



INREDH

Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos

NUEVAS INSTITUCIONES DEL DERECHO CONSTITUCIONAL ECUATORIANO TOMO II

David Cordero Heredia
Coordinación y Edición

Agustín Grijalva
Ana Acosta
Christian Paula
David Cordero Heredia
Farith Simon Campaña
Gina Benavides Llerena
Harold Burbano Villarreal
Jhoel Marlin Escudero Soliz
Juan Pablo Aguilar Andrade
Patricio Benalcázar Alarcón
Ramiro Ávila Santamaría
Silvana Sánchez Pinto
Wilton Guaranda Mendoza

Serie **21**
Investigación

**NUEVAS INSTITUCIONES DEL DERECHO
CONSTITUCIONAL ECUATORIANO
TOMO II**

Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos
INREDH

**NUEVAS INSTITUCIONES DEL DERECHO
CONSTITUCIONAL ECUATORIANO
TOMO II**

David Cordero Heredia
Coordinación y Edición

Serie Investigación # 21
Diciembre 2010

**NUEVAS INSTITUCIONES DEL
DERECHO CONSTITUCIONAL ECUATORIANO
TOMO II**

Serie Investigación # 21

Editora: Sandra Naula – Presidenta INREDH

Coordinador y editor: David Cordero Heredia

Autores/as: Agustín Grijalva
Ana Acosta
Christian Paula
David Cordero Heredia
Farith Simon Campaña
Gina Benavides
Harold Burbano Villarreal
Jhoel Marlin Escudero Soliz
Juan Pablo Aguilar Andrade
Patricio Benalcázar Alarcón
Ramiro Ávila Santamaría
Silvana Sánchez Pinto
Wilton Guaranda Mendoza

Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos, INREDH

Av. 10 de Agosto N34 - 80 y Rumipamba, Piso 1, (Frente a la parada El Florón, del Trolebus sur - norte)

Quito, Ecuador.

Telefax: 593 2 2446970

Correo: info@inredh.org

Web: www.inredh.org

ISBN: 978-9978-980-36-1

Derechos de Autor: 035827

Primera edición: Diciembre 2010

Diagramación: Alex Ocaña

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

Introducción

El interés por el derecho constitucional

Julio César Trujillo

vii

1. Historia Constitucional

Extensión limitada del sufragio en el Ecuador, 1929-1972

Agustín Grijalva

3

2. Derechos Fundamentales

Inseguridad ciudadana y derechos humanos: por la deconstrucción de un discurso securitista y hacia un nuevo derecho penal

Ramiro Ávila Santamaría

45

Los Derechos de las Personas Privadas de su Libertad en la Constitución de 2008 a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos

David Cordero Heredia

83

Espectro electromagnético como ejercicio del derecho a la libertad de expresión

Christian Paula

Harold Burbano Villarreal

123

La comunicación, un derecho necesario para el Buen Vivir

Ana Acosta

139

Recursos naturales, constitucionalismo y derechos

Wilton Guaranda Mendoza

161

3. Instituciones Constitucionales y Participación

Participación ciudadana en el procedimiento legislativo, como concreción del principio de interculturalidad; y control previo de constitucionalidad de proyectos de ley, como garantía de la participación

Silvana Sánchez Pinto

203

La Defensoría del Pueblo del Ecuador. Un nuevo modelo de gestión para la promoción y protección de derechos

Patricio Benalcázar Alarcón

217

4. Jurisprudencia e Interpretación Constitucional

La noción “derechos fundamentales” en la jurisprudencia de la autodenominada Corte Constitucional ecuatoriana (La exclusión del derecho de propiedad de la acción extraordinaria de protección por no ser “derecho constitucional”)

Farith Simon Campaña

249

El tribunal constitucional del Ecuador frente a la demanda de inconstitucionalidad por falta de motivación de las resoluciones que niegan la condición de refugiado/a

Gina Benavides Llerena

281

Sentencias Constitucionales

Jhoel Escudero Solíz

297

5. Constitución y Realidad

Alcohol, revueltas y estado constitucional

Juan Pablo Aguilar Andrade

321

Introducción

El interés por el derecho constitucional

Es muy esperanzador el creciente interés por el estudio de Derecho Constitucional y sus instituciones, por diversas razones y en particular porque pareciera ser expresión de la conciencia de que se ha iniciado en el país el tránsito del Estado legal de derecho al Estado constitucional y la necesidad, por tanto, de dar a la Constitución el lugar y la función de fundamento de la organización del Estado y de todos sus elementos e instituciones, de todo el ordenamiento jurídico y, en fin, de todas las políticas y servicios públicos.

Y es que solamente cuando la Constitución ocupe ese lugar y cumpla esa función podremos tener objetivos claros, rutas seguras, trabajo coherente para todas las actividades del país y también unidad y coherencia en la vida política, económica, social, cultural y jurídica, porque sus normas, expresadas en forma de reglas o principios, las darían esas características del moderno Estado que legitiman su existencia.

Cierto es que, para ello, no es suficiente el conocimiento teórico del Derecho Constitucional, sino, la vigencia real y efectiva de sus normas e instituciones, pero también es verdad que esa vigencia presupone su conocimiento y la convicción compartida de su necesidad y conveniencia y a esto se encamina indiscutiblemente el interés por el estudio que advertimos, entre los ecuatorianos. Este interés es además esperanzador porque involucra a jóvenes juristas que tanto prometen en el desarrollo del Derecho, como ciencia, en los distintos ámbitos de su aplicación cuanto por el papel que sus autores están llamados a desempeñar en la vida presente y futura del Ecuador, gracias a su talento, dedicación a la investigación y compromiso con la defensa de la dignidad de la persona a cuyo servicio ha de estar el Estado en todo quehacer y a través de todas sus instituciones, órganos, organismos y dependencias.

Cuanto dejo dicho es innegable ante la prueba que significa la publicación de este libro, intitulado: “Nuevas Instituciones del Derecho Constitucional Tomo II” que recoge el trabajo de jóvenes estudiosos que, por los demás, abordan temas que, con solo su enunciado revelan la actualidad y trascendencia de los estudios realizados.

Por cierto no se trata de temas en los que sea fácil el consenso, ni unánime el parecer de los autores y del Derecho positivo y hablan bien de quienes no rehúyen el debate sino que entran en él con decisión y con el único instrumento aceptable en este campo que es la razón y con las únicas armas compatibles con la modernidad que no son otras que los argumentos derivados de la ciencia y de la experiencia que se nutren de la doctrina, jurisprudencia y Derecho positivo.

En este libro se privilegia el análisis de los derechos constitucionalmente garantizados y este es otro de sus méritos, porque es la dignidad de la persona y su defensa lo que confiere unidad a todos los trabajos y hace del conjunto de los autores un equipo en el que puede descansarla construcción de un Estado y de una sociedad democráticos, como deberá ser el Ecuador si ha de ser digno de sus héroes y de las sangre que vertieran a raudales el pueblo cuando de defender su libertad se ha tratado.

El dedicar todo un capítulo a los derechos de las personas privadas de la libertad, habla, por sí solo, de la valentía y compromiso de sus autores, pues el ser humano es, sigue siendo, titular de derechos inalienables, irrenunciables, etc., incluso cuando está en las celdas ignominiosas de nuestras cárceles que, para vergüenza de las autoridades responsables de su construcción y administración se las denomina centros de rehabilitación. Valentía porque decirlo ahora es testimonio de una convicción que desafía los perjuicios y la creencia ingenua, sino perversa, de que la rudeza de la sanción, remedia males sociales complejos y fruto de causas múltiples.

El examen de los derechos constitucionales a la luz de la jurisprudencia de los tribunales y cortes, en cada época, competente es de interés para saber a ciencia cierta qué son estos derechos en la doctrina, en el Derecho comparado y, por cierto, esclarecer si es la categoría de “derechos fundamentales” es válida en nuestra Constitución que salvo el texto del art. 12 no lo hace para diferenciar este derecho de los otros derechos garantizados en la Constitución, sino para enfatizar su calidad de inherente a la persona humana, como todos los demás derechos a todos los cuales les reconoce la calidad de inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía (art. 12.6) y les provee de las mismas garantías para tutelarse frente de toda violación o amenaza de violación de cualquier forma de poder y sobre todo del poder político, sin descartar los de la riqueza, influencia social y aun religioso.

No ha de servir esta categoría para clasificar los derechos garantizados y mucho menos para hacer aplicable solo a esos derechos fundamentales las garantías constitucionales, como lo hacen las Constituciones de España, Colombia y otros países, en donde una feliz jurisprudencia creativa y valiente rebaza

los aparentes deseos restrictivos del constituyente, a favor de la dignidad de la persona que es ofendida por el desconocimiento o violación de uno cualquiera de los derechos que la Constitución reconoce y garantiza.

Estudios como los que efectúa este libro en más de un capítulo, de otra parte, debe servir para obligar a los jueces, de todo nivel y especialidad, y desde luego a la Corte Constitucional para advertir los arduos problemas que suscitan fallos que no guardan unidad conceptual cuando no entrañan, por lo menos, falta de armonía cuando no contradicción, que no se remedia con la remisión a doctrinas que, por sí mismas, son motivos de adscripción a distintas escuelas del pensamiento jurídico.

Si la selección de los temas constituye valentía, no menos testimonio de valor y solvencia intelectual y moral representa el método seguido para analizar temas intrínsecamente controversiales, hago votos porque su lectura de comienzo a un debate civilizado con razones, argumentos jurídicos y sin resentimientos ni adjetivos descalificadores, como es habitual en nuestra aldea.

