⁰ Organización de Estados Americanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales*, OEA/Ser.L/V/II.129, 2007, párr. 235.

³¹ *Ibidem*. párr. 236.

"La Corte estima que los Estados son responsables de regular y fiscalizar con carácter permanente la prestación de los servicios y la ejecución de los programas nacionales relativos al logro de una prestación de servicios de salud públicos de calidad [...] Deben, *inter alia*, crear mecanismos adecuados para inspeccionar las instituciones psiquiátricas, presentar, investigar y resolver quejas y establecer procedimientos disciplinarios o judiciales apropiados para casos de conducta profesional indebida o de violación de los derechos de los pacientes."³²

3.3.2. Medidas normativas.

Gerardo Pisarello establece que entre las medidas positivas para satisfacer derechos se encuentran las prestaciones normativas "como el dictado de una ley, un reglamento o, simplemente, de un marco regulatorio que garantice la seguridad jurídica en el disfrute del derecho".³³ La Convención Americana de Derechos Humanos, por su parte, establece la obligación de adecuar la legislación interna con los derechos contenidos en la Convención.³⁴

En la justicia venezolana podemos encontrar un ejemplo en el cual este tipo de medida positiva fue exigida judicialmente. El Programa Venezolano de Educación-Acción en Derechos Humanos (PROVEA) presentó una acción jurídica a fin de que el Tribunal Supremo de Justicia se pronunciara sobre la inconstitucionalidad de la omisión en que incurrió la Asamblea Nacional, cuando promulgó la Ley Orgánica de Sistema de Seguridad Social, pero no estableció un "régimen transitorio que regulara el Régimen Prestacional de Empleo". Esta omisión implicaba negar el otorgamiento de la prestación de ayuda a los trabajadores que quedaren cesantes o en situación de desempleo. PROVEA alegó la violación al derecho a la *protección de los trabajadores* y por lo tanto la violación al derecho a la seguridad social.

El Tribunal Supremo de Justicia estableció que la falta de creación de la norma que regulara este régimen atentaba contra el derecho a la seguridad social y por lo tanto declaró la inconstitucionalidad de la omisión de la Asamblea Nacional. El Tribunal ordenó que, en un plazo máximo de tres meses, prepare,

³² Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*, Sentencia de 4 de julio de 2006, párr. 99.

³³ Gerardo Pisarello, *Los derechos sociales y sus garantías, elementos para una reconstrucción*, op. cit. p. 61.

³⁴ Cfr., Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 2.

discuta y sancione una ley sobre la materia o en su defecto, establezca un régimen transitorio que solvete la situación lesiva al derecho constitucional a la seguridad social. Además, adoptó una medida cautelar que declaró la vigencia del régimen anterior hasta que la Asamblea Nacional dictara la nueva ley, entendiendo que, por la mora del legislador, el derecho constitucional a la seguridad social se encontraba en suspenso y sin posibilidad de ejercicio.³⁵

3.3.3. Medidas de organización y procedimiento.

Robert Alexy sostiene que este derecho a medidas positivas consiste en:

"[...] la realización y aseguramiento de los derechos fundamentales a través de organización y procedimiento, de forma que con suficiente probabilidad y en suficiente medida, el resultado responda a los derechos fundamentales."³⁶

Alexy realiza un análisis complejo de este tipo de medidas positivas, sin embargo, para efectos prácticos del presente análisis utilizaremos dos obligaciones de organización y procedimiento, en relación a los derechos sociales, analizadas por los expertos argentinos Víctor Abramovich y Christian Courtis, y que consisten en (i) el revelamiento de información y (ii) la formulación de un plan.³⁷

Respecto de la obligación de relevar información, es necesario recordar que esta obligación emana del derecho al acceso a la información pública, el mismo que se encuentra en diversas instrumentos internacionales, como la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.³⁸

En la Constitución Política ecuatoriana se garantiza el derecho a acceder a las fuentes de información como mecanismo para ejercer la participación

³⁵ Cfr., Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, Exp.-03-1100, 2005, p.11, disponible en: http://www.escri-net.org/caselaw/caselaw_show.htm?doc_id=404750&attribLang_id=13441, última visita 31 de marzo de 2009.

³⁶ Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., p. 458.

³⁷ Víctor Abramovich y Christian Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, op. cit., pp. 83-85.

³⁸ Cfr., Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969, R.O. 801, 6 agosto 1984, art. 13 (1): "Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda

democrática respecto del manejo de la cosa pública.³⁹ En orden a la consecución de este mandato constitucional, la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública consagra el Principio de Publicidad de la Información Pública:

"[...] el acceso a la información pública es un derecho de las personas que garantiza el Estado. Toda la información que emane o que esté en poder de las instituciones, organismos y entidades [...] están sometidas al principio de publicidad; por lo tanto, toda información que posean es pública, salvo las excepciones establecidas en esta Ley."⁴⁰

El derecho de acceso a la información pública constituye una herramienta para hacer efectivos los derechos sociales mediante el control de políticas públicas⁴¹, en la medida en que tal acceso permite establecer el estado de goce de un derecho social, por ejemplo, salud, vivienda, educación.⁴²

En tal virtud, constituye una medida positiva de organización y procedimiento, que el Estado ponga a disposición los medios necesarios para garantizar el acceso a la información pública. Como lo sostiene la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en:

"El adecuado acceso a información pública es una herramienta clave para la participación ciudadana en las políticas públicas que implementan

índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección"; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, , R.O. 101, 24 enero de 1969, Art. 19(2): "Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección".

³⁹ Cfr., Constitución Política de la República del Ecuador, R.O. 1, 11 de agosto de 1998, Art. 81. Véase también los considerandos de la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública, R.O. 337, 18 mayo 2004.

⁴⁰ Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública, LOTAIP, Art. 1.

⁴¹ Cfr., Ernesto Villanueva, *Derecho de acceso a la información pública en Latinoamérica*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, Serie Doctrina Jurídica, Núm. 165, México, 2003, p. XV, disponible en: <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=1156>, última visita 31 de marzo de 2009.

⁴² Véanse las observaciones, en el mismo sentido, de Víctor Abramovich y Christian Courtis, "La información como vía de exigibilidad de derechos sociales", en *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Editorial Trotta, Madrid, 2002, p. 234 y ss.

derechos consagrados en el Protocolo. De allí que es necesario contar con un caudal de información disponible que brinde elementos para la evaluación y fiscalización de esas políticas y decisiones que los afectan directamente. Paradójicamente pese a que la mayoría de los países de la región han ratificado los principales instrumentos internacionales que consagran derechos civiles, muy pocos cuentan con leyes de acceso a la información pública y normas internas capaces de superar los estándares jurídicos mínimos sobre este tema".⁴³

Por otra parte, en relación a la obligación de realizar un plan que asegure el cumplimiento de los derechos, primeramente es necesario precisar que tanto el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales como la Convención Americana de Derechos Humanos y su Protocolo adicional establecen la obligación de los Estados de adoptar las medidas legislativas o de otro carácter de manera progresiva que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades previstos en dichos instrumentos.⁴⁴

Una de las interpretaciones de esta norma internacional en relación a los derechos sociales, es que el Estado tiene el deber de desarrollar un plan que asegure el cumplimiento de las obligaciones de los derechos sociales. Esto involucra la elaboración de "políticas claramente formuladas y cuidadosamente adaptadas a la situación, entre ellas, el establecimiento de prioridades que reflejen los derechos protegidos".⁴⁵

La obligación de elaborar políticas públicas para proteger y garantizar derechos, entre ellos los sociales, ha sido revisada judicialmente por la Corte Constitucional colombiana, a través de la declaratoria del *estado de cosas inconstitucional*⁴⁶, en tres casos paradigmáticos:

⁴³ Organización de Estados Americanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Lineamientos para la elaboración de indicadores de progreso en materia de derechos económicos sociales y culturales*, OEA/Ser/L/V/II.129, 2007, párr. 80.

⁴⁴ Cfr., Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, Art. 2, Convención Americana de Derechos Humanos, Art. 2, Protocolo adicional a la Convención Americana en relación a derechos sociales, Art. 2.

⁴⁵ Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, *Observación General No 1*, párrs. 3 y 4.

⁴⁶ La acción de tutela fue una gran innovación en la Constitución colombiana de 1991 dado que gracias a ella se logró que tenga el carácter de norma jurídica que otorga derechos

(i) Revisión de las políticas públicas en educación

En un primer caso, la Corte revisó dos expedientes acumulados de tutelas interpuestas por docentes de distintos municipios, quienes alegaban la violación del derecho fundamental a la salud por parte de los Alcaldes, puesto que no se encontraban afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

La Corte después de examinar lo concerniente a la política económica de la educación en el país con relación a la distribución del situado fiscal y al nombramiento de docentes sin contar con recursos presupuestales para ello, concluyó que estaba frente a un problema general que afectaba a un número significativo de docentes en el país y cuyas causas se relacionaban con la ejecución desordenada e irracional de la política educativa.⁴⁷

La Corte analizó la pertinencia de la declaratoria y tomó en cuenta la necesidad de evitar la congestión y disminuir el número de procesos en los que se ventilen los mismos hechos, cortando el problema de raíz, no solo para los casos analizados sino para que el Estado rehaga su política en relación a este tema.

(ii) Revisión de las políticas públicas del sistema carcelario

Posteriormente, la Corte Constitucional declaró el estado de cosas inconstitucional en el sistema carcelario colombiano en tres sentencias diferentes.⁴⁸ En la primera sentencia, basa la declaratoria en la inexistencia de política criminal y en la negligencia e ineficacia de los responsables del sistema carcelario. Declaró que todos los actores del sistema: Ministerio de Justicia, Departamentos, Municipios, Rama Judicial y Rama Legislativa, influyeron por acción u omisión en la violación, es decir, que en la vulneración coadyuvaban múltiples entidades del Estado dado que el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario no era el único responsable de la política carcelaria del país. Por tanto

subjetivos. La Corte Constitucional Colombiana fortaleció la acción de tutela, a través de la eventual revisión de los fallos, con el fin de examinar las decisiones adoptadas por los jueces de instancia, confirme o revoque las mismas y realice diferentes construcciones jurisprudenciales alrededor de la interpretación del texto constitucional. Las sentencias en principio solo producen efectos interpartes, es decir, circunscritos al ámbito de acción del proceso en particular. No obstante lo anterior, la Corte ha establecido la posibilidad de que sus fallos de revisión produzcan efectos más allá de las partes involucradas en el proceso.

⁴⁷ Cfr., Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU 559, 1997.

⁴⁸ Cfr., Corte Constitucional de Colombia, Sentencias T 153, T 590 y T 606 de 1998.

calificó como una falla estructural del sistema por la ausencia de políticas públicas.⁴⁹

Esta declaratoria en el sistema carcelario se reitera en una sentencia posterior, por no ser este sistema capaz de garantizar la vida de los defensores de derechos humanos reclusos.⁵⁰ Finalmente, en una tercera resolución, se declara el estado de cosas inconstitucional en el sistema carcelario, en virtud de que no se garantizaba el derecho a la salud y asistencia médica de los reclusos.⁵¹

(iii) Revisión de las políticas públicas para las personas desplazadas

En otro caso,⁵² la Corte conoció varias acciones de tutela contra instituciones estatales por no cumplir con su misión de proteger a la población desplazada y por no dar respuesta efectiva a sus solicitudes en materia de vivienda, acceso a proyectos productivos, atención de salud, educación y ayuda humanitaria. La Corte Constitucional estableció que las condiciones de vulnerabilidad extrema que padece la población desplazada, y la omisión estatal reiterada en brindarle una protección oportuna y efectiva, violaba entre otros derechos, el derecho al trabajo, a la salud, a la seguridad social, a la educación.

Según la Corte, esta violación masiva, prolongada y reiterada obedecía a un problema estructural en razón de la insuficiencia de recursos y a una precaria capacidad institucional por lo que declaró un estado de cosas inconstitucional, y consecuentemente, impuso la obligación a las autoridades de reelaborar la política pública a fin de ajustar sus actuaciones de manera que se logre la concordancia entre los compromisos adquiridos para cumplir los mandatos constitucionales y legales y los recursos asignados para asegurar el goce efectivo de los derechos de las personas desplazadas.⁵³

3.3.4. Prestaciones en sentido estricto.

Luis Prieto Sanchís manifiesta que cuando se habla de prestaciones en sentido estricto se hace referencia a bienes o servicios económicamente evaluables como

⁴⁹ Cfr., Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T 153, 1998.

⁵⁰ Cfr., Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T 590, 1998.

⁵¹ Cfr., Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T 606, 1998.

⁵² Cfr., Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-025, 2004.

⁵³ Cfr., Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-025, 2004.

subsidios de enfermedad, vejez, sanidad, educación o vivienda. Este tratadista señala que desde la perspectiva de la teoría del derecho y de la dogmática constitucional, el carácter prestacional en estricto sentido de los derechos sociales es uno de sus rasgos más frecuentemente subrayados, porque desde el punto de vista jurídico, es el criterio que genera más polémica de los derechos sociales, pues establece la obligación de dar o hacer bienes o servicios económicamente evaluables.⁵⁴ Sin embargo, es imperioso realizar ciertas precisiones al respecto.

En primer lugar, es necesario enfatizar que algunos derechos sociales, como el derecho a la huelga o la libertad sindical, se separan del esquema indicado porque la intervención pública que suponen no se traduce en una prestación en sentido estricto, por lo tanto, no puede decirse que las prestaciones en estricto sentido sean el criterio definidor de todos los derechos sociales. A su vez, existen derechos sociales que requieren algún género de intervención pública pero que no pueden calificarse propiamente de prestaciones en estricto sentido, por ejemplo, todos los que expresan restricciones a la autonomía individual, como en el caso del derecho al trabajo: la imposición de un salario mínimo o las vacaciones anuales.⁵⁵

Robert Alexy define el derecho a prestaciones en estricto sentido como el derecho a algo que el titular del derecho, en caso de que dispusiera de medios financieros suficientes y encontrase en el mercado una oferta suficiente, podría obtener también de personas privadas.⁵⁶ Luis Prieto Sanchís coincide con la definición de Alexy y sostiene que las prestaciones en sentido estricto son aquellas cuyo contenido obligacional consiste en un dar o en un hacer bienes o servicios que, en principio, el sujeto titular podría obtener en el mercado si tuviera medios suficientes para ello.⁵⁷

Al respecto, Miguel Carbonell sostiene lo siguiente:

"Las prestaciones a las que hace referencia Alexy no son más que actuaciones del Estado (en forma de bienes y servicios), constatables y medibles, como lo pueden ser la construcción de hospitales, la provisión de equipamientos

⁵⁴ Cfr., Luis Prieto Sanchís, *Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial*, op. cit., p. 14.

⁵⁵ Cfr., *Ibidem*, p. 15.

⁵⁶ Cfr., Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., p. 482.

⁵⁷ Cfr., Luis Prieto Sanchís, *Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial*, op. cit., p. 15.

escolares, la creación de un sistema de pensiones para jubilados, un sistema de sanidad público, la construcción de viviendas o el financiamiento para adquirirlas, etcétera."⁵⁸

Por su parte, Böckenförde, citado por Prieto Sanchís, mantiene:

"[...] si la libertad jurídica debe poder convertirse en libertad real, sus titulares precisan de una participación básica en los bienes sociales materiales; incluso esta participación en los bienes materiales es una parte de la libertad, dado que es un presupuesto necesario para su realización."⁵⁹

Las prestaciones en sentido estricto por lo tanto, como lo sostiene Prieto Sanchís, se configuran como derechos de igualdad entendida en el sentido de igualdad material o sustancial, esto es como derechos, no a defenderse ante cualquier discriminación normativa, sino a gozar de un régimen jurídico diferenciado o desigual en atención precisamente a una desigualdad de hecho que trata de ser limitada o superada.⁶⁰ Las prestaciones en sentido estricto, para el jurista español, "sirven siempre a una finalidad de igualdad fáctica".⁶¹

4. Los problemas de la revisión judicial de las prestaciones en sentido estricto.

Sobre la base de lo analizado previamente, podemos aseverar que las medidas positivas de protección y las medidas de organización y procedimiento, son obligaciones *determinables en abstracto*, cuando se busca garantizar tanto derechos civiles como derechos sociales. De ahí que se haya ejemplificado medidas positivas de protección, normativas y medidas positivas de organización que promuevan derechos sociales.