Julio César Trujillo
Quito, 17 de mayo del 2011

SECCIÓN I
Historia Constitucional

Extensión limitada del sufragio en el Ecuador, 1929-1972

Agustín Grijalva

Sumario

1. Modernización Juliana y sufragio, 1925-1944. **1.1.** El voto de la mujer. **1.1.1.** Antecedentes históricos. **1.1.2.** El liberalismo y el voto de la mujer. **1.1.3.** El establecimiento del voto femenino en 1929. **1.1.4.** El voto femenino en las Constituciones posteriores a la de 1929. **1.2.** Representación de las minorías. **1.3.** La representación funcional. **1.3.1.** La Constitución de 1929. **1.3.2.** La Constitución de 1945. **1.3.3.** La Constitución de 1946. **1.3.4.** La Constitución de 1967. **2.** La Gloriosa y la libertad electoral, 1944-1972. **2.1.** La creación de organismos electorales independientes. **2.2.** Las Constituciones posteriores. **2.3.** El voto obligatorio. **3.** Bibliografía.

Durante este período se destacan en materia electoral dos hitos fundamentales: las innovaciones de 1929 y las de 1945-1946. En ambos casos las constituciones y leyes de elecciones correspondientes introducen importantes cambios en el sistema representativo: en 1929, el voto facultativo de la mujer alfabetada, el primer ensayo de representación de minorías y la representación funcional; en 1945, la creación de tribunales electorales independientes y el perfeccionamiento de la representación de las minorías; y en 1946, el voto masculino obligatorio. Estas modificaciones al sistema de representación se introducen a raíz de procesos históricos cruciales: la Transformación Juliana y la Revolución del 28 de Mayo de 1944.

Merecen también mencionarse algunas novedades introducidas en la Constitución de 1967, especialmente el voto femenino obligatorio y la institucionalización de los partidos políticos.

El requisito de saber leer y escribir será, empero, la restricción fundamental que subsistirá durante toda esta etapa, marginando así a grandes sectores de la población.

En este artículo estudiaremos cada una de estas modificaciones articulando los procesos normativos e históricos, e introduciendo el análisis de las actas

parlamentarias respectivas. En vista de la heterogeneidad de estas innovaciones electorales, se expone primeramente un marco histórico global que servirá luego de base a análisis más particulares.

1. Modernización Juliana y sufragio, 1925-1944

Durante la segunda década de este siglo el Ecuador había regresado, de hecho, a un régimen político equivalente al del voto censitario de inicios de la República; desde 1912 a 1925, el poder estatal fue monopolizado por minúsculos sectores económicos y políticos que excluyeron a la gran mayoría de la población y se sucedieron en el gobierno mediante el fraude desembozado; los graves problemas económicos, especialmente la caída de las exportaciones de cacao, desencadenaron finalmente una drástica reacción.

El 9 julio de 1925 el Presidente liberal Gonzalo Córdova fue depuesto por un movimiento de oficiales jóvenes del Ejército. Se daba inicio a la llamada Revolución Juliana; desde entonces el país asistió a uno de los procesos más importantes de modernización estatal en los aspectos financiero, social, administrativo y político, lo cual se expresó en una abundante e innovadora legislación.¹ En el plano constitucional, como lo ha señalado Hernán Salgado,² significa la introducción en el Ecuador del Constitucionalismo Social de la primera posguerra, y en el que se desarrollan los derechos económicos y sociales y la intervención del Estado para efectivizarlos.

En el aspecto político, la Revolución Juliana significó el derrocamiento de la plutocracia liberal que desde 1912 se venía manteniendo en el poder mediante el fraude sistemático y finalmente a base de una cruenta represión.³ Hay un virtual consenso entre los historiadores en cuanto a que la transformación de 1925 resulta de la alianza de jóvenes oficiales del ejército (el creado por el liberalismo) con emergentes sectores medios y ciertos elementos terratenientes de la Sierra. A raíz de este proceso de modernización social y estatal Isidro Ayora

¹ Solo de 1925 a 1929 se dictaron leyes relativas al Banco Central, caja central, emisión y amortización; monedas, aduanas, bancos, hacienda, prenda agraria, impuesto a la renta, timbres, impuesto a la propiedad rural, cheques, jubilación, registros y alcabalas, monopolio de la sal, estanco de alcoholes, entre otras. Ver “Mensaje del Presidente Ayora a la Constituyente de 1929”, diario *El Comercio*, 10 de octubre de 1929, p. 5.

² Hernán Salgado, “La Constitución de 1929 del Estado y el Reordenamiento Jurídico”, en *Revista Ruptura*, No. 29, Quito, Asociación Escuela de Derecho de la PUCE, 1985, p. 44.

³ En 1922 se produce la masacre obrera del 15 de Noviembre, y en 1923 las fuerzas del gobierno realizan una matanza de indígenas en la hacienda Leito.

convoca a la Constituyente de 1929, en la cual se producen las innovaciones jurídico-electorales que vamos a estudiar.

La Constitución de 1929, dictada a raíz de esta transformación, busca un fortalecimiento del rol, legitimidad y representatividad del Estado, y uno de los mecanismos a que se recurre para tal propósito es la reforma electoral: voto femenino, representación de minorías, representación funcional, primeros pasos para una función electoral independiente; se pretende, en definitiva, la incorporación a la vida política de los sectores medios surgidos durante el liberalismo.

Los discursos parlamentarios de 1929 enfatizan la marginación y apatía política a que había sido conducida la mayoría de ecuatorianos luego de décadas de fraude. Igual que en 1861, ante una nueva y profunda crisis política, hay un afán de aumentar la participación electoral mediante cierta ampliación del sufragio; en este contexto el dirigente conservador Crespo Toral no solo propone en la Constituyente de 1929 el voto de las mujeres sino incluso el de los analfabetos.⁴ El H. Cordero Dávila, defendiendo tal propuesta menciona a su vez la posibilidad del voto obligatorio, a base de inquietudes que son expresadas también por otros legisladores:

Está en la conciencia nacional que las virtudes cívicas van desapareciendo cada día más de entre nosotros. La ciudadanía es algo ya olvidado y casi relegado en absoluto en nuestro país. Se ha llegado al caso de tener que meditar en si sería necesario crear una multa para el que no emita su voto en las elecciones; esto nos da la medida del estado en que anda el ejercicio de la ciudadanía [...]⁵

Evidentemente las garantías y ampliación del sufragio en 1929 se dieron más en el plano jurídico y como proyecto político que en la práctica histórica, en la cual seguiría prevaleciendo un alto abstencionismo, la marginación de amplios sectores y el fraude electoral. Pero, como bien anota Ernesto Albán, hay una diferencia fundamental con períodos anteriores:

En estas primeras décadas del siglo XX, los sectores interesados en la vida política habían crecido (paralelamente con el crecimiento de la población urbana) y ya no resultaba tan fácil, para el grupo gobernante, escamotear la

⁴ Asamblea Nacional de 1928-1929, Diario de debates, tomo II, Intervención del H. Crespo Toral, p. 247.

⁵ *Ibíd.*

voluntad popular utilizando para ello los subterfugios que permitían las leyes y, más todavía, las prácticas electorales.⁶

La libertad en la elección y posterior descalificación de Neptalí Bonifaz en 1932 constituyó el primer éxito y fracaso de este esfuerzo; en esta ocasión el desconocimiento parlamentario de los resultados electorales no fue recibido con apatía y resignación, sino que desencadenó una sangrienta guerra civil; la elección fraudulenta y posterior derrocamiento del gobierno de Martínez Mera mostró que el fraude electoral ya no podía campear a sus anchas; la primera elección de Velasco Ibarra en 1933, cuya validez se ha reconocido históricamente, volvió a mostrar que las elecciones podían funcionar, pero los conflictos políticos, agravados por el sistema semiparlamentario de la Constitución de 1929, llevaron a una nueva ruptura de la constitucionalidad.

De 1935 a 1940 se sucedieron gobiernos de facto y constitucionales de corta duración (Pons, Páez, Enríquez, Borrero, Mosquera, Arroyo del Río, Córdova, Moreno), luego de lo cual se reedita nuevamente el fraude en la elección de Arroyo del Río, que junto al Protocolo de Río, son los principales antecedentes políticos de la Revolución del 28 de Mayo de 1944.

Luego de las innovaciones electorales de 1929, en las primeras elecciones libres ganadas por Bonifaz en 1931 y Velasco Ibarra en 1933, según Rafael Quintero,⁷ participó un sector reducido de la población; en 1931 de una población total de 2'010.029 de habitantes hubo 62.118 sufragantes y en 1933, de una población de 2'109.787 votaron 64.664. Por tanto, el cuerpo electoral seguía siendo bastante restringido, lo cual entre otros factores puede atribuirse a algunos de orden jurídico, como el requisito de saber leer y escribir para votar y ser elegido, cuando en el Ecuador de esos años alrededor del 65% de la población era analfabeta, lo cual marginaba a la gran mayoría de campesinos, obreros, artesanos, habitantes pobres de las ciudades y dentro de estos sectores especialmente a las mujeres, entre las cuales eran más altas las tasas de analfabetismo, lo que a su vez limitó significativamente los efectos del voto femenino, así por ejemplo en las elecciones de 1933 apenas un 12% de los votantes fueron mujeres.

Por otra parte, el carácter facultativo del voto luego de décadas de fraude

⁶ Ernesto Albán, "Evolución del sistema Electoral Ecuatoriano", en *Elecciones, Ideologías y problemas políticos*, Quito, Corporación Editora Nacional, 1994, p. 55.

⁷ Rafael Quintero, *El Mito del Populismo en el Ecuador*, Quito, FLACSO, 1980, pp. 221-237.

y la falta de una tradición y cultura electoral generaba un alto abstencionismo; según Rafael Quintero, en 1931 de 372.861 ecuatorianos aptos legalmente para inscribirse solo lo hicieron el 41,6% y de estos solo votaron el 40%.

En cuanto a la representación funcional “los senadores por los obreros, campesinos e indígenas fueron elegidos por asociaciones controladas, en una u otra forma, por las elites políticas”.⁸

Finalmente puede señalarse también una serie de mecanismos electorales de *carácter técnico o reglamentario* establecidos en la Ley de Elecciones de 1929, que han sido estudiados por Rafael Quintero,⁹ y que según este autor tuvieron un claro efecto restrictivo sobre la extensión del electorado; según Quintero se trata básicamente de dificultades a la inscripción electoral debidas a la hora, lugar y plazo para realizarla (artículos 7, 17 y 18 LE 1929), costo monetario de la inscripción; establecimiento de una sola mesa electoral por parroquia urbana para limitar la recepción de esa votación y privilegiar la de origen rural; exigencia de inscripción en la misma parroquia del domicilio (artículo 3 LE 1929) y creación *ad hoc* de distritos electorales. Estas limitaciones perjudicaban especialmente a sectores populares urbanos y de migrantes.

En resumen, de 1925 a 1944 la ampliación del cuerpo electoral estuvo limitada fundamentalmente a los emergentes sectores medios que protagonizaron la Revolución Juliana. Las innovaciones normativas sobre el derecho de sufragio tuvieron un efecto limitado en su eficacia y en su universalidad.

En su eficacia puesto que si bien en el período se producen las primeras elecciones libres del siglo (en 1931 y 1933), por otra parte de 1925 a 1948 es decir en 23 años se sucedieron 23 gobiernos, lo que configuró uno de los períodos de mayor inestabilidad política de la historia ecuatoriana.

En cuanto a la universalidad del sufragio, también estuvo limitada especialmente por su carácter facultativo y el requisito de alfabetismo, lo que determinó que el cuerpo electoral estuviera compuesto fundamentalmente por empleados públicos y privados, artesanos, pequeños y medianos comerciantes y empresarios y medianos propietarios rurales,¹⁰ mientras los sectores populares seguían drásticamente excluidos.

⁸ Juan Maiguashca, “La cuestión regional en la historia ecuatoriana (1830-1972)”, en Enrique Ayala Mora, ed., *Ensayos generales I: espacio, población, región*, Quito, Corporación Editora Nacional, 1990, p. 210.

⁹ Rafael Quintero, *El Mito del Populismo en el Ecuador*, op. cit., pp. 229 y ss.

¹⁰ Juan Maiguashca y Liisa North, “Orígenes y Significado del Velasquismo: lucha de clases y participación política en el Ecuador, 1920-1972”, en Rafael Quintero, ed., *La Cuestión Regional y el Poder*, Quito, Corporación Editora Nacional, 1991, p. 71.

1.1. El voto de la mujer

1.1.1. Antecedentes históricos

En lo relativo a la mujer, como en otros aspectos, el derecho republicano heredó los valores e instituciones patriarcales¹¹ del derecho colonial. Para el derecho castellano la mujer, salvo contadas excepciones, no tenía plena capacidad legal; si era soltera, se hallaba bajo la autoridad paterna o la tutela de su hermano mayor o pariente masculino más próximo; si era casada se sometía a la potestad marital. Así el derecho institucionalizaba la dominación del hombre respecto a la mujer, dominación que aparecía como legítima para una mentalidad según la cual las mujeres se hallaban incapacitadas por naturaleza para ciertas funciones. En este contexto, como lo ha señalado Capdequí,¹² resultaba obvia la incapacidad femenina para el desempeño de cargos públicos, de allí que el derecho castellano y el republicano en su fase inicial prescindieron de regulaciones expresas al respecto.

En este mismo sentido, otro antecedente normativo esencial lo hallamos en el Código Napoleónico, base del primer Código Civil ecuatoriano, vigente desde 1861. El Código francés, siguiendo en esto al derecho romano, establece la incapacidad legal de la mujer; en las discusiones sobre el Código de Napoleón la comisión correspondiente informaba en estos términos: “hemos resuelto [...] seguir las huellas de Pothier y catalogar a las mujeres casadas junto con los menores de edad y los dementes. Carecen de la capacidad de contratar sin la venia de sus esposos”.¹³

En el marco de esta continuidad de los valores del Derecho Castellano y de la virtual reproducción de la legislación civil francesa, el derecho privado ecuatoriano estableció la subordinación de la mujer al hombre;¹⁴ pero ninguna

¹¹ Entendemos por *patriarcal* el orden social en el que el género femenino se halla subordinado al masculino. El concepto de género proviene de la Antropología y hace referencia a la construcción cultural, social y política en torno al sexo. Esta categoría es actualmente utilizada en las ciencias sociales para distinguir las diferencias biológicas entre hombre y mujer, de las desigualdades atribuidas por la sociedad y la cultura.

¹² José María Ots Capdequí, *El Estado Español en las Indias*, México, Fondo de Cultura Económica, 1986, pp. 95 y 106.

¹³ Michael E. Tigar, Madelaine R. Levy, *El Derecho y el ascenso del capitalismo*, México, Siglo Veintiuno Editores, 1978, p. 233. Esta incapacidad relativa se mantendrá en el derecho ecuatoriano hasta 1970 en que se reforma el Código Civil, lo cual nos revela la fuerza de los valores patriarcales.

¹⁴ Es solamente en el Código Civil de 1871 cuando se otorga a la madre la patria potestad sobre sus hijos, en caso de falta del padre; se establece igualmente la presunción de autor-

Constitución, exceptuando la de 1883, excluyó expresamente a las mujeres de la ciudadanía y del voto, porque esta exclusión era tan obvia para la mentalidad y valores de la época que no había necesidad de consagrarla jurídicamente.

En efecto, desde la colonia la vida de la mujer se circunscribe al hogar, la iglesia, el convento y el pequeño comercio; mientras que la política es un espacio que se concibe asignado por la naturaleza a los hombres. Cuando en 1861 se discutía la eliminación del censo de fortuna, un diputado expresaba con elocuencia estos generalizados valores decimonónicos:

La mucha universalidad no me gusta, y de no seamos consecuentes ¿porqué (sic) no declaramos también que los niños pueden sufragar, puesto que por el mero hecho de nacer han adquirido ese derecho? ¿Por qué también no declaramos respecto de las mujeres que tienen dotes tan apreciables en su imaginación (sic) y en su corazón?¹⁵

Como vemos, para la mentalidad de la época la posibilidad del voto femenino resulta tan absurda como el otorgar el voto a los niños; a las mujeres se les reconocen dotes apreciables en su imaginación y en su corazón, pero el elector era ante todo alguien racional (de allí el requisito capacitario) y para la ideología patriarcal la racionalidad es atributo masculino.

Por otra parte, los requisitos económicos y culturales exigidos durante la vigencia del sufragio censitario, e incluso luego de las reformas de 1861 y 1883, marginaban a casi todas las mujeres, las cuales se hallaban limitadas en cuanto a la propiedad y administración de bienes y soportaban los índices más altos de analfabetismo, situación que se intensificaba entre las mujeres de los sectores populares.

Fue solamente en la Constituyente de 1883 cuando Luis Felipe Borja planteó que debía aclararse expresamente en la Constitución que era ciudadano todo ecuatoriano *varón* que supiera leer y escribir. Ante esta moción se produjo un largo debate parlamentario, que plantea, a nuestro parecer, uno de los casos más interesantes sobre las relaciones entre interpretación jurídica e ideología¹⁶

ización del marido para la mujer casada que ejerce públicamente una profesión o industria, y la capacidad para, a base de tal presunción, comparecer en juicio por sí misma. En todo caso, la potestad marital queda, por vía de la propia presunción, ratificada e incólume.

¹⁵ Intervención de Mariano Cueva en la Convención de 1861, *Diario de debates*, p. 170; se conserva la ortografía del original.

¹⁶ A este respecto, es sugerente el análisis de Luis Alberto Warat en el sentido de que “No puede haber significación sin ideología. Cuando se presenta un problema de oscuridad

en la historia del Derecho Político Ecuatoriano; decía a la Asamblea de 1883 el diputado Luis Felipe Borja:

Con vista del artículo 20 del Código Civil, que es terminante ¿se entiende que la palabra ciudadano se refiere únicamente al sexo masculino? Las palabras hombre, persona, niño, adulto y otras semejantes dice aquel artículo, que en su sentido general, se aplican á individuos de la especie humana sin distinción de sexo, se entenderán comprender ambos sexos en las disposiciones de las leyes. Es, pues, evidente que habría duda muy fundada respecto de si las mujeres pueden ejercer los derechos de ciudadanía y si un jurado electoral, por ejemplo, se viera en el caso de resolver si los votos dados por mujeres son o no válidos, tendría que resolverlo afirmativamente, ateniéndose al sentido literal y obvio del artículo, caso de que se suprima la palabra varón. Además, se explica porque las Constituciones anteriores al año de 1861, no las consignaron expresamente; pues, antes de la promulgación del Código Civil, no existía regla ninguna decisiva en éste caso. Ni se diga que el Código Civil es inaplicable al asunto de que se trata, pues todos saben que aquel Código es ley general, ley común, aplicable a materias especiales, a falta de leyes también especiales que las determinen.¹⁷

Las réplicas y contraréplicas que siguieron fueron desconcertantes; varios diputados juzgaron del todo innecesario establecer expresamente como requisito de ciudadanía el hecho de ser varón, puesto que afirmaban que por el sentido común y por la costumbre era obvio que cuando la Constitución se refería a los ciudadanos se hacía referencia exclusivamente a los hombres, que así se había entendido en todas las constituciones ecuatorianas anteriores, que las mujeres nunca habían siquiera pretendido la ciudadanía y, por tanto, era inútil y una afrenta para el sexo femenino incluir en el artículo la palabra varón. Ante lo cual Borja argumentó que “ninguna injuria se les hace [...] pues no están llamadas por la naturaleza, para la política sino para el hogar”.

Estudiando las actas se aprecia el impacto que para esos años tenían en

significativa de una norma, en realidad se plantea un desajuste valorativo. La claridad de las ‘palabras de la ley’ surge exclusivamente de una coincidencia axiológica; si ésta no existe, la norma aparece como oscura. La interpretación de la ley es, en gran medida, un fenómeno de atribución ideológica”; Luis Alberto Warat y Antonio Anselmo Martino, *Lenguaje y Definición Jurídica*, Buenos Aires, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1973, p. 21.

¹⁷ Convención Nacional de 1883, *Diario de debates*, sesión del 23 de noviembre de 1883, pp. 313, 314.