⁵⁸ Miguel Carbonell, *La garantía de los derechos sociales*, op. cit., p. 192.

⁵⁹ E. W. Böckenförde, *Escritos sobre derechos fundamentales*, Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1993, p. 74., citado por Luis Prieto Sanchís, *Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial*, op. cit., p. 18.

⁶⁰ Cfr., Luis Prieto Sanchís, *Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial*, op. cit., p. 17.

⁶¹ *Ibidem*, p. 18.

En nuestro criterio, las prestaciones en sentido estricto en cambio presentan una naturaleza diferente que el de las dos medidas anteriores, puesto que su contenido obligacional es indeterminado, pues consiste en *el dar o hacer bienes o servicios* y, al mismo tiempo, condiciona la atribución de esta prestación a *si el titular no tuviera los medios suficientes*. Esto nos lleva a hacernos dos preguntas: ¿qué bienes o servicios tendría que dar el Estado para garantizar un derecho? y ¿cuándo puede decirse el titular de un derecho no tiene los medios suficientes para proveerse esos bienes o servicios?

Sin embargo, es este tipo de prestación con la que generalmente se la identifica como una medida para garantizar derechos sociales⁶². Esta suerte de indeterminación que gira en torno de las prestaciones fomentó el problema de su exigibilidad judicial, en la medida en que se considera a este tipo de prestaciones como principios del accionar político y no obligaciones exigibles judicialmente. Como bien lo señala Prieto Sanchís:

"Creo que existe una cierta conciencia de que los derechos sociales en general y muy particularmente los *derechos prestacionales* o no son auténticos derechos fundamentales, representando una suerte de retórica jurídica, o bien, en el mejor de los casos, son derechos disminuidos o en formación. [La] filosofía política dominante, que concibe a estos derechos como expresión de principios de justicia secundarios [...] Consecuentemente, de otro lado, en el panorama que ofrecen los ordenamientos de corte liberal, los derechos prestacionales tienden a situarse en el etéreo capítulo de los principios programáticos, muy lejos, desde luego, de las técnicas vigorosas de protección que caracterizan a los derechos fundamentales."⁶³

A continuación abordaremos tres problemas importantes de las prestaciones en sentido estricto relacionados con su revisión judicial, (i) su presencia en el paradigma liberal, y (ii) su realización como contenido de una política pública, y (iii) la indeterminación de la obligación estatal que suponen.

⁶² Cfr., Francisco Contreras Peláez, *Derechos Sociales: teoría e ideología*, Madrid, 1994, p. 21, citado por Víctor Abramovich y Christian Courtis, "Hacia la exigibilidad de los derechos, económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales" en *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, op. cit., p. 287.

⁶³ Luis Prieto Sanchís, *Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial*, op. cit., p. 37.

4.1 El problema del paradigma liberal.

Para analizar las prestaciones en sentido estricto en el paradigma liberal, primero es preciso recordar que el Estado Liberal de Derecho generó una concepción del Estado y del derecho que, en gran medida, aún sigue siendo la concepción del derecho en nuestros días. Como bien lo señala Christian Courtis:

"[...] sucede que el paradigma que informa el núcleo de la formación de los juristas, de los jueces, de los abogados, corresponde a una tradición mucho más antigua que la del derecho social: se trata de la tradición del derecho patrimonial, el derecho privado. Lo que aprenden los abogados en la universidad es básicamente el derecho relacionado con los negocios, con los contratos, con el patrimonio, con la propiedad."⁶⁴

Las consecuencias de este paradigma en la concepción de los derechos humanos se reflejan en considerar a los derechos siempre anteriores a las instituciones, establecer que se requiere de la garantía de la inmunidad para protegerlos, y finalmente que su titular es siempre el individuo. A continuación realizaremos un análisis del derecho a prestaciones en estricto sentido con cada una de estas consecuencias. Para visualizar un ejemplo concreto, tomaremos una prestación en sentido estricto respecto del derecho a la educación pública establecida en la Constitución de 1998, la cual establecía que "todos los estudiantes en situación de extrema pobreza recibirán subsidios específicos".⁶⁵ Además, para verificar como este paradigma aún se mantiene en la práctica constitucional ecuatoriana, se hará un análisis de la jurisprudencia en relación al amparo constitucional.⁶⁶

⁶⁴ Christian Courtis, "Los derechos sociales en perspectiva. La cara jurídica de la política social" en Miguel Carbonell (edit.), *Teoría del neoconstitucionalismo*, Madrid, Editorial Trotta/Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2007, p.186.

⁶⁵ Constitución Política del Ecuador de 1998, Art. 67.

⁶⁶ Para este análisis se utilizarán los resultados de la investigación "La acción de amparo constitucional en Ecuador como mecanismo efectivo de protección de derechos humanos entre 1997 y 2006", financiada por el Fondo de Investigación de la Universidad Andina Simón Bolívar. El objetivo de la investigación en relación al amparo constitucional fue, entre otras cosas, apreciar si existía evolución en las resoluciones del Tribunal constitucional, bajo la premisa que la protección de derechos humanos es evolutiva y expansiva, a la luz de varios criterios como la legitimación activa y pasiva, la materia (patrimonial, propio del

(i) De lo individual a lo social

La concepción tradicional de los derechos civiles es que, al ser derechos individuales son anteriores al Estado y no necesitan de instituciones que los definan. Las prestaciones en estricto sentido, en cambio, al ser derechos sociales no pueden ni siquiera ser pensadas sin alguna forma de organización política. La determinación del contenido y el catálogo de estas prestaciones suponen un proceso de debate al margen de la sociedad y por lo tanto, no son prestaciones que pueden postularse en favor de toda persona cualquiera sea su situación social, como los derechos civiles, sino que su definición requiere una decisión previa acerca del reparto de los recursos y las cargas sociales que, obviamente, no puede adoptarse en abstracto ni con un valor universal.⁶⁷

En nuestro caso concreto, la prestación antes mencionada no está postulada a favor de todas las personas y por lo tanto no tiene un valor universal, sino que correspondería solo a las personas en situación de *extrema pobreza*. Esta condición de la prestación, evidencia un proceso de debate para sostener que existen desigualdades económicas en nuestro país que impiden el acceso a la educación de una manera igualitaria, y por lo tanto, se requieren de prestaciones en bienes para este determinado grupo de personas que no tienen los medios para superar la barrera económica, de manera que se garantice a todas las personas el goce de este derecho.

Pese a la disposición de este tipo de normas en la anterior Constitución ecuatoriana, en el análisis de la jurisprudencia se pudo apreciar que la mayoría de casos litigados en la justicia constitucional, en el caso del amparo, aún sigue siendo por derechos individuales-patrimoniales y no por derechos sociales.⁶⁸

estado liberal, o socio-económica, propio del estado social), la argumentación jurídica y la reparación. Para encontrar los resultados completos de la investigación véase: Ramiro Ávila Santamaría, "El amparo constitucional: entre el diseño liberal y la práctica formal", en *Un cambio ineludible: la Corte Constitucional*, Revista del Tribunal Constitucional, Quito, 2007, p. 359.

⁶⁷ Cfr., Luis Prieto Sanchís, *Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial*, op. cit., p 14.

⁶⁸ Para hacer este análisis, se tomó dos registros de jurisprudencia constitucional oficiales. La una es la Gaceta Constitucional N.1, de octubre del 2000, y la otra es la Gaceta Constitucional N.18, de marzo del 2005. Se utilizó la gaceta del año 2005 en virtud de que era la última publicada al momento de la investigación. Por derechos patrimoniales se hace referencia a aparos que resolvían entre otros temas sobre propiedad y comercio.

Cuadro 1

Año	Total de amparos analizados	Derechos Patrimoniales	Derechos Sociales	Otros derechos humanos
2000	14	9	2	3
2005	11	9	1	1

Estos resultados nos demuestran que el litigio en derechos sociales es residual en relación con temas vinculados con derechos individuales-patrimoniales, pues representan entre el 9 y el 14% del total de amparos analizados y, además, el rango de separación de cinco años entre una Gaceta y otra, demuestra que no existe una tendencia evolutiva en el aumento del litigio de derechos sociales constitucionales. La actual Constitución Política de 2008 propone un cambio de esta visión al contener disposiciones que intentan modificar esta postura, puesto que en el capítulo relativo a la aplicación de los derechos se establece que todos los derechos son plenamente justiciables.⁶⁹

(ii) De la inmunidad a la intervención

Los derechos fundamentales en el Estado Liberal se reconocen para que la persona pueda ejercer su autonomía y, por lo tanto, requería la *garantía de la inmunidad*, necesaria para la preservación de la propia vida y propiedad y para el ejercicio de la libertad en lo público y en lo privado. Las prestaciones en estricto sentido en cambio, son necesarias para que la persona pueda alcanzar una igualdad fáctica o material y por lo tanto, requieren de la *garantía de la intervención*, es decir requieren de un régimen jurídico diferenciado o desigual en atención para alcanzar la igualdad material.

De igual forma en nuestro ejemplo, la intervención del Estado está dada porque se establece que las personas en extrema pobreza *recibirán subsidios*. Estos subsidios por supuesto, son entregados por el Estado.

Si estuviéramos en la hipótesis de que una persona exige judicialmente la prestación antes mencionada a través del amparo constitucional, de aceptarse la demanda, esto implicaría que el juzgador debe tomar una medida positiva. Sin embargo, en el análisis de la jurisprudencia ecuatoriana, ninguno de los casos de

⁶⁹ Cfr., Constitución Política de la República del Ecuador de 2008, Art. 11(1)

amparo en que se litigaban derechos sociales, ni en el año 2000 ni en el 2005, fueron aceptados.

Además es interesante saber, que de los amparos aceptados, en ninguno el juez dispone las medidas "urgentes destinadas a cesar, evitar la comisión o remediar inmediatamente las consecuencias de un acto que viole o pueda violar cualquier derecho" como lo manda la Constitución⁷⁰:

Cuadro 2

Sin embargo, ahora podemos sostener que la actual Constitución Política de 2008 contiene disposiciones que pueden cambiar esta práctica. En las disposiciones comunes de las garantías jurisdiccionales, por ejemplo, existe una disposición que establece que el juez deberá, en caso de constatarse la vulneración de derechos, ordenar la reparación integral y las obligaciones positivas y negativas, de acuerdo a la decisión judicial⁷¹.

Año	Total de amparos	Aceptados	Se otorga medidas
2000	14	6	0
2005	(iii) De lo abstracto a lo específico	5	0

La titularidad de los derechos civiles y políticos se atribuye al "sujeto abstracto y racional", es decir a cualquier persona con *independencia de su posición social*, mientras que los derechos a prestaciones en estricto sentido de los derechos sociales, son de la persona en su *específica situación social*. Así, los primeros se atribuyen al sujeto del Código Civil, en tanto que los segundos consideran a la persona en tanto trabaja o no trabaja, tiene o no salud, es o no jubilada, tiene o no vivienda, etc. Aquí se observa lo que Norberto Bobbio ha llamado *proceso de especificación*:

⁷⁰ Cfr., Constitución Política del Ecuador de 1998, Art. 95. En los amparos aceptados, los jueces solo declaran "la aceptación del amparo interpuesto" pero no especifica como se *amparará* al derecho en cuestión.

⁷¹ Cfr., Constitución Política del Ecuador de 2008, Art. 86 (3).

"[...] consistente en el paso gradual, pero siempre muy acentuado, hacia una ulterior determinación de los sujetos titulares de los derechos [...] el paso se ha producido del hombre genérico, del hombre en cuanto hombre, al hombre específico, o sea, en la especificidad de sus diversos *status sociales*."⁷²

Los derechos sociales no pueden definirse ni justificarse sin tener en cuenta los fines particulares, es decir, sin tener en cuenta entre otras cosas, las necesidades, ya que se formulan para atender carencias y requerimientos instalados en la esfera desigual de las relaciones sociales. Como lo sostiene Luis Prieto Sanchís, citando a Sadursky:

"[...] dicho de otro modo, las ventajas o intereses, que proporcionan o satisfacen las libertades y garantías individuales son bienes preciosos para toda persona, mientras que las ventajas o intereses que encierran los derechos sociales se conectan a ciertas necesidades cuya satisfacción en el entramado de las relaciones jurídico-privadas es *obviamente desigual*"⁷³.

Respecto de la norma citada, la prestación se atribuye a los estudiantes en su específica situación social, en este caso la *situación de extrema pobreza*. En esta norma constitucional se refleja lo que sostiene la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, al subrayar, que la vulneración a derechos sociales muchas veces se presenta como afectación de grupos o colectivos más o menos determinados, generalmente sectores sociales excluidos que reflejan situaciones de características estructurales y que demandan por lo tanto, remedios de naturaleza colectiva⁷⁴.

En este sentido, la Comisión Interamericana estableció que este supuesto de hecho respecto de grupos en su específica situación social, demanda necesariamente del diseño y puesta en práctica de mecanismos del litigio colectivo para aquellos casos en los que la titularidad de un derecho, corresponde a un sujeto plural o colectivo, o en los que el derecho requiere necesariamente formas

⁷² Norberto Bobbio *La era de los derechos*, Madrid, Sistema, 1991, pp. 109 y 114, citado por Luis Prieto Sanchís, *Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial*, op. cit., p. 16.

⁷³ W. Sadursky, "Economic Rights and Basic Needs" en *Law, Rights and the Welfare State*, C. Sampford y D. Galligan (eds.), Croom Helm, Beckenham, 1986, citado por Luis Prieto Sanchís, *Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial*, op. cit., p. 17.

⁷⁴ Cfr., Organización de Estados Americanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales*, op. cit., párr. 268.

de ejercicio colectivo. En estos casos, a fin de reclamar protección judicial, es preciso que alguien pueda invocar la afectación grupal o colectiva, y no sólo la afectación individual. En sentido similar, es necesario que alguien esté en condiciones de reclamar un remedio de carácter colectivo, y no sólo uno que se agote en el alcance individual. De lo contrario, el recurso no podrá ser considerado efectivo⁷⁵.

En el caso de la legitimación activa en el amparo, en la Constitución de 1998 se determinaba la posibilidad de que cualquier persona actúe en nombre de una colectividad. Sin embargo, del análisis de la jurisprudencia pudimos determinar que, pese a esta disposición, los casos en que una persona interpone un amparo a nombre de una colectividad es mínimo. Además no existe una tendencia evolutiva al respecto en el transcurso de cinco años.

Cuadro 3

	Gaceta # 1 (2000)	Gaceta #18 (2005)
Titular de un derecho individual	13	10
Persona a nombre de una colectividad	1	1
Total	14	11

En la regulación de las garantías jurisdiccionales de la Constitución de 2008 se intenta superar esta visión al establecer que cualquier persona, grupo de personas, pueblo o nacionalidad podrá proponer las acciones previstas en la Constitución,⁷⁶ asimismo en los principios de aplicación de los derechos se determina que los derechos se podrán exigir de forma individual y colectiva.⁷⁷

Habiendo contrastado los efectos del paradigma liberal con las prestaciones en sentido estricto podemos concluir lo siguiente: en primer lugar, pese a la existencia de normas constitucionales que consagran derechos sociales, y específicamente prestaciones en estricto sentido, en la práctica de la justicia constitucional la mayoría de casos que se litigan versan alrededor de la libertad y la propiedad.

⁷⁵ Cfr., *Ibíd.*, párr. 271.

⁷¹ Cfr., Constitución Política de 2008, Art. 86 (1).

⁷⁷ *Ibíd.*, Art. 11(1).