Ecuador los movimientos sufragistas y los correlativos cambios en la doctrina, legislación y la participación política de las mujeres en Canadá, Estados Unidos y Europa. Otros diputados, entre los que destaca el H. Antonio Flores, aliviaron la participación femenina en la lucha contra Veintemilla y los inicios de su incorporación en la educación y el trabajo.

Notemos entonces cómo las influencias exógenas y los cambios endógenos, jurídicos (especialmente el nuevo Código Civil) y extrajurídicos, generaron nuevas posibilidades, y por tanto conflictos, de interpretación. Sobre este punto hubo representantes que plantearon, refutando a Borja, que no se debía aplicar normas de interpretación de un Código que regulaba los derechos civiles, a la Constitución, cuerpo normativo superior que regula derechos políticos. El debate al respecto nos revela, además, que para esa fase histórica era frecuente la aplicación de normas del Derecho Civil al Derecho Electoral.¹⁸

En todo caso en 1884, ningún diputado propuso el voto de la mujer; es más, algunos que no aceptaban la inclusión del término varón, aclararon expresamente que tal negativa era simplemente un asunto de técnica jurídica y que de ninguna manera estaban proponiendo conceder la ciudadanía a las mujeres. Pero el debate nos revela que el voto a la mujer, antes impensable, ahora aparecía como una clara posibilidad, de allí que se exigía una expresa ratificación del poder patriarcal; muy ejemplificador en este sentido son las palabras del diputado por Pichincha, H. Cevallos Salvador:

[...] que, habiendo opinado en un sentido iba a votar en otro; pues, si al principio juzgó innecesario conservar esa palabra, porque jamás habían pretendido las mujeres tener derechos de ciudadanía, puede suceder que, en lo sucesivo, lo pretendan, apoyadas en la discusión que ha tenido lugar en ésta H. Asamblea. Los romanos añadió, no castigaban el parricidio, por no abrir los ojos á los hombres, haciéndoles saber que se podía cometer ese crimen; pues, de la misma manera nosotros no debíamos haber discutido sobre este punto, porque hay el peligro de que las mujeres abran también los ojos, y crean que pueden ser ciudadanos¹⁹

¹⁸ Esta situación la ha destacado Ernesto Albán al estudiar la disposición electoral por la cual el casado menor de edad podía votar, en virtud de su emancipación civil. Ver Ernesto Albán, “Evolución del Sistema Electoral Ecuatoriano”, op. cit., p. 48. En las actas de 1883, efectivamente, hemos hallado debates al respecto pues se aducía que no eran aplicables normas civiles a materias constitucionales y que, en todo caso, pese a tal emancipación, el casado menor de edad quedaba bajo tutela y, por tanto, no se hallaba en capacidad de votar.

¹⁹ Convención Nacional de 1883, *Diario de debates*, sesión del 23 de noviembre, p. 318.

Pero lo más curioso en el razonamiento de Luis Felipe Borja, arriba transcrito y base de la discusión, es que, efectivamente, 78 años después se presentaría exactamente la situación jurídica que él planteaba como hipótesis, cuando en 1922 Matilde Hidalgo de Procel se presentó a votar y, ante la falta de exclusión jurídica expresa, debió aceptarse su voto y desde entonces el de todas las mujeres ecuatorianas que cumplieran los demás requisitos de ciudadanía.

Una última observación sobre la Constitución de 1883: es singular que sea justamente una de las constituciones que más amplía las garantías al ciudadano en el siglo XIX y que elimina los requisitos económicos para ser elegido, la que excluya expresamente a la mujer; tal singularidad revela la fuerza de la secular discriminación sexual y su concreción en el Derecho.

1.1.2. El liberalismo y el voto de la mujer

Paradójicamente, es esta exclusión expresa de 1884 la que hace que las constituciones liberales de 1897 y 1906 puedan interpretarse en un sentido positivo respecto al voto de la mujer,²⁰ pues según estos estatutos políticos son ciudadanos quienes reúnen los requisitos de edad y educación, ninguna de las dos constituciones se refieren al sexo como restricción electoral.

Esta voluntad política de otorgar ciudadanía a la mujer, aunque no resulta expresamente definida, puede inferirse indirectamente de varios hechos históricos: incluso antes de dictarse la Constitución de 1897, Alfaro había expedido el Decreto Supremo número 68, del 19 de diciembre de 1895 por el cual se declaraba a las mujeres jurídicamente habilitadas para el ejercicio de cargos públicos.²¹ Esta aún confusa intención consta además en las propias actas parlamentarias, por ejemplo en la sesión del 26 de octubre de 1896, cuando el diputado por El Oro, Gabriel Ullauri, presenta una moción por la cual se incluía, junto a requisitos de edad, la calidad de varón para ser ciudadano, esta moción es rechazada por la Convención. Igualmente, en sesión del 3 de junio de 1897 se expresaba:

²⁰ Ya anteriormente Alfaro había expedido el Decreto Supremo No. 68, del 19 de diciembre de 1895 por el cual se declaraba a las mujeres jurídicamente habilitadas para el ejercicio de cargos públicos.

²¹ Lo cual se concretó inmediatamente con el nombramiento de empleadas en los correos y el establecimiento de una escuela de telegrafía para señoritas. Ver Ketty Romo Leroux, *Situación jurídica y social de la mujer en el Ecuador*, Guayaquil, Departamento de Publicaciones de la Universidad de Guayaquil, 1975, p. 86.

Puesto a consideración de la Cámara el Mensaje del Presidente Alfaro sobre la situación de la mujer, el señor Gonzalo S. Córdova, diputado por Cañar manifestó que no se debía perder tiempo ocupándose de este Mensaje y que debía contestarse al señor Presidente de la República en el sentido de que desde los primeros días en que se reunió la Convención en Guayaquil se ha hecho mucho por mejorar la condición de la mujer al extremo de habersele concedido derechos de ciudadanía, quedando por tanto en aptitud de ejercer cualquier cargo público, inclusive el de Ministro de Estado.²²

En efecto, uno de los propósitos de la Revolución Liberal fue la promoción de la mujer, cuyas principales expresiones jurídicas las hallamos en la legislación relativa a la creación de Normales y ampliación de oportunidades educativas,²³ así como en la Ley del Matrimonio Civil de octubre de 1902, la Ley de Divorcio de 1910 y la de Emancipación Económica de la Mujer Casada de 1911, por la cual se crea la exclusión de bienes de la sociedad conyugal. En este marco se mantuvo inicialmente el derecho electoral de la mujer, si bien en términos francamente ambiguos, lo cual se explica porque este propósito de mejoramiento e incorporación de la mujer, en cuyo contexto se planteaba su derecho al voto, coexistía con el temor de que el sufragio femenino favoreciera abrumadoramente a los conservadores. En esa ambigüedad había quienes entendían que el voto femenino en ningún momento había sido aprobado y se oponían drásticamente a él. El análisis de Alejandro Mosquera, miembro de la sociedad jurídico-literaria, publicado en 1903, ejemplifica este tipo de opiniones, quizá mayoritarias:

[...] conceder el voto a la mujer sería concederlo indirectamente a otra parte de la sociedad, a que en la actualidad generalmente se lo niega, al clero. Es innegable el grande influjo que el sacerdote ejerce en la mujer, y el voto de ésta no sería sino el de aquél [...] En nuestro concepto esta es la razón más poderosa para negar el voto a las mujeres, porque, desapareciendo en el los caracteres indispensables para poder considerarlo como manifestación de la libertad individual, débese más bien negar su ejercicio.²⁴

²² Convención Nacional de 1896-1897, *Diario de debates*, sesión del 3 de junio de 1897.

²³ A inicios de la Revolución se dicta la Ley de Instrucción Pública por la cual se faculta a las mujeres para optar por grados académicos.

²⁴ Alejandro Mosquera, "Del Derecho de Sufragio", en *Revista de la Sociedad Jurídico Literaria*, tomo 2, Quito, Imprenta de la Universidad Central, 1903, p. 82.

Este autor presenta además otros argumentos generalizados contra el voto de la mujer; se decía que los impuestos pesaban más sobre los hombres que sobre las mujeres, que solo los hombres estaban obligados al servicio militar y por tanto, siendo mayores sus obligaciones con la sociedad, les correspondía solo a éstos el derecho de sufragio; finalmente se apelaba a los valores patriarcales más tradicionales, Mosquera planteaba que “la mujer que por política desatiende sus sacrosantos deberes, pierde todos sus encantos, todos sus atractivos, y degenera en un ser despreciable”.²⁵

Una formulación más explícita a favor del voto de la mujer comenzó a concretarse solo en 1922, cuando Matilde Hidalgo de Procel se acercó a inscribirse en los registros para elecciones parlamentarias; ante la duda en torno a la posibilidad legal de que una mujer vote, el Presidente del Concejo Municipal del cantón Machala solicitó, por intermedio del Ministro de lo Interior (quien también había opinado antes a favor del voto femenino), un pronunciamiento del Consejo de Estado, organismo que el 9 de julio de 1924, interpretando la Constitución de 1906, entonces vigente, resolvió por unanimidad que la mujer “es ciudadano y puede elegir y ser elegida”.

La interpretación y resolución del Consejo de Estado se fundamenta principalmente en las siguientes consideraciones:

- Es un principio de jurisprudencia universal que “cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu” que “las palabras de la Ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras”; que “las palabras: hombre, persona, niño, adulto y otras semejantes, que en su sentido general, se aplican a individuos de la especie humana, sin distinción de sexo, se entenderán comprender ambos sexos en las disposiciones de las leyes”.
- El artículo 13 de la Constitución de 1906, entonces vigente, dice que “para ser ciudadano se requiere tener veintiún años de edad y saber leer y escribir” y cuando el artículo 31 dice que “para ser elector se requiere ser ciudadano en ejercicio, etc”. Los vocablos ciudadano y elector, aplicando las reglas anteriores, comprenden a los individuos de ambos sexos.
- Las restricciones para los derechos civiles y políticos “deben interpretarse en sentido estricto y riguroso”. “Como el Legislador no ha creado una [...] restricción a causa del sexo, hemos de concluir que el derecho

²⁵ *Ibíd.*

de ciudadanía activa no se le niega al sexo femenino, siempre que los individuos de este sexo sepan leer y escribir y tengan veintiún años”.