En segundo lugar, en el paradigma liberal mientras que el papel del Estado era principalmente de abstención, el paso al Estado Social supuso su transformación como garante de los derechos. Esta transformación en el caso del Poder Judicial, supuso el nuevo papel del juez como *garante* de los derechos, lo cual implica la necesidad de que disponga las medidas necesarias para protegerlos. En el caso de la jurisprudencia constitucional, pese a que muchos casos de amparo son aceptados, el Tribunal Constitucional no ordena medidas para protegerlos.

Finalmente, respecto a la consecuencia en la titularidad de los derechos, mientras que en el paradigma liberal el titular de los derechos es el sujeto abstracto y racional, en el caso de prestaciones sociales, la titularidad se le atribuye a la persona en razón de su situación social. Esto se traduce, en el caso de litigio de derechos sociales, en que la legitimación activa debe prever la posibilidad de que no solo el titular de derechos subjetivos individuales pueda interponer acciones, sino también grupos sociales con necesidades específicas. Sin embargo, en la práctica constitucional ecuatoriana, pese a que existe una norma constitucional que permite esta posibilidad, su puesta en práctica es excepcional.

4.2. El problema de las políticas públicas.

Las prestaciones en sentido estricto pueden ser medidas tomadas para garantizar un derecho social como parte de la ejecución de una política pública. Así por ejemplo, en el caso de la educación, la erogación presupuestaria destinada cada año a construir escuelas, es parte de una planificación administrativa del Poder Ejecutivo para garantizar el derecho a la educación.

Imaginemos un caso en el cual la administración pública no prevé una asignación presupuestaria para construir escuelas en una determinada zona rural. En dicha zona existen varios niños y niñas quienes no pueden acudir a una institución educativa pública ni privada en virtud de que no cuentan con los medios geográficos ni financieros para acceder a la educación básica.

Esta desigualdad fáctica de estos niños y niñas en relación con quienes viven en zonas donde existen escuelas así como en relación con quienes tienen dinero para pagarla, lesiona su derecho a la educación, puesto que no pueden acceder a ella.

Por lo tanto, la no construcción de una escuela en esta zona afecta el derecho a acceder a la educación y una manera de garantizarlo sería a través de una prestación en sentido estricto, es decir a través de la construcción de la escuela. Desde esta posición, podemos afirmar que los niños y niñas, basándose en su derecho a la educación, pueden exigir a la autoridad judicial que revise la decisión de construir la escuela.

Sin embargo, como señalamos previamente, la construcción de escuelas es un tema de la administración ligado con el presupuesto y las políticas públicas. El presupuesto y las políticas de Estado, como lo sostiene Abramovich, han sido tradicionalmente considerados temas no susceptibles de revisión judicial. Este autor denomina a esta tendencia la *autorrestricción* del Poder Judicial frente a cuestiones políticas:

"[...] cuando la reparación de una violación de derechos económicos, sociales y culturales importa una acción positiva del Estado que pone en juego recursos presupuestarios, o afecta de alguna manera el diseño o la ejecución de políticas públicas, [...] los jueces suelen considerar tales cuestiones como propias de la competencia de los órganos políticos del sistema."⁷⁸

Prieto Sanchís sostiene que esta dificultad consiste en que al ser las prestaciones en sentido estricto bienes o servicios económicamente evaluables, suponen una relación directa con el presupuesto estatal y las políticas de Estado para hacer efectivos derechos sociales. Es decir que requieren de un amplio entramado organizativo, el diseño de servicios públicos, el desarrollo de procedimientos y, sobre todo, el empleo de grandes medios financieros, que implican la adopción de decisiones típicamente políticas que, en el marco de la separación de poderes, parecen excluidas del ámbito jurisdiccional.⁷⁹

Por lo tanto, como lo expresa Luis Prieto Sanchís, el problema reside en determinar quién es el sujeto competente para configurar de modo concreto lo que en la Constitución aparece en abstracto, si dicha tarea corresponde sólo al legislador y a la Administración o si, por el contrario, la jurisdicción y especialmente la jurisdicción constitucional goza también de alguna competencia en esta materia. Admitir que las prestaciones en sentido estricto como concreciones de los derechos sociales son competencia exclusiva del legislador y del ejecutivo, sería aceptar, como lo sostiene Prieto Sanchís, que los derechos prestacionales carecen de toda dimensión subjetiva, es decir, no serían propiamente derechos.⁸⁰

En este sentido, como lo establece el jurista colombiano Rodolfo Arango, si bien en el cumplimiento del objeto de los derechos sociales entra en juego la

⁷⁸ Víctor Abramovich y Christian Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, op. cit., p. 127.

⁷⁹ Cfr., Luis Prieto Sanchís, *Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial*, op. cit., p. 48.

⁸⁰ Cfr., *Ibidem*, p. 48.

libertad de otros poderes del Estado, esto no significa que en el caso de su inactividad, no exista un derecho fundamental a ser protegido.⁸¹ Además, se debe recordar que la exigencia de una prestación en sentido estricto supone la protección del derecho a la igualdad material o sustancial, en la medida en que busca solucionar una desigualdad de hecho.

Consecuentemente, podemos señalar que en razón de que las prestaciones en sentido estricto son una medida para garantizar el ejercicio de un derecho, la forma en que éstas se ejecutan o su omisión es susceptible de revisión judicial y, por lo tanto, no cabe sostener que son solamente competencia del legislador o de la administración por ser temas de presupuesto y de política pública. De esta forma, la revisión judicial de cuestiones dejadas en manos de los órganos políticos del sistema supone que el órgano jurisdiccional asuma un rol en el cual establezca una especie de "diálogo" con los otros poderes. Este diálogo puede ser establecido en distintos grados y existen ejemplos de casos concretos en la jurisprudencia comparada.

4.3. El problema de la indeterminación de la obligación estatal.

Rodolfo Arango denomina a las prestaciones en sentido estricto como las "acciones fácticas positivas", distinguiéndolas de las acciones de protección o normativas, por ser acciones materiales *indeterminadas*:

"El objeto de los derechos sociales fundamentales [es] una acción material, o sea una *acción fáctica indeterminada* que se ordena para posibilitar el cumplimiento de tales derechos generales. Esto no descarta acciones normativas como medio para la realización de los derechos sociales [...] El derecho general a una acción fáctica define un estado que debe alcanzarse tácticamente."⁸²

Para Arango, la indeterminación consiste en que el estado fáctico al que se pretende llegar mediante las acciones fácticas, puede alcanzarse por medios diversos, es decir, que las acciones fácticas pueden cumplirse mediante diversas acciones y titulares de las obligaciones que se concreta. Esta característica, de acuerdo a este autor, ha llevado a muchos tratadistas a definir a los derechos sociales como simples "derechos de configuración", "demandas de dotación",

⁸¹ Cfr., Rodolfo Arango, *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2005, p. 111

⁸² Rodolfo Arango, *El concepto de derechos sociales fundamentales*, op. cit., pp. 109-110.

"mandatos constitucionales" o "fines esenciales".⁸³ En el mismo sentido Miguel Carbonell señala que los derechos sociales postulan la necesidad de alcanzar fines, "pero dejan de alguna manera abierta las vías para lograrlos".⁸⁴

Esto significa, por ejemplo, que del derecho a la educación se deriva el derecho de toda persona a acceder a la educación básica. En el caso de una persona sordo-muda, su discapacidad supone la necesidad de un instituto educativo de educación básica que atienda sus necesidades especiales. Si la persona no tiene los medios económicos suficientes para pagar este tipo de educación en el ámbito privado, esto supone una desigualdad de hecho en relación a las demás personas que si tienen los medios suficientes para hacerlo.

En virtud de que esta desigualdad fáctica no permite que la persona goce de su derecho a la educación, esto genera la obligación del Estado de garantizar este derecho a través de medidas positivas. Dado que la situación exige que a la persona se le de un servicio económicamente evaluable, nos encontramos frente a un caso de *prestaciones en sentido estricto*. La prestación que escoja el Estado para hacer efectivo el derecho a la educación de esta persona con discapacidad no necesariamente está determinada normativamente. El Estado podría, hipotéticamente, crear instituciones educativas públicas para personas con discapacidad o podría entregarles subsidios económicos para que puedan acudir a instituciones privadas. La forma en que el Estado ejecute su obligación prestacional por lo tanto, *es indeterminada*, pero esto no significa que no exista un derecho a ser protegido.

Por lo tanto, es necesario recalcar que la indeterminación que estamos analizando es la *indeterminación de la obligación jurídica* para el Estado como contrapartida a un *derecho a prestaciones en sentido estricto de los derechos sociales*. Al respecto Prieto Sanchís señala:

"[...] los principios-directriz son normas programáticas [...] que se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diferente grado o, lo que es lo mismo porque no prescriben una conducta concreta, sino sólo la obligación de perseguir ciertos fines, pero sin imponer los medios adecuados para ello, ni siquiera tampoco la plena satisfacción de aquellos fines: 'realizar una política de... u orientada a..., promover las condiciones para...' en puridad no supone establecer ninguna conducta determinada como jurídicamente debida."⁸⁵

⁸³ *Ibídem*, p. 111.

⁸⁴ Miguel Carbonell en *La garantía de los derechos sociales*, op. cit., p. 193.

⁸⁵ Luis Prieto Sanchís, *Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial*, op. cit., p. 47.

Como analizamos previamente, una de las diferencias de las prestaciones en sentido estricto, en el contexto del paradigma liberal, es que no se pueden atribuir a *todos los* seres humanos de manera abstracta y universal sino que se atribuyen a la persona en su específica situación social.

Esta característica pone de manifiesto que el contenido obligacional de las prestaciones en sentido estricto no pueden establecerse *en abstracto* en la norma ya que requieren del análisis de cada caso en particular para determinar si se está frente a una prestación en sentido estricto de un derecho social. Por lo tanto, resulta lógico que el *contenido obligacional* de las prestaciones en sentido estricto sea indeterminado.⁸⁶

Habiendo precisado en que consiste el problema de la indeterminación, pasaremos a analizar cuál ha sido la respuesta en la doctrina a este problema. El problema de la indeterminación de las prestaciones en sentido estricto, a su vez genera un problema de *interpretación judicial* cuando estas prestaciones son exigidas judicialmente. En un caso concreto, podríamos ejemplificar lo aseverado de la siguiente manera. Por un lado tenemos el derecho de toda persona a la salud y la norma constitucional que establece que el Estado garantizará el este derecho;⁸⁷ y, por otro lado, existe el caso de una persona con una enfermedad grave y sin los medios financieros suficientes para costearse un tratamiento.

En este caso, nos encontramos frente a una *obligación prestacional en sentido estricto indeterminada* puesto que solamente se establece que el Estado debe garantizar el derecho a la salud pero no establece ninguna conducta determinada para el Estado. No establece por ejemplo, si se debe proveer de medicinas a aquellas personas que tienen enfermedades graves y no cuentan con los medios suficientes.

Por lo tanto, en el caso concreto, se presenta el siguiente problema jurídico:

- a. Existe un derecho social en la Constitución que no establece una prestación en estricto sentido determinada.
- b. Existe una persona que tiene una enfermedad grave pero no cuenta con los medios financieros para pagar su tratamiento, por lo tanto reclama del Estado una prestación en sentido estricto determinada: el

⁸⁶ Esto no obsta a que se establezcan normativamente prestaciones en sentido estricto, pero estas prestaciones siempre estarán redactadas de manera que atiendan a una *desigualdad de hecho*, así por ejemplo, el caso antes citado en el que se establece que los estudiantes de extrema pobreza recibirán subsidios específicos.

⁸⁷ Cfr., Constitución de la República de Ecuador, Art. 42.

tratamiento de salud.

c. No existe una respuesta determinada para solucionar el problema antes descrito, es decir, qué solución debería adoptarse si la pretensión de la persona es legítima.

Al respecto, Rodolfo Arango sostiene que existen derechos sociales *prima facie* (en nuestro caso el derecho a la salud) que bajo circunstancias concretas se convierten en derechos sociales definitivos (el caso de la persona con la enfermedad grave que necesita un tratamiento específico). Sin embargo, ¿cómo la obligación *prima facie* se convierte en una obligación *definitiva* del Estado? Debemos situar el problema de la exigibilidad judicial de las prestaciones en sentido estricto de los derechos sociales, no en la estructura de este derecho en relación con la concepción clásica liberal, ni en la competencia del juez para revisar asuntos que también son competencia del legislativo y administrativo, dos aspectos que consideramos haberlos superado. El problema de la exigibilidad judicial de las prestaciones en sentido estricto es un *problema de argumentación*.

Rodolfo Arango propone, como solución al problema de argumentación, que las prestaciones en sentido abstracto de derechos sociales son determinables mediante un procedimiento imparcial que consta de tres partes: (i) establecer la omisión estatal y sus consecuencias, (ii) señalar la justificación de la omisión, y (iii) determinar la proporcionalidad entre la omisión estatal y sus consecuencias. Para demostrar la validez del procedimiento, Arango señala como ejemplo el caso de un hombre amenazado por la ceguera, que carece de recursos financieros para costearse una operación a los ojos.⁸⁸

(i) La omisión estatal y sus consecuencias.

Arango sostiene que en un primer momento se debe demostrar que existe un supuesto de hecho, en el cual el titular del derecho eleva su exigencia como una acción fáctica positiva o una prestación en sentido estricto y demuestra su situación de necesidad. Si el Estado no atiende la necesidad, la omisión puede llevar a la vulneración del derecho.

En el caso del hombre amenazado por la ceguera, esto se traduce en que

⁸⁸ Para ver la solución propuesta por Arango utilizada en este apartado, véase "La determinación del contenido de los derechos sociales fundamentales" en Rodolfo Arango, *El concepto de derechos sociales fundamentales*, op. cit., p. 198 y ss.

si el Estado se negara a otorgarle la prestación (operación de los ojos), las consecuencias radicaría en que perdería la vista. Por lo tanto, basaría su derecho a la salud *prima facie* en su situación de necesidad y en las consecuencias fácticas que se desencadenarían de la negativa del Estado a actuar positivamente.

(ii) La justificación de la omisión.

Como lo sostiene Arango, la omisión estatal no es la única causa plausible de la vulneración de derechos que entra en consideración. Entonces el Estado debe demostrar que la condición suficiente de la vulneración del derecho no es su omisión, sino la omisión atribuible a un tercero. Entonces la omisión de proveerle la operación de los ojos, puede estar justificada.

(iii) La proporcionalidad en sentido estricto entre la omisión estatal y sus consecuencias.

En este punto, las razones del titular del derecho a acciones fácticas positivas del Estado y las consideraciones que esgrime el Estado para justificar la omisión de tales prestaciones deben sopesarse considerando sus consecuencias fácticas, de forma que sea posible evitar un resultado total contradictorio con el orden jurídico entendido como un todo. Para encontrar este equilibrio, Arango sostiene que entran en consideración dos modelos para la determinación del contenido de un derecho social fundamental.⁸⁹

Para los fines del presente estudio utilizaremos el "modelo del caso extremo" propuesto por Arango, el cual parte de que un trato jurídico igual a pesar de la existencia de la desigualdad fáctica, lleva a consecuencias fácticas que no pueden pesar sobre la persona y cuya existencia continua significa la vulneración de derechos fundamentales. Estas consecuencias deben determinar el criterio de diferenciación que exige un trato desigual definitivo.

Las condiciones de este modelo, son las siguientes:

(i) La existencia de una desigualdad fáctica entre la persona afectada y otros grupos de destinatarios jurídicos, que lleva a la exclusión social del primero.

⁸⁹ El primer modelo es el "modelo general de los derechos sociales fundamentales" realizada por Robert Alexy. El segundo modelo en cambio, es el "modelo del caso extremo" propuesto por Arango. Véase Rodolfo Arango, *El concepto de derechos sociales fundamentales*, op. cit., p. 200 y ss.

Es decir, que la persona pertenece a un grupo social tratado fácticamente de un modo desigual (personas inválidas o ancianas por ejemplo) y esto la define como titular del derecho. Para Arango, la desigualdad fáctica debe ser justificada de modo empírico, por ejemplo, a través de una investigación de la pobreza. Además, la situación de desigualdad fáctica tiene que percibirse como una situación de exclusión social.