La resolución incluye un recuento histórico sobre los requisitos de ciudadanía en las constituciones anteriores, y destaca que solo en la de 1883 se dice que es ciudadano todo ecuatoriano varón que reúna los demás requisitos constitucionales, justamente para evitar que en el vocablo *ecuatoriano* se comprenda a las mujeres.

De esta manera los términos ciudadano y elector que al menos hasta la Constitución de 1883 habían tenido el sentido *natural, obvio y generalizado* de hombre, hasta el punto de que a nadie se le ocurrió siquiera la posibilidad del voto femenino, para 1924 habían cambiado de significación, pues comprendían al hombre y la mujer.

En este caso la interpretación legal y el lenguaje jurídico variaron incluso en el plano del sentido que se consideraba obvio, dado los distintos contextos históricos y culturales en que se producen estas interpretaciones. Notemos al respecto que el Consejo de Estado no invoca las reglas de interpretación del Código Civil, como se había hecho en 1884, sino los principios universales del Derecho, diferenciando así los ámbitos civil y constitucional.

En todo caso, el mismo hecho de que haya sido necesaria la consulta al Consejo de Estado y las discusiones parlamentarias que más adelante analizaremos, demuestran que los términos normativos en realidad no eran, de hecho, tan obvios, como los caracterizaban estos principios universales de interpretación.

En efecto, esta nueva interpretación normativa respecto al voto femenino se genera en medio de una serie de innovadoras prácticas sociales y cambios culturales respecto al rol de la mujer a principios del siglo XX, en el Ecuador y otras partes del mundo: la extensión del voto y los derechos de las mujeres en Europa y Estados Unidos,²⁶ y en Ecuador la participación femenina en la Revolución Liberal, y su incorporación a la esfera pública en el marco de la formación de normalistas y del desarrollo sindical, así como la proclamación de los derechos económicos, sociales y culturales, cuya expresión inicial la hallamos en

²⁶ En los Estados Unidos el Estado de Wyoming concede el voto a las mujeres en 1869, entre 1890 y 1914 el voto femenino se extiende a otros estados occidentales de la Unión y en 1920 a la totalidad de los Estados Unidos. En Nueva Zelanda se establece en 1892, en Australia del Sur en 1894, en Noruega en 1907, en la Federación Australiana en 1914, en Dinamarca en 1915, en Inglaterra en 1918, en Canadá en 1920. Ver Segundo V. Linares Quintana, *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional Argentino y Comparado*, t. VII, Buenos Aires, Editorial Alfa, 1953, p. 60.

la Constitución mexicana de 1917 y en la Constitución alemana de 1919.

Por otra parte, si bien esta nueva interpretación jurídica se produce en medio de cambios culturales e ideológicos y de complejos intereses políticos, podemos ver cómo no se reduce a un simple reflejo de estos, sino que el razonamiento jurídico muestra una lógica y dinámica propias, aunque no autárquicas.

1.1.3. El establecimiento del voto femenino en 1929

Es en la Asamblea Nacional de 1928-1929 cuando la mayoría parlamentaria conservadora tiene la definida voluntad política de incluir en la Constitución, clara y expresamente, el voto de la mujer. Evitando así todas las ambigüedades y conflictos de interpretación que se habían producido en las Constituciones de 1897 y 1906.

Las actas de la Asamblea Nacional muestran que se aclaró de forma explícita que “La Constitución vigente y el Proyecto [de Constitución] [...] conceden los derechos políticos a la mujer [...] la Comisión, al presentar el artículo en la forma que está, lo ha hecho tomando en cuenta que en el término ecuatoriano están incluidos tanto el hombre como la mujer”.²⁷ Ya en medio del debate sobre la redacción del artículo, decía el H. Moncayo:

[...] Voy a permitirme observar a la honorable Asamblea que si la idea que se quiere expresar en el artículo, al decir que es ciudadano todo ecuatoriano es la de incluir también a la mujer, va a quedar la disposición en los mismos términos vagos y discutibles que tiene en la Constitución vigente (...) Sería preferible abordar francamente el problema de los derechos políticos que se quiere otorgar a la mujer.²⁸

Para no dar nuevamente paso a duda alguna, el artículo 13 de la Carta Política de 1929 se formuló en los siguientes términos: “Es ciudadano todo ecuatoriano, hombre o mujer, mayor de veintiún años, que sepa leer y escribir”.

Rafael Quintero al estudiar el establecimiento del voto de la mujer en 1929 constata que éste no resultó, como en otros países, de la presión de un movimiento femenino de base;²⁹ sino que dado el predominio ideológico clerical

²⁷ Asamblea Nacional de 1928-1929, *Diario de debates*, p. 212; intervención del diputado por Pichincha, Dr. Manuel María Sánchez; idéntica aclaración fue hecha en la misma sesión, por otro miembro de la Comisión de Constitución, el H. Crespo Toral.

²⁸ *Ibíd.*

²⁹ Rafael Quintero, *El Mito del Populismo en el Ecuador*, op. cit., p. 241.

y conservador entre el potencial electorado femenino de la época, la adopción del voto de la mujer en 1929 respondió fundamentalmente a los intereses de la clase terrateniente serrana y de su expresión política: el Partido Conservador.

Quintero fundamenta esta afirmación en que es la mayoría parlamentaria conservadora la que propone y decide el voto femenino en 1929, muestra además que varios diputados conservadores venían proponiendo desde principios de siglo el voto de la mujer, el cual, por otra parte, se concentraba en la Sierra,³⁰ espacio en que prevalecía el conservadurismo. Estos réditos electorales para el Partido Conservador se habrían incluso concretado en las elecciones de Neptalí Bonifaz y en la primera elección de Velasco Ibarra. Contrariamente, los liberales, al constituir las mujeres un electorado más bien adverso, mostraron oposición al voto femenino.

La voluntad política del Partido Conservador para establecer el voto femenino fue expresada claramente por uno de sus máximos dirigentes, Jacinto Jijón y Caamaño, en el mismo año en que éste se estableció:

[...] Los actos del gobierno importan, por igual, a hombres y mujeres, y tratándose, *no de gobernar, sino únicamente de escoger los más aptos*, no encontramos razón alguna para privar de este derecho a la mitad de la población; aducir supuesta inferioridad mental de la mujer, sería craso error y anacronismo. Podría, quizás, decirse que no conviene perturbar la tranquilidad femenina, introduciendo, en su *vida destinada a la maternidad y el hogar*, las luchas políticas; pero éstas penetran en tan sagrado recinto, quieranlo o no las leyes, haya o no voto femenino.³¹

Las palabras de Jijón y Caamaño evidencian una percepción de las mujeres más que como elegibles como potenciales electoras; se aprecia también un cambio y continuidad de valores: la mujer es vista como mentalmente igual al hombre, pero su vida está destinada a la maternidad y al hogar, sin embargo la política afecta al hogar, de la cual se deduce el derecho de la mujer al voto, aunque este debe ser facultativo debido a que:

[...] las elecciones no son todavía el torneo pacífico y ordenado que debería ser; y, en este sentido, es, quizás imprudente exponer la delicadeza femenina a los azares de un tumulto; pero esto sería poderoso argumento para

³⁰ En 1932 habían 17.268 mujeres inscritas en la Sierra frente a 7.342 en la Costa, *ibíd.*, p. 244.

³¹ Jacinto Jijón y Caamaño, *Política Conservadora*, Quito, Corporación Editora Nacional–Banco Central del Ecuador, s/a, p. 113. Las cursivas son nuestras.

no exigirles que voten, mas no para privarlas del derecho de hacerlo, cuando crean conveniente.³²

Sin embargo, la adopción del voto femenino en 1929 no se puede explicar unilateralmente por el interés partidista conservador, puesto que tal explicación deja latentes varias interrogantes: ¿Por qué las tendencias conservadoras no implantaron el voto femenino en el siglo XIX? ¿Por qué las constituciones, leyes y resoluciones en gobiernos liberales crean antecedentes y una interpretación favorables al voto de la mujer, que incluso permite algunas prácticas electorales femeninas anteriores³³ a 1929? ¿Cómo explicar que la Constituyente de 1945, de mayoría liberal y socialista, haya mantenido el voto femenino? ¿A qué atribuir que las Asambleas de 1929 y 1946, de mayoría conservadora, establecieron solo el voto facultativo para la mujer y no el obligatorio?

Creemos que el interés partidista y clasista del Partido Conservador en la introducción del voto femenino en el Derecho Constitucional Ecuatoriano es un factor explicativo esencial, pero no único ni excluyente. Para entender por qué esta Constitución incluye el voto femenino, a más de la composición política de la Asamblea que la dictó, es necesario considerar la situación en que el país se hallaba en ese momento.

Los intereses coyunturales del Partido Conservador confluyen en 1929 con otros factores decisivos para el establecimiento del voto femenino como son: (1) la promoción de la mujer durante el liberalismo, incluso en términos de antecedentes jurídicos favorables al voto femenino, como quedó expuesto anteriormente; (2) la Revolución Juliana; y, (3) cambios culturales. Rafael Quintero ha destacado la confluencia de algunos de estos factores para el establecimiento del voto femenino, enfatizando excesivamente, en nuestra opinión, el peso de los intereses conservadores.

En efecto, las constituciones y leyes de elecciones liberales, así como las resoluciones favorables del Ministro del Interior y del Consejo de Estado adoptadas al respecto en 1924, durante el gobierno liberal de Tamayo, son mencionadas en las propias actas de la Asamblea como antecedentes esenciales de la crucial innovación de 1929.³⁴

³² *Ibíd.*

³³ En 1924 se eligió a una mujer como miembro suplente de una municipalidad; en 1925 el gobierno juliano nombró a una mujer concejal de Guayaquil. Ver Rafael Quintero, *El mito del populismo en Ecuador*, op. cit., p. 242.