(ii) La situación de necesidad debe ser tan urgente que un derecho fundamental de la persona afectada se pone en peligro. Es decir, se debe manifestar la urgencia de la situación de desigualdad fáctica. La urgencia se demuestra por medio de las consecuencias de la situación de necesidad para la persona, por ejemplo una amenaza a la vida o la puesta en peligro de la salud. Además, la situación de carencia no debe poder imputarse a la actitud abiertamente irresponsable del afectado.

Bajo estas dos condiciones, el modelo del caso extremo invierte la carga argumentativa a favor de la igualdad fáctica, puesto que presenta razones suficientes para un trato desigual. El Estado sería eximido del cumplimiento de tal obligación tan sólo si diera razones que pudieran desvirtuar la necesidad de un trato desigual.

En el caso de la persona amenazada por la ceguera, si el Estado se negara a otorgar una prestación (operación de los ojos) a la persona pese a su situación de urgencia (la exclusión social por carencia de medios financieros) y la consecuente amenaza a su derecho a la salud y a otros derechos como a una vida digna, constituye una razón válida y suficiente para fundamentar la exigibilidad de la acción positiva del Estado. El derecho social definitivo al tratamiento médico se justifica mediante una argumentación sistemática.

De este modo, aunque el Estado en principio, sólo tiene una obligación *prima facie* de garantizar el derecho a la salud, cuando se dan las circunstancias concretas examinadas, tal obligación se torna en definitiva, debiéndose actuar fáctica y positivamente. Esta obligación definitiva, a la que le corresponde un derecho definitivo. Las consecuencias fácticas del no reconocimiento de la posición jurídica del demandante son inaceptables y no imputables a la persona afectada. Todas estas razones hablan a favor de que en el caso mencionado se reconozca y garantice un derecho fundamental definitivo al tratamiento médico que se requiere para no perder la vista.

En conclusión, el problema que establece la indeterminación de la obligación estatal que presentan las prestaciones en estricto sentido, puede solucionarse a través de un ejercicio argumentativo que supone tres momentos. El primero,

debe establecerse la necesidad de la persona y en que consiste la omisión de la prestación y sus consecuencias, en segundo lugar, señalar cual es la posible justificación de la omisión, y finalmente, examinar la proporcionalidad entre la necesidad de la medida, las consecuencias de su omisión y su posible justificación. Este examen de proporcionalidad a su vez, plantea dos condiciones: la demostración de la desigualdad fáctica de la persona que lo lleva a una situación de exclusión social, y por otro lado, la manifestación de la urgencia de la necesidad de manera que se pongan en peligro derechos fundamentales. Mediante este procedimiento, un derecho social *indeterminado prima facie* se convierte en un caso concreto, en un derecho social *determinado*.

5. Estándares internacionales de revisión judicial de las medidas positivas.

Como se acaba de establecer, la revisión judicial de las prestaciones en sentido estricto revela un problema de indeterminación de un derecho social *prima facie*, que puede solucionarse a través de un ejercicio argumentativo. Ahora estudiaremos, a través del análisis de casos concretos en tribunales de otros países, como los estándares de protección del Derecho Internacional de los Derechos Humanos han sido utilizados por jueces y tribunales para solucionar el problema de la indeterminación y, por lo tanto, también han realizado un ejercicio argumentativo con dichos estándares.

Al respecto, Víctor Abramovich sostiene que los instrumentos internacionales de derechos humanos fijan estándares, como la progresividad o los contenidos mínimos, en los que se pueden basar el poder judicial para verificar medidas adoptadas para satisfacer derechos se ajustan o no a ellos. En este sentido el papel del juez es confrontar el problema con los estándares jurídicos aplicables.⁹⁰ Por lo tanto, en primer lugar, se examinará el principio de progresividad y la prohibición de regresividad y su consecuente aplicación en la jurisprudencia constitucional colombiana. Posteriormente, se realizará un análisis del principio de contenido mínimo esencial de un derecho y sus efectos en la jurisprudencia sudafricana.

⁹⁰ Cfr., Víctor Abramovich, *Una aproximación al enfoque de derechos*, Revista de la CEPAL, No 88, 2006, p. 43.

5.1. Progresividad y prohibición de regresividad.

El Protocolo Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, establece como obligación general para garantizar la vigencia y el goce de los derechos sociales que:

"Cada uno de los Estados [...] se compromete a adoptar medidas [...] hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos."⁹¹

Al respecto, el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de la Organización de Naciones Unidas ha interpretado que la progresividad es:

"[,,] un reconocimiento del hecho de que la plena efectividad de todos los derechos económicos, sociales y culturales en general no podrá lograrse en un breve período de tiempo. [La progresividad] impone así una obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr ese objetivo. Además, todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga."⁹²

En opinión de Víctor Abramovich y Christian Courtis, la noción de progresividad comprende dos sentidos complementarios. En primer lugar, la *gradualidad* en la satisfacción plena de los derechos sociales, de esta forma, la realización requiere un cierto tiempo para asegurar los derechos en cuestión. En segundo lugar, la satisfacción de estos derechos requiere un *progreso*, es decir mejorar las condiciones de goce y ejercicio de cada derecho⁹³.

A la obligación de progresividad es correlativa la obligación de *no regresividad*, que, a criterio de los tratadistas citados, constituye una obligación

⁹¹ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Art. 2(1).

⁹² Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, Observación General No. 3, *La índole de las obligaciones de los Estados Partes*, 1990, párr. 9.

⁹³ Cfr., Víctor Abramovich y Christian Courtis, *Hacia la exigibilidad de los derechos, económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales*, op. cit., pp. 334-335

susceptible de revisión judicial. En virtud de la no regresividad, los Estados están prohibidos de adoptar medidas y políticas que empeoren la situación de los derechos económicos, sociales y culturales. Cuando un Estado asume la obligación de mejorar estos derechos, al mismo tiempo, asume la prohibición de reducir los niveles de protección de los derechos vigentes.

El estándar de la no regresividad ha sido interpretado por la Corte Constitucional de Colombia en casos en que se han exigido prestaciones sociales. La Corte ha defendido una forma de interpretación de la prohibición de no regresividad que se ha convertido actualmente en la doctrina dominante. El jurista colombiano Rodrigo Uprimny la califica como *tesis intermedia*⁹⁴ y sostiene que esta doctrina busca garantizar una protección lo más plena posible al principio de no regresividad o no retroceso, pero sin desconocer la importancia del contexto económico y sin someter a la legislación a su congelamiento.

Esta tesis asume que cualquier disminución del alcance de un derecho social resulta en principio problemática, pues supone, al menos *prima facie*, una violación de los estándares internacionales sobre el deber de los Estados de desarrollar progresivamente el contenido total de estos derechos. Sin embargo, al mismo tiempo, esta tesis intermedia sostiene que no toda disminución en el alcance de estos derechos está prohibida, ya que el legislador puede restringir el contenido protegido de un derecho, siempre que justifique claramente que se trata de una reducción que fue cuidadosamente analizada y que resulta no sólo razonable y proporcionada, sino incluso necesaria, para alcanzar propósitos constitucionales importantes.⁹⁵

Podemos afirmar entonces, que la tesis intermedia de la Corte Constitucional Colombiana propone que todo retroceso frente al nivel de protección alcanzado debe presumirse *en principio* inconstitucional, y por ello está sometido a

⁹⁴ El jurista colombiano Rodrigo Uprimny denomina a esta doctrina como la *tesis intermedia* en virtud de que anteriormente, la Corte Constitucional sostuvo dos tesis diametralmente opuestas: la primera sostenía que la prohibición de regresividad era una "mera expectativa" no protegida constitucionalmente, mientras que la segunda manifestaba que la prohibición de no regresividad era una regla absoluta o "el derecho al régimen". Rodrigo Uprimny y Diana Guarnizo, *¿es posible una dogmática adecuada sobre la prohibición de regresividad? Un enfoque desde la jurisprudencia constitucional colombiana*, Centro de estudios Derecho, Justicia y Sociedad "Dejusticia", disponible en <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo/?codigo=2354630>, última visita 5 de febrero de 2009.

⁹⁵ Rodrigo Uprimny y Diana Guarnizo, *¿es posible una dogmática adecuada sobre la prohibición de regresividad? Un enfoque desde la jurisprudencia constitucional colombiana*, op. cit.

un control judicial estricto. Este control judicial estricto consiste en que la presunción de inconstitucionalidad de toda medida regresiva puede ser desvanecida si se demuestra que las medidas regresivas se tomaron bajo los siguientes supuestos:

- a) La decisión de tomar la medida fue ampliamente analizada, es decir, no fue una decisión arbitraria.
- b) La medida es razonable. El jurista colombiano Carlos Bernal Pulido sostiene que una decisión es razonable si representa el punto de equilibrio entre las exigencias contrapuestas que necesariamente deben tenerse en cuenta en el caso concreto y si es admisible por la comunidad. Además sostiene que la razonabilidad, como interdicción de la arbitrariedad, es cuando la decisión está fundada en una razón jurídica legítima: "un acto del Estado será irrazonable cuando carezca de todo fundamento, cuando no tienda a realizar ningún objetivo jurídicamente relevante".⁹⁶
- c) La medida es proporcional. Asimismo Carlos Bernal Pulido manifiesta que la proporcionalidad consiste en que la importancia del objetivo que persigue la intervención —la reducción en este caso— en el derecho fundamental debe estar en una relación adecuada con el significado del derecho intervenido. Es decir que las ventajas que se obtengan mediante la reducción de la protección deben compensar los sacrificios que ello implica.
- d) La medida es necesaria. A juicio del autor antes citado, la necesidad implica que toda reducción de la protección en los derechos fundamentales debe realizarse con la medida más favorable para el derecho intervenido de entre todas las medidas que revistan la misma idoneidad para alcanzar el objetivo perseguido.
- e) El fin perseguido al tomar la medida restrictiva debe estar constitucionalmente protegido. Esto implicaría que la razón que fundamenta el retroceso en la protección de un derecho social debe ser la consecución de un fin constitucional.

En varios casos, esta tesis intermedia condujo a la inconstitucionalidad total o parcial de las medidas regresivas, cuando la Corte Constitucional Colombiana concluyó que el retroceso no se encontraba justificado, mientras

⁹⁶ Carlos Bernal Pulido, "Racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad en el control de constitucionalidad de las leyes" en *El derecho de los derechos. Escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 67-69.

que en otras ocasiones esta tesis ha servido para validar medidas regresivas, cuando el Tribunal ha determinado que se trataba de medidas proporcionadas para salvaguardar bienes constitucionales particularmente importantes.

A continuación analizaremos ejemplos del primer caso, es decir de decisiones en donde la tesis intermedia ha servido para restaurar el alcance de un derecho que había sido restringido por una medida regresiva: dos sentencias de control abstracto de leyes y una de tutela.

En un primer caso, la Corte Constitucional Colombiana examinó una norma que excluía de un sistema especial de seguridad social en salud a un grupo de personas que ya era beneficiario del sistema. En concreto se trataba de una norma que separaba del sistema de salud de las Fuerzas Militares y de Policía a los padres de los oficiales y suboficiales que no se encontraran en servicio activo.⁹⁷

En este caso, la Corte Constitucional consideró que la norma en sí misma perseguía una finalidad constitucionalmente legítima, que era proteger la especialidad y estabilidad financiera de ese régimen particular de seguridad social en salud, que cuenta con mayores beneficios que el régimen general. Sin embargo, la sentencia señaló que se trataba de una medida regresiva, en la medida en que implicaba un retroceso en la protección del derecho a la salud de un grupo de la población: los padres de los oficiales que ya no se encuentran activos por razones legítimas como puede ser que estén pensionados.

Esta sentencia desarrolla entonces con claridad la presunción de inconstitucionalidad que recae sobre las medidas regresivas, pues señala que:

"[...] una vez alcanzado un determinado nivel de protección, la amplia libertad de configuración del legislador en materia de derechos sociales se ve menguada, al menos en un aspecto: todo retroceso frente al nivel de protección alcanzado debe presumirse en principio inconstitucional, y por ello está sometido a un control judicial estricto. Para que pueda ser constitucional, las autoridades tienen que demostrar que existen imperiosas razones que hacen necesario ese paso regresivo en el desarrollo de un derecho social prestacional."⁹⁸

⁹⁷ Cfr., Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C671, 2002. Disponible en http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/cc_sc_nf/2002/c-671_2002.html, última visita 31 de marzo de 2009. La prestación en estricto sentido en este caso consistiría en el sistema de seguridad social del cual alegan ser excluidas las personas, quienes previamente ya eran parte de ese sistema. El sistema de seguridad social es un servicio económicamente evaluable.

⁹⁸ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C671 de 2002, párr. 13.

En el caso concreto, la Corte si bien declaró que la medida restrictiva perseguía un fin legítimo, no encontró que las autoridades hubieran dado una justificación clara para excluir a este grupo del régimen especial de seguridad social de los militares, es decir no se demostró ni la necesidad, ni la razonabilidad ni la proporcionalidad de la medida, por lo que se declaró su inconstitucionalidad.⁹⁹

En un segundo caso de aplicación de la tesis intermedia se demandó que la Ley Anual de Presupuesto que establecía una disminución en las partidas presupuestarias que se debía otorgar a las universidades públicas. La Corte Constitucional sostuvo entonces, que el carácter progresivo del derecho a la educación superior implica, en principio, que toda regresión en el nivel de protección de ese derecho es inconstitucional, y que consecuentemente, la disminución de los recursos a las universidades limita las posibilidades de que las autoridades amplíen el acceso de la población a ese nivel educativo. Por lo tanto, la medida constituía un retroceso en la protección del derecho a la educación.

Sin embargo, la sentencia precisó que es posible hacer disminuciones en el grado de protección de un derecho, justificándolas con base en criterios de razonabilidad y proporcionalidad. La Corte Constitucional colombiana determinó que si bien disminuir el presupuesto de una institución dedicada a la educación era potencialmente apropiada para alcanzar un objetivo constitucionalmente legítimo: aliviar el déficit fiscal de las finanzas públicas, el Gobierno no explicó suficientemente por qué la medida era necesaria para el logro del fin y por qué no podía ser sustituida por otra estrategia menos lesiva para la financiación de la educación superior pública.

Por esa razón, la sentencia ordenó al Gobierno incluir en el Presupuesto Nacional los montos necesarios para mantener en pesos constantes las partidas presupuestales otorgadas a las universidades estatales.¹⁰⁰

En un tercer caso relativo al derecho a la vivienda, la Corte Constitucional señaló que la prohibición de retroceso no vincula exclusivamente al poder legislativo, sino también a las otras autoridades con competencia en el diseño de políticas públicas, incluyendo a las autoridades administrativas locales.

⁹⁹ *Ibidem*, párr. 15.

¹⁰⁰ Cfr., Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C931, 2004. Disponible en: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/cc_sc_nf/2004/c-931_2004.html, última visita 31 de marzo de 2009. La prestación en estricto sentido de este caso consiste en la erogación presupuestaria que se disminuyó para las universidades públicas, en virtud de que es un bien económicamente evaluable. Véase párr. 5.4 y ss.

La Corte analizó si violaba o no el derecho a la vivienda que el municipio de Palmira redujera el monto del subsidio que había previsto otorgar para que las personas de los sectores más pobres pudieran acceder una vivienda propia. Luego de reiterar que las autoridades tienen una amplia libertad para diseñar las estrategias para la satisfacción de los derechos sociales, señaló que conforme al principio de progresividad, las medidas regresivas frente a ese nivel de protección "serían consideradas *prima facie* inconstitucionales salvo que la autoridad respectiva justifique la necesidad de adoptarlas". Por ello, solicitó al municipio que justificara la reducción del subsidio de la peticionaria de la tutela, ante lo cual, las autoridades invocaron dificultades fiscales.