³⁴ Curiosamente es el establecimiento del voto femenino durante el liberalismo el que aparece resaltado positivamente en la prensa de la época, por ejemplo en las ediciones de *El Comer-*

Respecto a la influencia de la Revolución Juliana, no es fortuito que el voto femenino, establecido en los términos de la Constitución de 1929, beneficiara no solo a los terratenientes y al Partido Conservador sino además a las mujeres alfabetas mayores de veintiún años, la mayoría de las cuales formaban parte de los emergentes sectores medios que habían apoyado la transformación juliana. De hecho las primeras votantes y candidatas fueron justamente maestras y profesionales mujeres, educadas en el nuevo espacio creado por la Revolución Liberal.

Hay que considerar que el voto femenino “aumentó efectivamente la dimensión del cuerpo electoral global y marcó lo que sería la reforma electoral de mayores consecuencias políticas después de 1861, cuando se abrogó el sufragio censitario en el Ecuador”.³⁵ Se trata, como decíamos anteriormente, de incorporar un nuevo contingente de sufragantes, no solo para ganar las elecciones sino para que éstas y el sistema representativo en su conjunto funcionaran.

El establecimiento del voto de la mujer en 1929 no es una novedad aislada, sino que se inscribe dentro de una reforma electoral más amplia: representación funcional, derechos de las minorías, esfuerzos iniciales de organismos electorales autónomos. Ciertamente, tales cambios responden también al proyecto e intereses conservadores, partido de mayoría en la Constituyente, pero paradójicamente en lo relativo al voto femenino este fue posible solo gracias a la promoción de la mujer impulsada por el liberalismo y la Revolución Juliana. El postulado conservador del voto femenino halla condiciones adecuadas en vista de que el liberalismo incorporó en mayor grado a las mujeres en la vida pública del país, mientras que la Revolución Juliana desplazó al sector político que no estaba interesado en la reforma electoral.

En cuanto al tercer factor: el cambio cultural; los estudios históricos sobre la mujer podrían aportar en este campo interesantes análisis sobre los nuevos valores que surgieron a raíz del liberalismo respecto al rol de la mujer.

cio del 11 de junio de 1924 y de *El Telégrafo* del 2 de julio del mismo año. En 1928 y 1929 estos periódicos ni siquiera registraron la innovación del voto femenino, según pudimos constatar en la revisión de la prensa de esos años.

³⁵ Rafael Quintero ha demostrado que el número de mujeres inscritas de 1930 a 1933, en comparación al de hombres, fue mucho menor en términos absolutos, pero aumentó más aceleradamente, en términos relativos, de año en año; así entre 1931 y 1932 el aumento de la inscripción femenina fue de 67% y el incremento de la inscripción masculina del 30%. Pese a lo exiguo del número de electores respecto a la población total, sobre todo por el requisito de alfabetismo, este tuvo un crecimiento sostenido: 12.055 en 1930, 14.707 en 1931, 24.610 en 1932 y 29.679 en 1933. La cita y datos corresponden a Rafael Quintero, *El mito del populismo en Ecuador*, op. cit., p. 246.

Aunque estos cambios culturales aún no han sido estudiados, son evidentes, e indudablemente contribuyeron a establecer el voto femenino. El propio Quintero admite la importancia del factor cultural, aunque, contradictoriamente, no lo desarrolla en su análisis:

[...] el enorme peso histórico que tiene nuestra atrasada superestructura ideológica (que ha transmitido una ideología de sumisión femenina glorificadora de la no participación política de la mujer) ha sido indudablemente un factor restrictivo de su participación electoral.³⁶

El examen de las actas nos muestra un cambio de mentalidad que abarca a liberales y conservadores, aunque sus expectativas partidarias respecto al electorado femenino hayan sido muy diversas. En efecto, su principal resultado, la Constitución de 1929, no solo establece el voto femenino, sino que, en el marco de numerosas garantías sociales y económicas, expresa con gran claridad una nueva percepción cultural respecto a la mujer, percepción aún amalgamada con prejuicios y valores patriarcales pero ciertamente innovadora; un artículo como el 168 de la Constitución de 1929 hubiera sido absolutamente impensable en el Ecuador del siglo XIX:

Artículo 168.- El Estado tiene obligación de dispensar a la mujer atención preferente, tendiendo a su liberación económica. En consecuencia, velará, de modo especial, por su educación profesional técnica, capacitándola, entre otras posibilidades, para que pueda tomar parte activa en la Administración pública.

1.1.4. El voto femenino en las Constituciones posteriores a la de 1929

La Constitución de 1945, en su artículo 15, mantiene en iguales términos el voto de la mujer introducido en 1929, salvo porque reduce la edad necesaria de 21 a 18 años: “Todo ecuatoriano, hombre o mujer, mayor de dieciocho años, que sepa leer y escribir, es ciudadano”.

Esta ratificación del voto femenino fue posible no solo porque ya se había establecido en 1929, sino además porque objetivamente el desarrollo de la sociedad ecuatoriana había continuado avanzando en la incorporación de la mujer a la educación, el trabajo y la política.

³⁶ *Ibíd.*, p. 248.

La Constitución de 1946 es la que formula en términos más claros el voto femenino, su artículo 17 dice: “Todo ecuatoriano, hombre o mujer, mayor de dieciocho años, que sepa leer y escribir, es ciudadano, y, en consecuencia, por regla general, puede elegir y ser elegido o nombrado funcionario público”. Esta carta política introduce otra importante innovación en el segundo inciso del artículo 22, en el que se establece que el voto sea obligatorio para el varón y facultativo para la mujer.

Este voto femenino facultativo fue también objeto de un largo y conflictivo debate iniciado a raíz de la moción del entonces diputado Camilo Ponce Enríquez en el sentido de que constituía una discriminación que el voto femenino fuera facultativo y el masculino, obligatorio; por lo cual propuso que también el voto de la mujer debía ser obligatorio.³⁷

A la moción se replicó que a la mujer, por sus menores condiciones educativas y biológicas y sus obligaciones en el hogar no debía exigírsele el emitir su voto, y menos aún sancionarla si no sufragaba. Además, se decía, de esa manera se facilitaba que las mujeres fueran maltratadas y ultrajadas al concurrir a las juntas electorales. Otros diputados cuestionaron la libertad electoral de las mujeres, cuya decisión, se decía, se subordinaría a la influencia de los clérigos, de sus padres, maridos o patronos.

Quienes defendían el voto obligatorio de la mujer argumentaron que una vez establecida en la Constitución la ciudadanía de la mujer alfabeta mayor de edad, la consecuencia lógica e inmediata era que ejerciera el voto en idénticas condiciones que el hombre. Además la igualdad de derechos entre hombre y mujer, se afirmaba, implicaba la igualdad de deberes correlativos.

Son dos los aspectos que, a propósito de la Constituyente de 1946 y el voto de la mujer, queremos destacar: (1) la autonomía relativa del discurso jurídico; y, (2) la influencia en el proceso legislativo, en interacción con los intereses partidistas, de la variable cultural.

Respecto a lo primero, hallamos nuevamente en varios discursos parlamentarios el recurso a la historia constitucional del país; un claro ejemplo es la intervención del diputado conservador por Bolívar, Hugo Carvajal, quien no escatima en utilizar como argumentos las disposiciones de las propias constituciones liberales:

³⁷ Asamblea Nacional Constituyente 1946-1947, *Diario de debates*, p. 701, intervención del H. Camilo Ponce Enríquez.

[...] La Constitución de 1906, al consignar las garantías nacionales, en su artículo 18 dice: “La República no reconoce empleos hereditarios, privilegios ni fueros personales”. Y porque la Asamblea de 1946, respetuosa como la que más, para establecer el consorcio de los derechos ciudadanos no ha querido hacer labor sectaria, ha reconocido las instituciones liberales y ha reconocido los preceptos de la Constitución de 1945 y seguirá reconociendo todos los derechos de los ecuatorianos.- Continuando, el artículo 24 de la misma Constitución de 1906, que todos los gobiernos liberales y de izquierda han aceptado, determina: “No se reconoce fuero alguno para el juzgamiento de las infracciones comunes; ni se pueden imponer obligaciones que hagan a unos ciudadanos de peor o mejor condición a los demás [...] estoy porque el voto para la mujer sea facultativo y se mantenga el precepto constitucional en la forma en que los mismos juristas liberales lo han concebido.”³⁸

La segunda observación se refiere al hecho de que, tal como lo plantea Quintero, para 1929 la propuesta del voto femenino, en este caso obligatorio, surge de un sector de tendencia conservadora, mientras liberales y socialistas se oponen a tal obligatoriedad. Pero lo que deseamos relieves es que también hay representantes de tendencia conservadora que se oponen a esta obligatoriedad, aduciendo fundamentalmente diferencias biológicas y psicológicas entre hombre y mujer. Tal situación logra explicar por qué existiendo mayoría conservadora no se impuso el voto femenino obligatorio; el factor cultural, arriba expuesto, volvió a influir decisivamente en el proceso legislativo, alterando el juego netamente político-electoral.

Dos décadas más tarde la situación había cambiado, el período de estabilidad constitucional y el avance educativo y laboral de las mujeres, el surgimiento de organizaciones femeninas, así como la nueva correlación de fuerzas políticas determinaron el giro. La Constitución de 1967 en su artículo 70 inciso segundo establece una importante novedad respecto al voto de la mujer: lo declara obligatorio, al igual que el del hombre. La respectiva disposición dice: “El voto es deber y derecho de los ciudadanos: por lo tanto, es obligatorio para el hombre y la mujer”. Tal obligatoriedad se establece también en los artículos 1 y 2 de la Ley de Elecciones de 1968. Sin embargo el requisito de saber leer y escribir continuaría pesando como un factor discriminatorio contra las mujeres, puesto que entre ellas se hallaban los mayores índices de analfabetismo.

³⁸ *Ibíd.*, intervención del H. Hugo Carvajal, p. 719.

1.2. Representación de las minorías

En el siglo XIX en Ecuador, como en la gran mayoría de países del mundo, prevaleció el sistema mayoritario; cada circunscripción o colegio electoral votaba por candidatos individualmente considerados y no por listas de los movimientos o partidos políticos que los respaldaban;³⁹ resultaba elegido quien obtuviera la mayoría, relativa en unos casos y absoluta en otros; en este último caso, si ningún candidato obtenía mayoría absoluta en una primera vuelta, se realizaba una segunda vuelta con los candidatos que habían obtenido más altas mayorías relativas.

Sin embargo, los orígenes de la representación de las minorías se remontan al siglo XIX, cuando fue establecida en la Constitución noruega de 1814, defendida por algunos autores y practicada en varias regiones de Europa. Incluso en el Ecuador, el derecho de las minorías fue proclamado por el Partido Republicano (conservador) en 1883 y por la Sociedad Liberal Republicana en 1889.⁴⁰

Es la Constitución de 1929 en su artículo 42 la que dispone por primera vez que en la elección de diputados, la Ley de Elecciones aplique “un procedimiento que haga efectiva, en la práctica, la representación de las minorías”. Se pasaba así de un sistema mayoritario a otro minoritario, con vistas, teóricamente, a una representación parlamentaria más equitativa de las diversas fuerzas políticas, las cuales para entonces se habían reconstituido u organizado; en 1923 se había estructurado a nivel nacional el Partido Liberal Radical, en 1925 adoptaba una nueva conformación el Partido Conservador y en 1926 se había fundado el Partido Socialista.

Para dar cumplimiento a la disposición constitucional de efectivizar la representación de las minorías la Ley de Elecciones de 1929 establece el sistema de la lista incompleta o sufragio limitado, en virtud del cual los sufragantes votaban por un número de candidatos inferior al del número total de vacantes por llenar, con el propósito de adjudicar las vacantes restantes a la primera minoría, con lo cual se excluía injustamente a las otras minorías. De esta forma, como lo anota

³⁹ En el siglo XIX no existen en el Ecuador partidos políticos en el sentido moderno del término; no hay organizaciones permanentes a nivel nacional sino sociedades y clubes políticos que pertenecen a una misma tendencia y que, en los casos de mayor consolidación, van progresivamente fundiéndose. Recién en 1883 se produce un primer esfuerzo realmente institucional de organización partidaria con la fundación de la Sociedad Republicana. Ver Enrique Ayala Mora, *Lucha política y origen de los partidos en Ecuador*, Quito, Corporación Editora Nacional, 1988, p. 236.

⁴⁰ *Ibíd.*, pp. 285 y 317.

Tobar Donoso, la Ley de Elecciones fue infiel al propósito de la Constitución.

En todo caso, pese a estos defectos y al retraso respecto a otros países,⁴¹ esta fue la primera vez que se ensayó un método de representación de las minorías y de voto por listas. ¿A qué se debió tal innovación?

En cuanto a las influencias externas hay que señalar que la Constitución de 1929 se dicta en un momento de auge de los sistemas minoritarios en otros países; la mayoría de las constituciones europeas posteriores a la Primera Guerra Mundial otorgan derechos a las minorías; en 1923 la Conferencia Interparlamentaria de Copenhague elabora proyectos de declaraciones de derechos de las minorías y en 1925 actúa en igual sentido el *Institut de Droit International*.⁴²

Sin embargo, la asimilación de estas influencias externas se explica por la situación interna del Ecuador en esta etapa. Como se expresó anteriormente, la Constitución de 1929 se genera a raíz de la Revolución Juliana, en un momento de aguda crisis de la legitimidad y la representatividad política, de allí que se haga cierto esfuerzo por ampliar la participación electoral e institucionalizar el sistema representativo. En efecto, la Ley de Elecciones de 1929 es la primera que menciona a los partidos políticos y además les da funciones de vigilancia mediante delegados en las juntas electorales, con el derecho de hacer observaciones y reclamos respecto a las votaciones y los escrutinios.⁴³

Es fundamentalmente el Partido Conservador el que con mayor decisión impulsa la representación de las minorías, cuyos derechos proclama en su Programa de 1925. Al respecto uno de sus líderes históricos, Jacinto Jijón y Caamaño expresaba el mismo año de 1929:

⁴¹ Hernán Salgado, “La Constitución de 1929 del Estado y el Reordenamiento Jurídico”, op. cit.

⁴² Segundo V. Linares Quintana, *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional Argentino y Comparado*, t. I, Buenos Aires, Editorial Alfa, 1953, pp. 66 y 70.

⁴³ Incluso se concede a estos delegados una especie de inmunidad durante los días de elecciones, así como, durante estos mismos días, para entrar y salir libremente de las cárceles a efectos de verificar arrestos ilegales, este último derecho se otorga también a los directores de los partidos políticos (art. 39 lit c, art. 41 num 11, art. 42 lit E, art. 133 LE 1929). Al respecto dice Alfredo Vera: “Muchas veces los gobiernos de la oligarquía liberal se negaron a recibir los delegados, o los delincuentes que manejaban las mesas hacían de ellos caso omiso y los atropellaban; pero algo se había ganado porque se creaba el antecedente del respeto al derecho de los partidos para intervenir legalmente en la función electoral”. Alfredo Vera, *Anhelo y pasión de la democracia ecuatoriana*, Quito, Casa de la Cultura Ecuatoriana, 1948, p. 69.

[...] el conservatismo sabe muy bien que, encastillándose en el sistema de las mayorías, aun lealmente practicado, dispondría, por muchos años, de poder omnímodo; pero a él renuncia, gustoso, en bien de la Patria, de la paz y concordia entre los ecuatorianos. Conoce también que solo sometiendo sus actos a la vigilancia de los contrarios mantendrá en sus filas, la moralidad, orden, unión y disciplina, que son hoy, su timbre de orgullo. Y, al hacerlo, procede con plena conciencia de que sería a él, si es que algún día, para felicidad de la Patria le tocara regir sus destinos, a quien incumba implantar las trascendentales reformas; pues ninguna ilusión abriga de que el liberalismo, cuya piedra angular es el desconocimiento del sufragio, pueda realizarlas.⁴⁴

Los móviles conservadores son entonces explícitos: acceder al poder por elecciones y consolidarse mediante una estratégica concesión a la oposición liberal, mediante la representación de minorías. A este respecto tampoco parece eventual la adopción de la lista incompleta, por medio de la cual se abrían posibilidades electorales al liberalismo pero no al naciente socialismo.

La Constitución de 1945 en su artículo 19 también garantiza la representación efectiva de las minorías; el artículo 112 de la Ley de Elecciones de 1945 establece el método del cociente electoral para todas las elecciones pluripersonales, sin embargo el artículo 115 mantiene la fórmula de la lista incompleta para la elección de consejeros parroquiales. Como vemos, en 1945 la representación de las minorías se consolida y perfecciona, más aún si se considera el fortalecimiento de los partidos políticos mediante su expreso reconocimiento constitucional (artículos 58 y siguientes, Constitución Política 1945).

La Constitución de 1946 amplía la referencia a las minorías, en su artículo 21 establece que: “se garantiza la representación de las minorías en las elecciones directas, cuando se trate de elegir más de dos personas en el mismo acto. La Ley determinará la forma en que dicha representación se hará efectiva, y señalará, además, los casos en que se la haya de aplicar a las elecciones indirectas”.

La Ley de Elecciones dictada en 1947 en su artículo 105 concreta la disposición constitucional de 1946 en términos idénticos a los de la Ley de Elecciones de 1945.

La Constitución de 1967 dedica todo un capítulo a los derechos políticos; el artículo 71 garantiza la representación proporcional en las elecciones pluripersonales, mientras el artículo 74 determina que “solamente los partidos políticos reconocidos por el Tribunal Supremo Electoral podrán presentar listas para las elecciones pluripersonales”. De esta manera, se trata de evitar

⁴⁴ Jacinto Jijón y Caamaño, op. cit., p. 135.

la proliferación de listas presentadas por movimientos políticos meramente electorales, fortaleciendo el régimen de partidos, para que sea este el que sirva de base a la representación proporcional de las diversas fuerzas políticas.

Por su parte, la Ley de Elecciones de 1968 en su artículo 70 y siguientes aplica también el método de cociente electoral para efectivizar la representación proporcional, pero introduce una serie de importantes precisiones respecto a las elecciones pluripersonales en que intervienen solo dos candidatos, y regula los casos en que quedan puestos por adjudicar, una vez asignados los que corresponden en virtud del cociente distribuidor. En definitiva, fortalece y perfecciona la representación de las minorías.

1.3. La representación funcional

En el constitucionalismo ecuatoriano de este siglo la representación funcional ocupa un lugar importante, puesto que la establecieron las Constituciones de 1929, 1945, 1946 y 1967, es decir cuatro de las siete constituciones que han regido en el país. Aunque basada en una concepción diversa a la representación política, objeto del presente estudio, su importancia en nuestra historia constitucional y el hecho de haber coexistido con la representación política, exige por lo menos una breve aproximación a su origen y desarrollo en el Ecuador.

1.3.1. La Constitución de 1929

La Constitución de 1929 y la Ley de Elecciones del mismo año introducen por primera vez en el Derecho Constitucional Ecuatoriano la representación funcional; según el artículo 33 de esta carta política el Senado se compone, a más de los senadores provinciales, de quince senadores de representación funcional y un senador para la tutela y defensa de la raza india.

Se reimplanta la elección indirecta de los senadores por provincia, pues estos son designados por los Consejos Provinciales que la misma Constitución crea y que son de elección popular.