La sentencia consideró que las explicaciones dadas por el municipio eran en abstracto válidas, pues los problemas financieros pueden justificar retrocesos en la satisfacción de los derechos prestacionales, como el derecho a la vivienda. Pero la Corte Constitucional juzgó que en el caso concreto, dichas explicaciones resultaban insuficientes para derrotar la presunción de inconstitucionalidad, pues realmente las dificultades económicas eran imputables a la propia ineficacia y falta de planeación de las autoridades municipales, cuyas consecuencias no tenían por qué ser soportadas por los ciudadanos. Por ello la Corte Constitucional concluyó que a la peticionaria le había sido violado su derecho a la vivienda y ordenó al municipio otorgarle el subsidio inicialmente programado.¹⁰¹

En conclusión, la obligación de progresividad en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos implica el deber de proceder lo más expedita y eficazmente posible para alcanzar la plena efectividad de los derechos sociales en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos disponibles. La obligación de progresividad implica consecuentemente la *prohibición de regresividad*, la misma que significa que todas las medidas retroactivas requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente.

En el caso de Colombia, la Corte Constitucional ha tomado este estándar del Derecho Internacional de los Derechos Humanos para utilizarlo como un parámetro de revisión judicial de prestaciones en estricto sentido de los derechos sociales. La Corte ha señalado que todo retroceso frente al nivel de protección alcanzado debe presumirse *en principio* inconstitucional, y por ello está sometido a un control judicial estricto. Este control judicial estricto consiste en que toda

¹⁰¹ Cfr., Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T1318, 2005, Disponible en: <http://vlex.com/vid/30482506>, última visita 31 de marzo de 2009. La prestación en estricto sentido en este caso es el subsidio para la vivienda: es un bien económicamente constatable y medible. Véase párr. 20 y ss.

medida regresiva en materia de derechos sociales es inconstitucional *prima facie*, sin embargo, esta presunción puede desvanecerse si se demuestra que las medidas regresivas se tomaron bajo los supuestos de análisis previo, razonabilidad, proporcionalidad, necesidad y fin constitucional.

5.2. Contenido mínimo esencial de los derechos sociales.

El Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de la ONU ha señalado que "corresponde a cada Estado Parte una obligación mínima de asegurar la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos".¹⁰² En el mismo sentido, Danilo Türk, Relator Especial de la ONU, ha afirmado sobre la realización de los derechos sociales que "los Estados están obligados, sin importar su nivel de desarrollo económico, a asegurar el respeto por los derechos de subsistencia mínima para todos".¹⁰³

Al respecto, los Principios de Limburgo¹⁰⁴ que fijan lineamientos para interpretar derechos sociales, establecen que existe una obligación mínima de los Estados de asegurar la satisfacción de los niveles esenciales de cada uno de los derechos. Estos principios admiten que el cumplimiento de la obligación de garantizar contenidos mínimos está supeditado a la limitación de recursos, pues las medidas deben tomarse hasta el máximo de los recursos de que se disponga. No obstante, el no cumplimiento de las obligaciones mínimas puede atribuirse a la falta de recursos sólo si se demuestra que se ha realizado todo esfuerzo para utilizar la totalidad de los recursos que están a su disposición.¹⁰⁵

Existen dificultades para determinar cuál es el contenido mínimo de un

¹⁰² Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, Observación General No. 3, *La índole de las obligaciones de los Estados Partes*, párr. 10.

¹⁰³ Consejo Económico y Social de la ONU, Comisión de Derechos Humanos, *Informe del relator Especial sobre la Realización de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, Danilo Türk, E/CN.4/Sub.2/14991/17, 1991, párr. 52.d.

¹⁰⁴ Del 2 al 6 de junio de 1986, se reunió en Maastricht, Países Bajos, un grupo de distinguidos expertos en Derecho Internacional convocados por la Comisión Internacional de Juristas, la Facultad de Derecho de la Universidad de Limburgo (Maastricht) y el Instituto Urban Morgan para los Derechos Humanos de la Universidad de Cincinnati (Ohio, EEUU) para considerar la naturaleza y el alcance de las obligaciones de los Estados Partes del Pacto Internacional sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales; y por ello, emitieron los *Principios de Limburgo*, los cuales constituyen la interpretación académica más respetada sobre el sentido y la aplicación de las normas internacionales de derechos económicos, sociales y culturales.

¹⁰⁵ Cfr., Principios de Limburgo, principios 25-28.

derecho, puesto que dependerá del contexto de la situación en particular, en el que se deberá tomar en cuenta factores como si determina el contenido mínimo para todas las personas o para un grupo en específico.¹⁰⁶ Sin embargo, en casos como del derecho a la educación, el Comité Derechos Económicos Sociales y Culturales de la ONU sostiene que la obligación mínima de los Estados comprende el velar por el derecho de acceso a las instituciones y programas de enseñanza públicos sin discriminación alguna; y proporcionar enseñanza primaria universal.¹⁰⁷ A esto hay que agregar que uno de los parámetros para identificar un contenido esencial de un derecho social es, como sostienen Abramovich y Courtis, el grado de protección ya alcanzado por un determinado sistema jurídico.¹⁰⁸

En Sudáfrica, se ha tomado al estándar del *contenido mínimo esencial* como un estándar de revisión judicial en casos en que se han litigado derechos sociales, como analizaremos a continuación.

En el Caso *Grootboom*, una comunidad de ocupantes ilegales que había sido desalojada de un asentamiento informal de Wallacedene en donde habían construido viviendas precarias de plástico en un centro de deportes, sin servicios básicos ni electricidad, iniciaron una acción legal conforme al derecho a una vivienda adecuada y el derecho específico de los niños y niñas a una vivienda.

El Alto Tribunal de Sudáfrica consideró que los demandados habían adoptado medidas razonables con sujeción a los recursos disponibles para lograr la aplicación progresiva del derecho a acceso a una vivienda adecuada, según lo requería la Constitución. Sin embargo, consideró que el derecho de los niños y niñas a la vivienda no estaba sujeto a la disponibilidad de recursos. Por este motivo, el Alto Tribunal mantuvo que los niños y niñas a quienes se les afectaba el derecho

¹⁰⁶ Cfr., Corte Constitucional de Sudáfrica, *Caso Government of the Republic of South Africa. & Ors v Grootboom & Ors 2000 (11) BCLR 1169. (CC)*, p. 27. párr 33. Disponible en: http://www.es.cr-net.org/caselaw/caselaw_show.htm?doc_id=408601&attribLang_id=13441, última visita 31 de marzo de 2009.

¹⁰⁷ Cfr., Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, *Observación General No 13, El derecho a recibir educación* (párr. 2 del Art.13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales), 1999, párr. 57.

¹⁰⁸ Cfr., Abramovich, Víctor y Christian Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, op. cit., p. 97: "la reglamentación propuesta por el legislador o por el Poder Ejecutivo no puede empeorar la situación de reglamentación del derecho vigente, desde el punto de vista del alcance y amplitud de su goce. De modo que, dentro de las opciones de reglamentación posibles, los poderes políticos tienen en principio vedado [...] elegir supuestos de reglamentación que importen un retroceso en la situación de goce de los derechos económicos, sociales y culturales vigentes".

a la vivienda tenían derecho a que el estado les proporcionase alojamiento básico, lo cual constituía un mínimo esencial de protección.

Tras el recurso de apelación, la Corte Constitucional determinó que conforme al artículo que consagraba el derecho a la vivienda, el Estado estaba obligado a formular y ejecutar un plan de viviendas coordinado y coherente, y que, al no asistir a quienes se encontraban en una situación de extrema necesidad, el gobierno había omitido tomar medidas razonables para lograr la aplicación progresiva del derecho a la vivienda. La Corte ordenó a los diversos gobiernos a formular, financiar, implementar y supervisar medidas para aliviar a quienes se encuentren en una situación de extrema necesidad.

Asimismo, en el caso *Minister of Health v Treatment Action Campaign*, también se hizo un análisis en base al contenido mínimo esencial de un derecho. Sudáfrica padece una epidemia de VIH/SIDA en la que más de 6 millones de personas están infectadas. En el año 2000, con ochenta mil infecciones de recién nacidos por año, la droga anti-retroviral Nevirapin ofrecía la posibilidad de prevenir la infección de treinta a cuarenta mil niños al año. Aunque el gobierno la recibió gratis durante cinco años, anunció que introduciría el tratamiento contra la transmisión intrauterina únicamente en algunos lugares piloto y que postergaría el inicio del tratamiento durante un año, lo que equivalía a negarles el tratamiento a la mayoría de las madres.

La organización Treatment Action Campaign (TAC) inició un reclamo constitucional denunciando la violación del derecho al acceso a la atención médica y exigiendo la creación de un programa que permitiera que la droga estuviera disponible en todo el país. El Alto Tribunal falló a favor de TAC y ordenó que Nevirapin se ponga a disposición de las madres infectadas que dieran a luz en instituciones estatales, y que el gobierno presente ante el tribunal un plan de extensión del suministro de la droga a todas sus salas de parto del país. El gobierno apeló la sentencia ante la Corte Constitucional.

La Corte Constitucional de Sudáfrica rechazó la apelación, estimando que el suministro de Nevirapin restringido a algunos lugares piloto excluía a otros que podían ser incluidos razonablemente en el programa. La Corte ordenó al gobierno extender la disponibilidad de la droga a hospitales y clínicas, considerando a esta prestación como un contenido mínimo para proteger el derecho a la salud y a la vida de los niños y niñas recién nacidos.¹⁰⁹

¹⁰⁹ Cfr., Corte Constitucional de Sudáfrica, Caso *Minister of Health v Treatment Action Campaign* (TAC) (2002) 5 SA 721 (CC). Disponible en: http://www.escrib-net.org/caselaw/caselaw_show.htm?doc_id=408585&attribLang_id=13441, última visita 31 de marzo de 2009.

En ambos casos, la Corte estableció como un contenido mínimo esencial los derechos sociales de los niños y niñas. Pese a que no realiza un ejercicio argumentativo similar al hecho por la Corte Constitucional colombiana, la Corte sudafricana hace varias consideraciones a la urgencia de medidas que protejan a los niños y niñas, a su situación de vulnerabilidad y a las consecuencias que acarrearía la omisión correspondiente a cada caso. Esto nos demuestra que la Corte si hace un ejercicio argumentativo en el que demuestra que existe una obligación determinada para el Estado y por lo tanto un prestación en sentido estricto exigible.

6. Conclusiones

Como acabamos de analizar las medidas positivas derivadas de los derechos sociales, o actualmente los derechos del buen vivir, si son posibles de exigir a nivel judicial. Es importante señalar que la actual Constitución Política del 2008 contiene una nueva institución que puede ayudar a superar esta visión restrictiva de la protección de los derechos sociales a través de las denominadas "garantías de políticas públicas, servicios públicos y participación ciudadana".¹¹⁰

La norma constitucional establece que la formulación, ejecución, evaluación y control de las políticas públicas y servicios públicos que garanticen los derechos reconocidos por la Constitución, se regularán de acuerdo con ciertos principios. Al disponer que las políticas deben regularse por ciertos parámetros ya se instituye una orientación bajo la cual los jueces y tribunales pueden revisar políticas públicas en las cuales se demanda la efectivización de las medidas positivas de derechos sociales. Además, la norma establece claramente los momentos en los que las políticas se deben sujetar a este enunciado constitucional, es decir, durante la formulación, ejecución, evaluación y control.

En primer lugar la Constitución establece que las políticas públicas y la prestación de bienes y servicios públicos se orientarán a hacer efectivos todos los derechos.¹¹¹ Esto supone un cambio trascendental en el sentido de que la Constitución ordena a que la elaboración de políticas públicas no responda a una visión "asistencialista" o "clientelar" sino que se adopte el "enfoque de derechos". La corriente denominada "enfoque de derechos en las políticas y estrategias de desarrollo" considera al Derecho Internacional de los Derechos Humanos como un marco conceptual capaz de orientar la formulación, implementación y evaluación de políticas

¹¹⁰ Cfr., Constitución de la República del Ecuador de 2008, Art. 85.

¹¹¹ Cfr., Constitución de la República del Ecuador de 2008, Art. 85 (1).

sociales¹¹² por medio de la adopción de principios en su implementación de manera que se hagan efectivos los derechos que dichas políticas buscan promover. Entre estos principios se encuentran, el de inclusión, de participación, de rendición de cuentas, de responsabilidad y los estándares sobre igualdad y no discriminación.¹¹³

Posteriormente, la Constitución señala que cuando los efectos de la ejecución de las políticas públicas o prestación de bienes o servicios públicos vulneren o amenacen con vulnerar derechos constitucionales, la política o prestación deberá reformularse o se adoptarán medidas alternativas que concilien los derechos en conflicto.¹¹⁴ Esta disposición reitera lo que hemos analizado a lo largo del presente estudio, al establecer que cuando una determinada política no se adecua a los estándares de protección de los derechos, y de esta forma se atenta contra el derecho de una o varias personas, la política debe ser reformulada, y por lo tanto, las prestaciones pueden ser exigibles ante los órganos judiciales.

Pese a que hasta ahora el papel de los jueces y tribunales ha sido restrictivo en cuanto a la protección de los derechos sociales, los avances constitucionales en la nueva Carta Política reflejan la adopción de criterios respecto de las políticas públicas que permitirán al Poder Judicial asumir un nuevo rol en la exigibilidad de medidas positivas por la relación directa de la satisfacción de estas últimas con el diseño de estas políticas.

7. Bibliografía.

Libros

- Abregú, Martín y Christian Courtis (comps.). *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1998.
- Abramovich, Víctor y Christian Courtis. *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Editorial Trotta, 2002.
- Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de

¹¹² Cfr., Víctor, Abramovich, *Una aproximación al enfoque de derechos en las estrategias y políticas de desarrollo*, Revista de la CEPAL No 88, 2006.

¹¹³ Cfr., Banco Interamericano de Desarrollo, *Relatoría sobre Garantías Explícitas en la implementación de los derechos económicos sociales y culturales en América Latina y el Caribe*, 007, p. 13.

¹¹⁴ Cfr., Constitución de la República del Ecuador de 2008, Art. 85 (2).

Estudios Constitucionales, 1997.

- Alston Philip y Henry J. Steiner (comps.). *International Human Rights in context, Law, Politics, Morals*, Nueva York, Oxford University Press, 2000.
- Arango, Rodolfo. *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Bogotá, Legis-Universidad Nacional de Colombia, 2005.
- Ávila Santamaría, Ramiro, "El amparo constitucional: entre el diseño liberal y la práctica formal", en *Un cambio ineludible: la Corte Constitucional*, Revista del Tribunal Constitucional, Quito, 2007.
- Bernal Pulido, Carlos, "Racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad en el control de constitucionalidad de las leyes" en *El derecho de los derechos. Escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005.
- Carbonell, Miguel y Pedro Salazar (edits.). *Garantismo, estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Madrid, Editorial Trotta, 2005.
- ————. (edit.). *Teoría del neoconstitucionalismo*, Madrid, Editorial Trotta/ Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2007
- Colmes, Stephen y Sunstein, Cass R., "The cost of rights: why liberty depends on taxes", en *International Human Rights in context, Law, Politics, Morals*, Henry J. Steiner y Philip Alston (comps.), Nueva York, Oxford University Press, 2000.
- Courtis, Christian, "Los derechos sociales en perspectiva. La cara jurídica de la política social" en Miguel Carbonell (edit.), *Teoría del neoconstitucionalismo*, Madrid, Editorial Trotta/Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2007.
- Ferrajoli, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Editorial Trotta, Madrid, 2001.
- Guastini, Ricardo, *Estudios de teoría constitucional*, Doctrina Jurídica Contemporánea/Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México/Fontamara, México, 2001.
- Guzmán, Marco Antonio, *Los derechos humanos en especial los derechos económicos, sociales y culturales*, Quito, Editorial Universitaria, 2003.
- Melish, Tara, *La Protección de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Center for International Human Rights Yale Law School, 2003.
- Pisarello Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías, elementos para una reconstrucción*, Madrid, Editorial Trotta, 2007.
- Uprimny, Rodrigo y Guarnizo, Diana, *¿Es posible una dogmática adecuada sobre la*

prohibición de regresividad? Un enfoque desde la jurisprudencia constitucional colombiana, Centro de estudios Derecho, Justicia y Sociedad "Dejusticia", on line disponible en <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo/?codigo=2354630>.

- Silva Portero, Carolina, "¿Qué es el *buen vivir* en la Constitución?" en *Constitución del 2008 en el contexto andino, análisis de la doctrina y el derecho comparado*, Ramiro Ávila (edit.), Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- Víctor Abramovich y Christian Courtis, "Hacia la exigibilidad de los derechos, económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales" en *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Martín Abregú y Christian Courtis (comps.), Buenos Aires, Editores del Puerto, 1998.
- Villanueva, Ernesto. Derecho de acceso a la información pública en Latinoamérica, Instituto de Investigaciones Jurídica de la Universidad Autónoma de México, México, Serie Doctrina Jurídica, 2003.

Artículos de Revistas Jurídicas

- Abramovich, Víctor. Una aproximación al enfoque de derechos, Revista de la CEPAL, No 88, 2006.
- Ávila Santamaría, Ramiro. "El amparo constitucional: entre el diseño liberal y la práctica formal", en *Un cambio ineludible: la Corte Constitucional*, Revista del Tribunal Constitucional, Quito, Tribunal Constitucional, 2007.
- Ferrajoli, Luigi, Garantías constitucionales, Revista Argentina de Derecho Constitucional, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2000.
- Gaviria, Carlos, "El Estado Social de Derecho y la presión política por el cambio", en *Revista de Derecho Foro*, No. 7, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, 2007.
- Prieto Sanchís, Luis. "Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial" en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, No. 22, Madrid, 1995.

Sentencias de Tribunales Nacionales

- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-559, 1997.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencias T-153, T-590 y T-606 de 1998.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-606, 1998.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-025, 2004.

- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-671, 2002
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-931, 2004.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-1318, 2005.
- Corte Constitucional de Sudáfrica, Caso *Government of the Republic of South Africa. & Ors v Grootboom & Ors 2000 (11) BCLR 1169. (CC)*.
- Corte Constitucional de Sudáfrica, Caso *Minister of Health v Treatment Action Campaign (TAC) (2002) 5 SA 721 (CC)*.
- Tribunal Constitucional del Ecuador, Resolución No. 0140-2003-RA, R.O.130, 22 julio 2003.
- Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, Exp.-03-1100, 2005.

Normativa

- Convención Americana de Derechos Humanos
- Constitución de la República del Ecuador de 2008
- Constitución Política de la República del Ecuador de 1998
- Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública, R.O. 337, 18 mayo 2004.
- Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales
- Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales.
- Principios de Limburgo.

Sentencias de Tribunales Internacionales

- Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*, Sentencia de 31 de enero de 2006.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*, Sentencia de 4 de julio de 2006.

Otros instrumentos internacionales

- Banco Interamericano de Desarrollo, *Relatoría sobre Garantías Explícitas en la implementación de los derechos económicos sociales y culturales en América Latina y el Caribe*, 007.

- Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, *Observación General No 1*.
- Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, Observación General No. 3, *La índole de las obligaciones de los Estados Partes*, 1990.
- Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, Observación General No 13, *El derecho a recibir educación* (párr. 2 del Art.13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales), 1999.
- Consejo Económico y Social de la ONU, Comisión de Derechos Humanos.
- Organización de Estados Americanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales*, OEA/Ser.L/V/II.129, 2007.
- Organización de Estados Americanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Lineamientos para la elaboración de indicadores de progreso en materia de derechos económicos sociales y culturales*, OEA/Ser/L/V/II.129, 2007.

CUARTA SECCIÓN
Una visión global

CONSTITUCIÓN Y REALIDAD

Juan Pablo Aguilar Andrade

SUMARIO

1. Introducción. 2. El "Recto Sentido" y la Interpretación Constitucional. 3. El Carácter Instrumental del Derecho. 4. Positivismo "Pop". 5. Derechos y Garantías. 6. Lo Político en la Interpretación Judicial. 7. Para Terminar. 8. Colofón Literario. 9. Bibliografía.

*Antes de cambiar la forma del Estado,
los burgueses habían modificado su sustancia,
habían modificado la constitución de la comunidad civil;
luego pensaron en las "Constituciones".*

Palmiro Togliatti¹

1. Introducción.

La confianza en las virtudes de la ley y, sobre todo, de la Constitución, para modificar la realidad, es una característica de la política ecuatoriana que se ha puesto de manifiesto en el reciente proceso constituyente. Para el presidente Rafael Correa, el "cambio radical, profundo y rápido de las estructuras vigentes" se realiza "a través de una Asamblea Nacional de Plenos Poderes"; es ella la que permite "dar la concreción de la revolución ciudadana" y es la Constitución la que "deberá otorgarnos una verdadera democracia" y permitir "la construcción de un sistema económico y social más justo y solidario".²

¹ Palmiro Togliatti, citado por Manuel Sacristán, *El orden y el tiempo*, Madrid, Editorial Trotta, 1998, p. 132.

² Las citas pertenecen al discurso inaugural de la Asamblea Constituyente, que se encuentra disponible en www.presidencia.gov.ec. Su lectura puede ser muy ilustrativa a la hora de establecer cuan de izquierda es la ideología presidencial.

Hay quienes, como Alberto Acosta, se cuidan de aclarar que la Constitución no produce por sí sola cambio alguno y que su aprobación no hace sino "empezar el verdadero proceso constituyente"³; la claridad de este enfoque, sin embargo, no impide al primer presidente de la Asamblea Constituyente mantener su fe en las virtudes de los textos constitucionales, como si éstos fueran la condición indispensable del cambio, como si nada fuera posible sin ellos. También en el caso de Acosta, es el texto el que construye una nueva realidad: "con la nueva Constitución queremos que los ciudadanos y las ciudadanas tengan en sus manos la definición del presente y la construcción del futuro"⁴; la Constitución "abre la puerta [...] a la integración regional, como paso fundamental para que los pueblos de Nuestra América puedan insertarse con dignidad e inteligencia en el contexto mundial"⁵; la Constitución permitirá "tener una vida equilibrada entre todos los individuos, con la colectividad y con la Naturaleza".⁶

En realidad, entre la demagogia correísta y el discurso académico de Acosta las diferencias son solo aparentes, pues uno y otro parten de concebir al texto constitucional como prerequisite indispensable para el cambio. Para Correa la Constitución es la nueva sociedad ("tenemos [...] la oportunidad maravillosa de cambiar la historia, de fundar el nuevo Ecuador"⁷, dijo en su discurso de clausura de la campaña por el sí a la Constitución); para Acosta, la Constitución será insuficiente sin un proceso de lucha social que se apropie de ella e impida que se la vacíe de contenido⁸; en ambos casos, sin embargo, la realidad solo puede modificarse a partir de una nueva Constitución y los textos se convierten en condición ineludible del cambio.

Para esta forma de ver las cosas, el modelo de sociedad se identifica plenamente con el modelo constitucional; es éste último el que construye al

³ Alberto Acosta, "No hay camino para la Constituyente, la Constituyente es el camino", en Alberto Acosta, Alejandro Moreano y Kinto Lucas, comp., *Constitución 2008. Entre el quiebre y la realidad*, Quito, Editorial, Abya-Yala, 2008, p. 12.

⁴ *Ibid.*, p. 10.

⁵ *Ibid.*, p. 11.

⁶ *Ibid.*

⁷ Rafael Correa Delgado, "Intervención presidencial en el cierre de la campaña por el sí", Guayaquil, 24 de septiembre de 2008. Disponible en www.presidencia.gov.ec.

⁸ Alberto Acosta, "No hay camino...", p. 12. Puede verse también "El 'buen vivir' para la construcción de alternativas", en Alberto Acosta, Alejandro Moreano y Kinto Lucas, comp., *Constitución 2008. Entre el quiebre y la realidad*, Quito, Editorial, Abya-Yala, 2008, pp. 27-37.

primero y define cómo, de aquí en adelante, deberán comportarse las personas y organizarse y actuar los poderes públicos.

Es ésta una forma tradicional de concebir el fenómeno jurídico: aquélla según la cual las normas encerrarían una verdad que debe ser desentrañada por quien las aplica; en palabras de Juan Larrea Holguín, "interpretar la ley equivale a entenderla en su recto sentido y aplicarla debidamente."⁹

Decir que la ley tiene un "recto sentido", que hay una forma debida de aplicarla, equivale a entenderla como un mandato claro e indudable que sus destinatarios están obligados a cumplir. El "recto sentido" no es más que un sentido único, que cualquier juez que siga las reglas de la lógica y que actúe rectamente, debería entender y aplicar.

Por eso se considera imposible construir una estructura social distinta sin pasar por un texto legal que la prefigure, en tal virtud la redacción de las normas se presenta como el paso previo indispensable para cualquier transformación, la nueva sociedad, para existir como tal en la realidad, debe necesariamente tener una existencia previa en los textos jurídicos.

2. El "Recto Sentido" y la Interpretación Constitucional.

Lamentablemente, la realidad es lo suficientemente compleja como para no modificarse por el simple mandato de una mayoría legislativa; así ocurra eso que reclama Alberto Acosta: "que la gente se apropie de la Constitución".¹⁰ Esto porque, como veremos enseguida, la ley no tiene ese "recto sentido" que quiere atribuirle la doctrina tradicional.

Puesto que las normas contienen mandatos, esos mandatos deben ser transmitidos por quien los dicta, lenguaje de por medio, a quienes tienen que cumplirlos. No es suficiente, entonces, con que los mandatos existan; es necesario, además, que alguien los reciba, los entienda y los aplique.

Ese recibir, entender y aplicar, requisito indispensable para que la norma produzca efectos en la realidad, es lo que la teoría jurídica conoce como interpretación. Y Kelsen dejó muy en claro que la interpretación no es un acto de conocimiento sino un acto de voluntad.¹¹ En palabras de Guastini:

⁹ Juan Larrea Holguín, *Derecho Civil del Ecuador*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 1978, tomo I, p. 237.

¹⁰ Alberto Acosta, "No hay camino ...", p. 12.

¹¹ Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho*, Buenos Aires, Editorial Eudeba, 1975, pp. 167-169

"Los juristas y los teóricos ocultan frecuentemente el hecho de que no existen normas preconstituidas a la operación interpretativa; que las normas son el producto (y no el objeto) de las operaciones de los juristas; que en el mundo de la jurisprudencia las normas no son objeto de conocimiento sino resultado de la actividad práctica."¹²

Que una norma se aplique efectivamente y que se lo haga en el sentido pensado por quien la redactó depende menos del legislador que del intérprete; la ilusión del sentido único de las normas es eso, una ilusión, pues en la medida en que se expresan por medio del lenguaje sufren la falta de certeza que caracteriza a este último y permiten que los receptores del mensaje lo entiendan de diversas maneras, según sean sus condiciones particulares, personales o sociales.

Quien interpreta no expresa la voluntad del legislador, sino la suya propia¹³; no pone de manifiesto la verdad contenida en las normas, sino que opta por una de las posibles soluciones; no describe lo existente, construye algo nuevo a partir de los materiales entregados por el autor de la norma:

"No existe verdad en el derecho porque no hay ningún mundo previo: el derecho no es algo que esté ahí y que hay que descubrir sino, más bien, es algo por hacer que hay que inventar dentro de los límites impuestos por el texto de la ley."¹⁴

Sin dejar de reconocer la importancia de la redacción de los textos, el problema fundamental no está ahí, sino en la forma en que esos textos son interpretados y aplicados. No hay, entonces, un "recto sentido" de la norma que pueda ser entendido a partir de deducciones lógicas. En palabras de Correas, "el derecho es un producto de la voluntad de poder, no de un discurso que sigue las reglas de la Lógica"¹⁵ o, mejor, "una Constitución no es el texto escrito en un papel, sino el texto realmente producido por una voluntad de poder. Y se trata

¹² Ricardo Guastini, citado por Gilberto Giménez, *Poder, estado y discurso. Perspectivas sociológicas y semiológicas del discurso político-jurídico*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1989, p. 120.

¹³ Evidentemente, esa expresión no puede ser arbitraria, sino que está limitada por el marco establecido por el legislador.

¹⁴ Fernando de Trazegnies Granda, "La muerte del legislador", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XXX, número 89, mayo-agosto 1997, p. 864.

¹⁵ Óscar Correas, *Teoría del derecho*, México, Editorial Fontamara, 2004, p. 119.

de una nueva Constitución si hay un nuevo poder, aunque se trate, en el papel, del mismo texto."¹⁶

3. El Carácter Instrumental del Derecho.

Hay claros ejemplos de lo que hasta aquí se ha dicho en la reciente historia constitucional ecuatoriana.

Así como el último proceso constituyente partió del rechazo a la Constitución de 1998, por considerarla "neoliberal", los sectores tradicionales rechazaron desde un inicio la Constitución de 1978, calificándola como estatizante y comunista. Alejandro Ponce Martínez calificaba en aquel entonces a la Constitución como totalitaria, porque según él consagraba el intervencionismo estatal y establecía una economía centralmente planificada; y consagratoria de la lucha dialéctica porque dividía a la economía en sectores y a la sociedad en partidos políticos.¹⁷

A partir de 1984, Febres Cordero encabezó el gobierno del Frente de Reconstrucción Nacional y Alejandro Ponce Martínez fue, en un inicio, su asesor jurídico; durante los cuatro años del período presidencial la Constitución de 1978 no sufrió reforma alguna y, sin embargo, la economía centralmente planificada desapareció como por arte de magia en beneficio de una economía de mercado según dijo el presidente en su discurso inaugural, "era la vía que ordenaba la Constitución".¹⁸ Para Febres Cordero, la referencia a la economía de mercado era lo único importante del extenso artículo 45 constitucional, así como la característica del gobierno ecuatoriano como presidencialista fue lo único que retuvo de la definición del artículo 1. Rafael Quintero hacía notar, en ese entonces, que la Constitución se convirtió en uno de los instrumentos "para impedir que en el país se sigan redefiniendo desde la sociedad y en democracia las relaciones que deben regir entre la Política y la Economía".¹⁹

¹⁶ Ibid., p. 109.

¹⁷ Alejandro Ponce Martínez, *La tiranía constitucional*, Quito, Ediciones IUS, 1981. El análisis que hace Ponce Martínez de la Constitución de 1978 llega incluso a destacar el hecho de que las normas constitucionales estaban redactadas en presente, igual que "las disposiciones de la Constitución rusa" (op. cit., p. 70).

¹⁸ María Arboleda, Raúl Borja y José Steinsleger, *Mi poder en la oposición*, Quito, El Conejo, 1985, p. 211. La afirmación consta en el discurso inaugural de Febres Cordero, el 10 de agosto de 1984.

¹⁹ Rafael Quintero, *Punto de Vista*, 2 de septiembre de 1985, separata, p. 5.

Una de las normas de la Constitución de 1978 que le valió el calificativo de estatizante y comunista fue la que, vigente hasta la codificación constitucional de 1996, establecía como "áreas de explotación económica reservadas al Estado" los recursos naturales no renovables, las empresas estratégicas definidas por la ley y los servicios de agua potable, fuerza eléctrica y telecomunicaciones. Solo excepcionalmente, decía la norma, el estado "podrá delegar a la iniciativa privada el ejercicio de cualesquiera" de esas actividades²⁰. Pero fue mientras se encontraba en vigencia este mandato, y no cuando regía la Constitución "neoliberal" de 1998, que se promulgaron la Ley de Modernización del Estado²¹, las reformas a la Ley de Hidrocarburos²², la Ley de Régimen del Sector Eléctrico²³ y la reforma a la Ley Especial de Telecomunicaciones²⁴, que establecían la forma en que las actividades y servicios reservados al estado serían transferidos al sector privado.

Podríamos continuar con un largo etcétera de ejemplos; los dos anteriores son, sin embargo, suficientes; aunque conviene aclarar que en este tema no nos encontramos frente a una particularidad del sistema jurídico ecuatoriano ni ante deficiencias propias de nuestra práctica legal. Los textos normativos, como se ha visto, no tienen un sentido único y, en esa medida, se prestan para usos diversos. En la relación entre las normas y la realidad importa menos la forma en que los textos son escritos, que la manera en que se los lee.

Como lo explicaba Novoa Monreal en un texto clásico de los años setenta, el derecho tiene un carácter meramente instrumental y carece de fines:

"[...] el conjunto sistemático de reglas jurídicas obligatorias que el derecho aporta a la sociedad constituye solo el medio para que se alcance un determinado orden social. El derecho, por consiguiente, es puramente instrumental y, por sí mismo, no se integra ni comprende los fines o las ideas sustanciales que inspiran la ordenación que está encargado de sostener bajo amenaza de coacción.

²⁰ Esta norma fue parte, inicialmente, del artículo 46 de la Constitución de 1979; mantuvo el mismo número en las codificaciones de 1984 y 1993 y se convirtió artículo 61 en la codificación de 1996. La codificación constitucional de 1997 incluyó un nuevo texto del artículo 61.

²¹ Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada, Registro Oficial 349, 31 de diciembre de 1993.

²² Ley 44, Registro Oficial 326, 29 de noviembre de 1993.

²³ Ley de Régimen del Sector Eléctrico, suplemento del Registro Oficial 43, 19 de octubre de 1996.

²⁴ Ley 94, Registro Oficial 770, 30 de agosto de 1995.

[...] es la política, como ciencia práctica del gobierno de la sociedad, que en esto obra auxiliada por la economía y la sociología, la que señala las ideas directrices y lineamientos que aspiran a conformar de una manera dada a la sociedad; el derecho solamente opera como apoyo formal de esas ideas y cumple la función e obtener que los hombres observen una conducta que permita hacerlas realidad."²⁵

Los textos constitucionales, como cualquier texto normativo, actúan en la realidad no a partir de lo que dicen o, mejor, de lo que quien los redactó pretendió que digan; lo hacen conforme la lectura que de ellos haga quien deba aplicarlos. Esa lectura no depende de ninguna cualidad intrínseca del texto ni del famoso "recto sentido" que pueda extraerse a partir de las reglas de la lógica; es, simplemente, una opción que se escoge a partir de intereses particulares o colectivos, valores asumidos o formas de entender la realidad. Una opción, en última instancia, política.

4. Positivismo "Pop".

Quien pierde de vista lo dicho en los párrafos anteriores se desliza imperceptiblemente hacia lo que Trazegnies denomina positivismo "pop"²⁶, una forma pedestre de entender lo jurídico que termina identificando las normas con la realidad y, al hacerlo, se convierte en discurso justificativo del orden existente.

Eso ocurre, por ejemplo, cuando tras una simple lectura del texto constitucional se concluye que un Estado es de Derecho o, para seguir la terminología de la Constitución vigente, "constitucional de derechos y justicia", a despecho de una realidad que muestra algo totalmente distinto.

En el campo de los derechos, el positivismo "pop" se limita a un análisis de las declaraciones constitucionales y, a partir de ellas, concluye si un derecho ha sido reconocido, existe o no en un determinado ordenamiento jurídico. Un ejemplo pone en claro las deficiencias de este enfoque.

El artículo 12 de la Constitución ecuatoriana establece el derecho al agua como fundamental e irrenunciable; como en la Constitución colombiana no existe una declaración similar, el positivismo "pop" concluiría que en este punto el Ecuador ha dado un paso adelante en relación con Colombia.

²⁵ Eduardo Novoa Monreal, *El derecho como obstáculo al cambio social*, México, Editorial Siglo XXI, 1980, pp. 80-81.

²⁶ Fernando de Trazegnies Granda, "La muerte...", p. 852.

La realidad, sin embargo, parece ser distinta. La falta de una declaración constitucional expresa sobre el derecho al agua no ha impedido a la Corte Constitucional colombiana reconocer que este último "si es un derecho fundamental"²⁷, derivado del derecho a la vida. En el Ecuador, el mandato constitucional parece estar preso en los límites del papel que lo contiene; al momento de escribir estas líneas se ha aprobado una ley que regula la actividad minera, rechazada por importantes sectores, precisamente por afectar el flamante derecho al agua y, para el Ministro de Minas y Petróleo, el tema de la explotación de los recursos no renovables se resume en hacer "los intentos necesarios para cuidar el medio ambiente, pero el país necesita fondos",²⁸ la necesidad de recursos, al parecer, condiciona la vigencia de los derechos.

Pensar que la realidad está reflejada en los textos constitucionales es completamente fácil: las facultades de jurisprudencia entrenan a los futuros abogados precisamente para eso. No resulta extraño, entonces, encontrar argumentos como aquél que sostiene que la nueva Constitución rescata al trabajo "de la concepción mercantilizada neoliberal", que lo considera como "una pieza más del mecanismo de exacción y acumulación de la riqueza."²⁹

En realidad, el trabajo es una mercancía no solo para la "concepción mercantilizada neoliberal", sino para el modo de producción capitalista; mientras éste subsista, la fuerza de trabajo será una mercancía que se compra y se vende en el mercado, aunque las declaraciones constitucionales digan lo contrario. Que considerar al trabajo como mercancía repugne a nuestra sensibilidad, que las constituciones y los teóricos del derecho laboral hablen a los cuatro vientos de la dignidad del trabajo humano, no hace, lamentablemente, que las cosas dejen de ser como son; confundir nuestras ilusiones con la realidad puede resultar satisfactorio, pero sostener contra viento y marea que el trabajo no es una mercancía, aunque se lo haga desde la autoridad de textos constitucionales, no modifica la realidad cotidiana de su compra y de su venta.

²⁷ Corte Constitucional colombiana, sentencia T-413/95. Puede verse también Corte Constitucional colombiana, sentencia T- 410/03.

²⁸ Declaraciones de Derlis Palacios, Ministro de Minas y Petróleo, Vanguardia, número 171, 13 al 19 de enero de 2009, p. 6.

²⁹ Carlos Castro Riera, "Valoración jurídico-política de la Constitución del 2008", en Ramiro Ávila Santamaría, Agustín Grijalva Jiménez y Rubén Martínez Dalmau, comp., *Desafíos constitucionales, La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos/Tribunal Constitucional, 2008, p. 122.

Tal vez convenga recordar al viejo Marx: "el derecho no puede ser nunca superior a la estructura económica ni al desarrollo cultural de la sociedad por ella condicionado."³⁰

5. Derechos y Garantías.

La idea de que la aplicación de las normas es el resultado de las características intrínsecas de éstas se encuentra tras uno de los temas que se ha promocionado como importante avance en la Constitución vigente: las garantías de los derechos.

Sin duda, la mera enunciación de los derechos carece de valor si no viene acompañada por instrumentos que permitan defenderlos y hacerlos efectivos. Pero hay una gran distancia entre sostener ésto y pretender que la forma en que la nueva Constitución regula los mecanismos para la exigibilidad de los derechos hacen de éstos, no una mera declaración sino una realidad.

Creer que por obra y gracia de los textos constitucionales "la justicia ordinaria aplicará, en forma inmediata y directa, la Constitución, haciendo prevalecer los derechos fundamentales"³¹, es una ingenuidad; y el argumento en virtud del cual la efectividad del sistema de derechos "está asegurado por claros mandatos constitucionales"³², no es sino una demostración de la forma en que los abogados, incluso aquellos "de militancia progresista"³³, están atrapados por concepciones tradicionales sobre lo jurídico, se dejan encandilar por el discurso de la ley, confunden éste con la realidad y no aciertan sino a reproducir, con otro ropaje, la exégesis legislativa, rindiendo culto a las formas más elementales del positivismo.

Las normas sobre garantías son tan normas como aquéllas que consagran los derechos y, por ello, no escapan al momento interpretativo. Cierto es que el sistema de garantías previsto por la Constitución "implica la necesaria intervención de la voluntad política del poder"³⁴, pero ¿qué hace pensar que esa voluntad será la de hacer efectivo el sistema de derechos?

Esto, con mayor razón, sí frente a las elaboraciones doctrinarias sobre la justiciabilidad y la aplicación directa e inmediata de todos los derechos, se levantan declaraciones como las siguientes:

³⁰ Carlos Marx, *Crítica del programa de Gotha*, Moscú, Editorial Progreso, 1979, p. 18.

³¹ Carlos Castro Riera, "Valoración jurídico-política...", p. 113.

³² *Ibid.*, *ibid.*

³³ Alberto Wray, "Nuevos objetivos para la enseñanza del derecho", en *Nuevo Derecho*, Quito, Consejo de Facultad de Jurisprudencia, año II, número 1, 1980, p. 33.

³⁴ Carlos Castro Riera, "Valoración jurídico-política...", p. 113.

"[...] sepamos diferenciar claramente entre derechos y garantías. Los derechos políticos, a los que sí me referí, se pueden garantizar, pero los sociales, no. Por ejemplo, se puede garantizar el derecho al sufragio, pero la concreción de derechos tales como la educación, la salud, etc. dependerán de los recursos con los que cuente la sociedad, es decir, no son una garantía, pero el Estado tiene la obligación de buscar su concreción. Se los considera como derechos progresivos. Tengamos claro, entonces, en la redacción de la constitución, aquellos derechos y aquellas garantías, para más tarde no tener, como decía el Libertador, filantropía en lugar de leyes."³⁵

Como quién dice esto es el presidente Rafael Correa, conviene preguntarse qué prevalecerá, ¿la doctrina jurídica o la voluntad del poder?

6. Lo Político en la Interpretación Judicial.

Cuando se piensa que el sistema de garantías diseñado por la Constitución permite que los derechos no estén solo declarados, sino que tengan una "efectiva realización"³⁶ se está, en realidad, asumiendo un enfoque del fenómeno jurídico que cumple una clara labor de encubrimiento.

"Los teóricos tradicionales [...] no están interesados en el mundo real, sino en construir una imagen según la cual el derecho no tiene relación con el poder, donde las controversias se resuelven científicamente, con exclusión de la anarquía propia de las luchas sociales, donde los gobernantes se comportan lógicamente conforme con las normas democráticas."³⁷

Cuando la aplicación de las normas se hace depender de las virtudes de los textos y no del momento interpretativo y de sus condicionantes políticos, se alimenta la idea de que el problema está, no en el sistema, sino en jueces corruptos o en funcionarios que rompen la Constitución para satisfacer intereses personales o de grupo.

³⁵ Rafael Correa Delgado, "Discurso en la ceremonia de inauguración de la Asamblea Nacional Constituyente", Montecristi, 30 de noviembre de 2007. El discurso se encuentra disponible en www.presidencia.gov.ec.

³⁶ Francisco Muñoz Jaramillo, "El Debate de la Nueva Constitución", en varios autores, *El Debate de la Nueva Constitución*, Quito, Ildis, La Tendencia, No.7, 2008, p. 20.

³⁷ Óscar Correas, *Teoría...*, p. 190.

Pero, como se ha visto, la aplicación de las normas no proviene de un acto de conocimiento, no depende de la lógica o de la teoría jurídica sino de la política y de los equilibrios de poder.

La lucha por los derechos es, por eso, no una lucha jurídica, sino política. Reducirla al espacio de los casos individuales, confinarla a los tribunales de justicia y convertirla en una simple colección de alegatos, es la mejor forma de desactivar su potencial emancipatorio.

"En realidad, la estrategia de los derechos tiene el riesgo de crear únicamente expectativas engañosas. Pues no basta transformar las expectativas en derechos si no se modifican las condiciones práctico-materiales que determinan las necesidades y al mismo tiempo definen los ámbitos y los tipos de acción. En todos estos casos no se puede sustituir con una política de derechos la falta o la inadecuación de una reforma de la ciudad y del proceso de trabajo, etc."³⁸

7. Para Terminar.

Carentes de fines propios, solo por medio de la labor interpretativa pueden los textos constitucionales producir efectos en la realidad. No hay, entonces, un proyecto constitucional, sino proyectos de grupos o personas que se justifican invocando la Constitución y a partir de una lectura determinada de ella.

Se engañan, por eso, quienes confían en las virtudes de un texto en el que consideran que se refleja un proyecto de sociedad. Para que este último salga del mundo de los sueños, es preciso que alguien reconozca los textos y les de sentido. El proyecto, entonces, no existe en la Constitución sino que está en manos del intérprete o, mejor, es el proyecto del intérprete.

Me temo que el proyecto constitucional ecuatoriano, aquél que creyeron construir muchos de los que redactaron los textos de la actual Constitución, no refleja las necesidades reales de un proyecto político que camina por senderos distintos y distantes de aquéllos que conducen al propuesto estado constitucional de derechos y justicia.

En efecto, los arrestos arbitrarios y la descalificación a quienes no se someten al pensamiento oficial poco tiene que ver con las libertades proclamadas

³⁸ Pietro Barcellona, *Postmodernidad y comunidad. El regreso de la vinculación social*, Madrid, Editorial Trotta, 1999, p. 107.

constitucionalmente; la defensa a ultranza de la minería a cielo abierto no parece ser parte de la diversidad y la armonía con la naturaleza; que, según el preámbulo de la Constitución, permiten alcanzar el buen vivir; la conformación de la Función de Transparencia y Control Social ha puesto en evidencia procedimientos que poco tienen de transparentes y participativos.

No existe, en realidad, un proceso de desarrollo de fuerzas sociales nuevas, capaces de construir un país diferente. El proyecto gubernamental se ha sustentado en la aplicación de recetas populistas para consolidar, no un proyecto colectivo, sino un liderazgo y un poder personales, que se piensan insustituibles e inobjectables.

El discurso constitucional es solo eso, un discurso que importa en la medida en que su construcción fue un excelente instrumento para la consolidación de la figura presidencial, un discurso que da buena imagen y legitimidad al recoger demandas y prometer cambios, aunque la realidad se mantenga inalterada.

Después de todo, la ventaja del discurso es que no exige esfuerzo, crea adhesiones y permite tender un velo sobre la realidad. Enseguida un ejemplo que vale la pena recordar:

El imperialismo y la oligarquía son ahora los enemigos del género humano. Los poderosos ricos no solo disponen de todos los recursos que da la plata sino que han formado grandes compañías y han armado Estados superpoderosos para que defiendan sus intereses. Estados Unidos son hoy los invencibles herederos del imperialismo histórico; de ese imperialismo que, entre otras mil hazañas, obligó a cañonazos a que los chinos consumiesen opio.

Lo que acaban de leer no es un encendido discurso de un asambleísta del oficialismo en la última Constituyente; tampoco pertenece a Rafael Correa ni está incluido en texto alguno de la revolución ciudadana. Lo transcrito es parte del artículo que, en homenaje al Ché Guevara, escribió José María Velasco Ibarra³⁹ un año antes de iniciar su quinto período presidencial, un período presidencial que Agustín Cueva califica como claramente represivo porque Velasco "enfrentado a la realidad del poder donde no es posible superar, como en los discursos, los antagonismos de clase, ni ignorar para cada acción concreta los intereses de los distintos grupos [...] no tardó en allanarse a los requerimientos de la clase dominante."⁴⁰

³⁹ José María Velasco Ibarra, "Ha muerto Guevara", en *Pensamiento político*, Quito, Banco Central del Ecuador, Corporación Editora Nacional, 1996, pp. 525-526.

⁴⁰ Agustín Cueva, "El Ecuador de 1960 a 1979", en Enrique Ayala Mora, edit., *Nueva historia del Ecuador*, Quito, Corporación Editora Nacional/Grijalbo, 1991, volumen 11, p. 162,

8. Colofón Literario.

En "Los pilares de la tierra", Ken Follett hace que el obispo Waleran explique al conde William Hamleigh los secretos de la interpretación normativa:

- Aliena ha solicitado la anulación de su matrimonio.

- Sí, lo sé.

-¿Cuál creéis que será el resultado?

- Por lo que parece, el matrimonio nunca llegó a consumarse.

- ¿Y sólo es preciso eso?

- Creo que sí. Según Graciano, un erudito a quien he estudiado en profundidad, lo que constituye un matrimonio es el consentimiento mutuo de las dos partes. Pero también mantiene que el acto de unión física "completa" o "perfecciona" el matrimonio. Y dice, de manera específica, que si un hombre se casa con una mujer y no copula con ella, y luego se casa con una segunda con la que sí copula, el matrimonio válido es el segundo, es decir, el consumado [...]
William escuchaba impaciente todas aquellas teorías.

- O sea, que obtendrán la anulación.

- A menos que alguien esgrima el argumento contrario a Graciano. De hecho, son dos: uno teológico y el otro práctico. El teológico alega que la definición de Graciano es denigrante para el matrimonio de José y María, ya que no fue consumado. El argumento práctico se refiere a aquellos matrimonios acordados por razones políticas o para unir dos fortunas, entre dos niños en edades en que físicamente son incapaces de consumir la unión. Si el novio o la novia llegaran a morir antes de la pubertad, de acuerdo con la definición de Graciano el matrimonio quedaría invalidado, lo que podría acarrear consecuencias muy embarazosas.

[...]

- Lo que queréis decir es que lo mismo puede terminar de una manera que de otra.

- Sí.

- Y el resultado dependerá de quién ejerza una mayor presión.

- Sí.⁴¹

Así mismo es.

⁴¹ Ken Follett, *Los pilares de la tierra*, México, Editorial De Bolsillo, 2008, pp. 1067-1068.

9. Bibliografía.

- Acosta, Alberto, "No hay camino para la Constituyente, la Constituyente es el camino", en Alberto Acosta, Alejandro Moreano y Kinto Lucas, comp., *Constitución 2008. Entre el quiebre y la realidad*, Quito, Editorial, Abya-Yala, 2008.
- Arboleda María, Raúl Borja y José Steinsleger, *Mi poder en la oposición*, Quito, El Conejo, 1985.
- Barcellona, Pietro, *Postmodernidad y comunidad. El regreso de la vinculación social*, Madrid, Editorial Trotta, 1999.
- Castro Riera, Carlos, "Valoración jurídico-política de la Constitución del 2008", en Ramiro Ávila Santamaría, Agustín Grijalva Jiménez y Rubén Martínez Dalmau, comp., *Desafíos constitucionales, La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos/Tribunal Constitucional, 2008.
- Correa Delgado, Rafael, "Discurso en la ceremonia de inauguración de la Asamblea Nacional Constituyente", Montecristi, 30 de noviembre de 2007.
- ———, "Intervención presidencial en el cierre de la campaña por el sí", Guayaquil, 24 de septiembre de 2008.
- Correas, Óscar, *Teoría del derecho*, México, Editorial Fontamara, 2004.
- Cueva, Agustín, "El Ecuador de 1960 a 1979", en Enrique Ayala Mora, edit., *Nueva historia del Ecuador*, Quito, Corporación Editora Nacional/Grijalbo, 1991, volumen 11.
- De Trazegnies Granda, Fernando, "La muerte del legislador", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XXX, número 89, mayo-agosto 1997.
- Follett, Ken, *Los pilares de la tierra*, México, Editorial De Bolsillo, 2008.
- Giménez, Gilberto, *Poder, estado y discurso. Perspectivas sociológicas y semiológicas del discurso político-jurídico*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1989.
- Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, Buenos Aires, Editorial Eudeba, 1975.
- Larrea Holguín, Juan, *Derecho Civil del Ecuador*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 1978, tomo I.
- Marx, Carlos, *Crítica del programa de Gotha*, Moscú, Editorial Progreso, 1979.
- Muñoz Jaramillo, Francisco, "El Debate de la Nueva Constitución", en varios autores, *El Debate de la Nueva Constitución*, Quito, Ildis, La Tendencia, No.7.

- Novoa Monreal, Eduardo, *El derecho como obstáculo al cambio social*, México, Editorial Siglo XXI, 1980.
- Palacios, Derlis, Revista Vanguardia, número 171, 13 al 19 de enero de 2009.
- Ponce Martínez, Alejandro, *La tiranía constitucional*, Quito, Ediciones IUS, 1981.
- Quintero, Rafael, *Punto de Vista*, 2 de septiembre de 1985, separata.
- Togliatti, Palmiro, citado por Manuel Sacristán, *El orden y el tiempo*, Madrid, Editorial Trotta, 1998, p. 132.
- Velasco Ibarra, José María, "Ha muerto Guevara", en *Pensamiento político*, Quito, Banco Central del Ecuador, Corporación Editora Nacional, 1996.
- Wray, Alberto, "Nuevos objetivos para la enseñanza del derecho", en *Nuevo Derecho*, Quito, Consejo de Facultad de Jurisprudencia, año II, número 1, 1980.

Normativa

- Constitución de la República del Ecuador
- Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada, Registro Oficial 349, 31 de diciembre de 1993.
- Ley 44, reformatoria de la de Hidrocarburos, Registro Oficial 326, 29 de noviembre de 1993.
- Ley de Régimen del Sector Eléctrico, suplemento del Registro Oficial 43, 19 de octubre de 1996.
- Ley 94, reformatoria de la Especial de Telecomunicaciones, Registro Oficial 770, 30 de agosto de 1995.

Tabla de Contenidos

Presentación

La Constitución de Montecristi, medio y fin para cambios estructurales	7
<i>Alberto Acosta</i>	

Introducción

Defender la vigencia y debatir el contenido de la nueva Constitución, una obligación ineludible e impostergable	
<i>David Cordero Heredia</i>	17

PRIMERA SECCIÓN: Principios e interpretación

Los principios de aplicación de los derechos

Ramiro Ávila Santamaría

1. ¿Qué son los principios?	27
2. Los principios de aplicación de los derechos.....	30
2.1. La titularidad de los derechos.....	31
2.2. La legitimación activa para la exigibilidad.....	34
2.3. La igualdad y la prohibición de discriminación.....	36
2.4. Los derechos y las garantías son directamente aplicables.....	38
2.5. Todo derecho es justiciable.....	40
2.6. Prohibición de restricción normativa.....	42
2.7. Aplicación más favorable.....	43
2.8. Las características esenciales de los derechos.....	45
2.9. Las fuentes de los derechos.....	47
2.10. La progresividad.....	51
2.11. La prohibición de regresividad.....	52
2.12. La responsabilidad del estado.....	53
3. Conclusiones.....	55
4. Bibliografía.....	57

El Cambio de Cultura Jurídica en la Interpretación Constitucional

Jhoel Escudero Solíz

1. Introducción.....	59
2. El Cambio del Estado de Derecho y la Proyección del Estado Constitucional en el Ecuador.....	60
3. La Supremacía Constitucional en el Derecho Comparado.....	63
3.1. España.....	63
3.2. Colombia.....	64
3.3. Costa Rica.....	64
3.4. Perú.....	64
3.5. Ecuador.....	64
4. Fuentes del Derecho Constitucional.....	66
5. Interpretación Constitucional.....	67
5.1. Bloque de Constitucionalidad.....	70
5.2. Ponderación.....	72
5.3. Integralidad o Unidad Constitucional.....	73
5.4. Principio de Progresividad.....	74
5.5. Juicio de Razonabilidad.....	76
5.6. Criterio Histórico.....	77
5.7. Criterio Teleológico Finalista.....	78
6. Principios Generales de los Procesos Constitucionales.....	79
6.1. Impulso de Oficio.....	80
6.2. Carga Argumentativa.....	80
7. Sentencias Constitucionales.....	81
7.1. Partes de las Sentencias Constitucionales por la Forma.....	81
7.2. Votos Salvados y Aclaraciones de las Sentencias.....	83
7.3. Sentencias por el Fondo.....	83
7.4. Decisiones Manipulativas o Normativas.....	83
7.5. Motivaciones de las Sentencias.....	84
8. El Precedente Constitucional.....	85
8.1. La Obligatoriedad del Precedente.....	86
8.2. Alejamiento del Precedente.....	86
8.3. La Disanalogía.....	87
8.4. Distinción entre <i>Ratio Decidendi</i> y <i>Obiter Dicta</i>	87
8.5. Progresividad de la Jurisprudencia.....	88
9. Conclusiones.....	89

10. Bibliografía.....	90
-----------------------	----

SEGUNDA SECCIÓN: Derechos

Los derechos indígenas en la nueva constitución

Mario Melo Cevallos

1. Un largo camino recorrido.....	97
2. La Constitución de 2008.....	100
3. Los derechos colectivos en la Constitución vigente.....	103
4. Un motivo de profunda preocupación.....	107
5. Bibliografía.....	108

El derecho al ambiente sano en la nueva Constitución

Javier Dávalos González

1. Introducción.....	111
2. El derecho al ambiente sano.....	112
2.1. El ambiente sano en un Estado constitucional de derechos.....	114
2.2. El derecho al ambiente sano como garantía del <i>sumak kawsay</i> ..	116
3. El derecho al ambiente sano y los derechos de la naturaleza.....	117
4. Las nuevas garantías del derecho al ambiente sano.....	119
4.1. Garantías normativas.....	119
4.2. Garantías jurisdiccionales.....	120
4.3. Garantías políticas.....	120
5. Conclusiones.....	122
6. Bibliografía.....	123

Derechos de la naturaleza

Andrés Borja Ortiz

1. Introducción.....	125
2. Derechos de la Naturaleza: Alcances de un Paradigma Urgente.....	129
2.1. Fundamento Ius-Filosófico.....	129
2.2. Fundamento Jurídico.....	133
3. Conclusiones.....	137
4. Bibliografía.....	138

La consulta previa y el derecho a la resistencia

Wilton Guaranda Mendoza

1. Introducción.....	141
2. Alcances conceptuales acerca de la consulta previa y el derecho a la resistencia.....	143
2.1. Consulta Previa.....	143
2.2. Derecho a la Resistencia.....	145
3. Alcance Constitucional de la Consulta Previa y el Derecho a la Resistencia en Ecuador.....	147
3.1. En Relación a la Consulta Previa.....	147
3.2. Sobre el Derecho a la Resistencia.....	157
4. La consulta previa dentro del estado Constitucional de Derechos y Justicia.....	163
5. El derecho a la resistencia en la nueva Constitución.....	174
6. Proyecciones o Recomendaciones.....	181
7. Bibliografía.....	183

El ABC de la movilidad humana en la nueva Constitución de la República del Ecuador

Patricio Benalcázar Alarcón

1. La Lucha de las Organizaciones por los Derechos de las Personas y Colectivos en Movilidad.....	187
1.1. El Acuerdo Nacional Migratorio.....	188
1.2. El Informe alternativo al Comité de Naciones Unidas que Vigila el Cumplimiento de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares.....	189
2. La Consulta Popular y la Asamblea Constituyente.....	193
2.1. El Proceso Constituyente.....	194
2.2. El Trabajo Constituyente.....	197
2.3. El Referéndum Aprobatorio.....	199
2.4. La Nueva Constitución.....	199
3. La Movilidad Humana en la nueva Constitución.....	200
4. Elementos Constitutivos del Estado.....	201
5. Derechos y Movilidad Humana.....	202
5.1. Las Ecuatorianas y Ecuatorianos en el Exterior y sus Familiares.....	202
5.2. Las Personas Asiladas, Refugiadas y sus Familias.....	202

5.3. Las Personas Desplazadas y la Migración Interna.....	203
5.4. Las Personas Tratadas y el Tráfico de Seres Humanos.....	204
5.5. Derechos Sociales.....	205
5.6. Los Derechos de Protección.....	205
5.7. Los Niños, Niñas y Adolescentes.....	206
6. Movilidad y Participación.....	206
6.1. El Derecho a la Participación.....	206
6.2. El Derecho al Voto.....	207
6.3. La Revocatoria del Mandato.....	208
6.4. La Conformación de Movimientos Políticos.....	208
7. Garantías.....	208
7.1. Las Garantías Constitucionales.....	208
7.2. La Institucionalidad: Rectoría en Política Pública.....	209
7.3. Los Consejos Nacionales de Igualdad.....	210
7.4. Sistema Nacional de Inclusión y Equidad Social.....	210
7.5. Consejo de Participación Ciudadana y Control Social.....	211
7.6. La Defensoría del Pueblo.....	211
8. Las Relaciones Internacionales y la Integración Latinoamericana.....	212
9. Bibliografía.....	214

El Refugio en la nueva Constitución: principios y condiciones de Aplicación

Efrén Guerrero Salgado

1. Introducción.....	217
2. Refugio y Asilo en Ecuador.....	219
2.1. La Convención de Ginebra.....	219
2.2. La Convención de Cartagena.....	224
3. Contextos Sociales: Los Refugiados en Ecuador.....	225
3.1. Las Personas Solicitantes de Refugio Colombianas.....	226
3.2. Las Personas Solicitantes de Refugio Peruanas.....	228
4. La Constitución de 2008 y los Principios Aplicables al Refugio.....	229
5. Conclusiones.....	233
6. Bibliografía.....	234

TERCERA SECCIÓN: Exigibilidad

El Derecho a un recurso rápido y efectivo: la acción de protección

David Cordero Heredia

1. Introducción.....	241
2. Una acción y, a la vez, un derecho.....	242
3. Características.....	245
3.1. Proceso de conocimiento.....	245
3.2. Legitimación activa.....	247
3.3. Legitimación pasiva.....	249
3.4. Acción "directa y eficaz".....	252
3.5. La Carga de la Prueba.....	254
3.6. Formalidades.....	255
4. Procedimiento.....	258
5. Contenido de las sentencias.....	259
6. Medidas cautelares.....	261
7. Jurisprudencia.....	262
8. ¿Será realmente la acción de protección un avance respecto al amparo constitucional?.....	263
8.1. ¿Serán ejecutables las sentencias que resuelvan acciones de protección?.....	264
8.2. Un mal inicio: La limitación arbitraria de la acción de protección por la Corte Constitucional <i>de facto</i>	266
8.3. Perspectivas de una regulación garantista.....	270
9. Conclusiones.....	271
10. Bibliografía.....	272

La exigibilidad de las medidas positivas derivadas de los derechos del buen vivir

Carolina Silva Portero

1. Introducción.....	277
2. Los Derechos Sociales como "derechos sobre el papel".....	278
3. Las medidas positivas de los Derechos Sociales.....	281
3.1. Distinción positivo-negativo.....	281
3.2. Definición del derecho a medida positivas.....	284
3.3. Clasificación de las medidas positivas.....	285

3.3.1. Medidas de protección.....	285
3.3.2. Medidas normativas.....	287
3.3.3. Medidas de organización y procedimiento.....	288
3.3.4. Prestaciones en sentido estricto.....	292
4. Los problemas de la revisión judicial de las prestaciones en sentido estricto.....	294
4.1. El problema del paradigma liberal.....	296
4.2. El problema de las políticas públicas.....	302
4.3. El problema de la indeterminación de la obligación estatal...	304
5. Estándares internacionales de revisión judicial de las medidas positivas.....	310
5.1. Progresividad y prohibición de regresividad.....	311
5.2. Contenido mínimo esencial de los derechos sociales.....	317
6. Conclusiones.....	320
7. Bibliografía.....	321

CUARTA SECCIÓN: Una visión global

Constitución y realidad

Juan Pablo Aguilar Andrade

1. Introducción.....	329
2. El "Recto Sentido" y la Interpretación Constitucional.....	331
3. El Carácter Instrumental del Derecho.....	333
4. Positivismo "Pop".....	335
5. Derechos y Garantías.....	337
6. Lo Político en la Interpretación Judicial.....	338
7. Para Terminar.....	339
8. Colofón Literario.....	341
9. Bibliografía.....	342

Tabla de Contenidos.....	345
--------------------------	-----