La elección de los quince senadores funcionales fue regulada en la Ley de Elecciones de 1929 (artículos 81 al 93). Hernán Salgado⁴⁵ ha sintetizado los diversos procedimientos de elección a dos tipos fundamentales: (1) la realizada mediante voto de los delegados de instituciones o entidades (elección indirecta),

⁴⁵ Hernán Salgado, “La Constitución de 1929 del Estado y el Reordenamiento Jurídico”, op. cit., p. 53.

quienes se reúnen de la forma prevista por la ley y designan al correspondiente senador; así se elige un senador por las universidades, otro por el profesorado secundario y especial, dos por el profesorado primario y normal, uno por el periodismo y las academias y sociedades científicas, uno por la institución militar y, con ciertas variantes, dos senadores por los obreros. (2) la elección, bajo supervigilancia de los Consejos Provinciales, de senadores realizada por los miembros de las asociaciones de agricultores, comerciantes, industriales y campesinos. De esta forma se designan dos senadores por la agricultura, uno por el comercio, otro por los campesinos y otro por la industria.

¿Por qué se adopta en el Ecuador de esta época la representación funcional?; se señala a este respecto “la influencia del contexto internacional, del europeo particularmente donde, en el período intermedio entre las dos guerras mundiales, se desarrollan diversas doctrinas acerca de la representación funcional”.⁴⁶

En efecto, al revisar las actas parlamentarias de 1929 se constata cómo son varios los parlamentarios que citan reiteradamente a Duguit y a Posada, tratadistas que preconizaban la adopción del sistema funcional; se constata también el impacto de nuevas prácticas políticas en otros países, especialmente en España. En todo caso, la adopción, y sobre todo extensión, de la representación funcional en el Senado, fue objeto de un largo y en ocasiones intenso debate. Hubo legisladores que propusieron el sistema funcional para la totalidad del Senado, ante lo cual se produjeron enérgicas reacciones contrarias, pese a lo cual el nuevo sistema se impuso mediante la presencia de 15 senadores funcionales.

Se llega así a una nueva interrogante: ¿por qué cuajan en el Ecuador de esa época estas influencias exógenas favorables a la representación funcional? En las actas se constata un afán de innovación y modernización del sistema político, y más específicamente: un proyecto político de incorporación limitada de sectores sociales medios al sistema representativo. Tal proyecto corresponde al Partido Conservador, pero además a raíz de la crisis de 1925, constituye una necesidad objetiva del país y en tal sentido goza de un relativo consenso. Así, por ejemplo, sobre la representación funcional hacía notar el diputado por Guayas, doctor Rigoberto Ortiz: “[...] el sistema de representación ya aceptado, es una aspiración nacional; todos los partidos políticos en sus programas lo aceptan para cambiar el régimen de representación actual que es falso”.⁴⁷

En efecto, aunque en grados sumamente variables, para 1929 se había

⁴⁶ *Ibíd.*

⁴⁷ Asamblea Nacional de 1928-1929, *Diario de debates*, intervención del diputado Rigoberto Ruiz, sesión del 22 de diciembre de 1928.

iniciado la organización de varios de los sectores sociales y económicos a los cuales se otorgaba representación funcional: surgían los primeros sindicatos, los universitarios se habían creado una Federación Nacional en 1919, los profesores crecían en presencia y organización a partir del desarrollo de los institutos normales y la educación fiscal y laica, para los años veinte de este siglo los comerciantes ya habían fundado la Cámara de Comercio de Quito, mientras el ejército había sido a partir de 1925 el principal protagonista de la actividad política.

Este propósito de organización e incorporación de diversos sectores sociales al sistema político se expresa con claridad en la Ley de Elecciones de 1929, la cual dispone para efectos de la elección de los correspondientes senadores funcionales que “los agricultores de cada cantón [...] se organicen en Sociedad Agrícola que funcionará, con carácter permanente” (artículo 86, LE 1929); en cuanto a los comerciantes, estos “[...] formarán la Asociación Provincial de Comerciantes, que se organizará con carácter permanente para la defensa de sus intereses” (artículo 87, LE 1929); igualmente, la ley imponía la organización permanente a nivel provincial de los industriales (artículo 88, LE 1929) y a nivel parroquial de los campesinos (artículo 90, LE 1929). Por lo demás se otorga igual derecho de elegir su senador a los delegados de los gremios de obreros (artículo 89, LE 1929) y de los oficiales de las unidades militares (artículo 91, LE 1929).

No se trata entonces de un mero experimento, sino que detrás de esta innovación subyace la voluntad política de que distintos sectores de la sociedad civil se organicen y participen en la vida política; inquietud explicable luego de la crisis a que había conducido al país la década de régimen autocrático de la plutocracia liberal.

1.3.2. La Constitución de 1945

En esta Constitución no solo que se mantienen los representantes funcionales, sino que además se aumenta su número a 25 (artículo 23 numeral 2 Constitución Política 1945). En el caso de los industriales, comerciantes, campesinos y trabajadores se duplica el número de representantes que se les había asignado en 1929; se agregan además dos senadores por la educación particular.

A diferencia de lo establecido en 1929, la Ley de Elecciones del 45 establece la elección indirecta de la mayoría de los representantes funcionales, pues encarga a delegados de las asociaciones de comerciantes, agricultores, industriales y campesinos la elección de sus respectivos diputados funcionales, los cuales según la Ley de 1929 eran designados directamente por los miembros de estas asociaciones.

Otra modificación es la capacidad que se otorga a las comunas de indios y a las asociaciones indígenas para mediante sus delegados elegir su representante funcional (artículo 161 LE 1945). En 1929 el senador por los indígenas era designado por el Consejo de Estado (artículo 92 LE 1929). Igualmente se otorga también a las clases de las unidades militares, y no solo a los oficiales como en 1929, la facultad de participar en la elección de su representante.

Por otra parte, a diferencia de lo establecido en 1929, la elección de diputados funcionales se establecía ahora en el marco de un Congreso unicameral y del voto obligatorio; para efecto de esto último la ley establece sanciones a quienes no cumplieran con el deber de sufragio.

1.3.3. La Constitución de 1946

Disminuye, en el marco de un Congreso bicameral, el número de representantes funcionales a 12 senadores (artículo 42, Constitución Política 1946). Con respecto a la Constitución de 1945, disminuye ostensiblemente los representantes de la educación pública y los trabajadores y suprime al representante de las organizaciones de indios.

La elección de los senadores funcionales según la Ley de Elecciones de 1947 es indirecta (artículos 129ss. LE 1947).

1.3.4. La Constitución de 1967

Establece 15 senadores funcionales, dando preeminencia a los trabajadores (4 representantes) e incluyendo un nuevo senador por la Policía Civil Nacional (artículo 119 Constitución Política 1967). La elección indirecta de estos senadores se halla detalladamente regulada para cada caso en la Ley de Elecciones de 1968.

2. La Gloriosa y la libertad electoral, 1944-1972

En 1940, luego de una etapa de aguda inestabilidad política, Arroyo del Río accede al poder mediante el fraude electoral, este origen ilegítimo del gobierno arroyista intensifica la oposición al régimen, el cual respondió con medidas represivas; posteriormente, la pérdida de la mitad del territorio nacional a consecuencia del Protocolo de Río convirtió en insostenible la situación del gobierno; en 1944 la proclamación de un nuevo candidato oficial, Miguel Angel Alborno, y la consiguiente preparación de un nuevo fraude, así como la prohibición de ingreso al país del candidato de oposición, Velasco Ibarra, generaron finalmente una intensa

crisis política que desembocó en los acontecimientos del 28 de Mayo de 1944.

El movimiento político de 1944, conocido históricamente como *La Gloriosa*, fue una movilización nacional contra el gobierno arroyista; a ella confluyeron todos los partidos políticos (conservador, socialista, comunista, Vanguardia Revolucionaria Socialista, Frente Democrático e incluso un sector disidente del liberalismo), los cuales constituyeron un frente político nacional denominado Alianza Democrática Ecuatoriana, ADE. En la movilización de mayo participaron además estudiantes, trabajadores, militares, mujeres y pobladores marginales de las ciudades; una de las principales reivindicaciones que se plantearon fue la libertad electoral.

Al igual que en 1929, la reforma electoral de 1945 implicó un conjunto articulado de innovaciones dirigidas a garantizar y ampliar el sufragio. En 1944 surge un acuerdo de diversos partidos y tendencias políticas en torno a la necesidad histórica de eliminar el fraude, crear organismos electorales independientes, perfeccionar la representación de las minorías mediante el método del cociente electoral, mantener el voto facultativo de la mujer alfabeta, reducir la edad para la ciudadanía de 21 a 18 años, incrementar el número de representantes funcionales e impulsar el desarrollo de los partidos políticos.

La Revolución de Mayo significó un transitorio consenso no solo en torno al derrocamiento de Arroyo y la designación de Velasco Ibarra, sino además respecto a la libertad de sufragio y los instrumentos jurídicos para alcanzarla. Se trata de un nuevo esfuerzo de reconstitución del sistema representativo luego de años de fraude.

Por lo demás, resulta comprensible que fuera del interés de diversas tendencias políticas el efectivo funcionamiento del sistema electoral, mecanismo fundamental para el desarrollo y acceso al poder de los propios partidos.

Las actas de la Constituyente nos revelan que en este afán de garantizar y ampliar el sufragio se llegó a proponer y discutir extensamente el voto obligatorio y la concesión del sufragio al clero, a los militares (propuesta de socialistas y comunistas), a los analfabetos (para la elección de consejos parroquiales), a los ciudadanos españoles y de países andinos que residan en el país; este afán de lograr un consenso para estructurar un sistema de representación política y su vínculo con la Revolución de Mayo lo dejan en claro los propios protagonistas; el diputado Manuel Elicio Flor, destacado dirigente conservador, expresaba, a nombre de su Partido:

¿Cuál es el medio esencial, lo sustancial, para que la República pueda salir del caos en que estamos? El único medio es el respeto a la libertad elec-

toral. La misma Revolución de Mayo se hizo para que se respete la libertad electoral. Si no se hubiera sentido la necesidad, los Partidos Políticos del país no se hubieran unificado, no nos hubiéramos sublevado en masa y por eso el primer postulado de la Revolución de Mayo, es la libertad de sufragio para que sea una de las conquistas y nunca desaparezca de la nación ecuatoriana.⁴⁸

Sobre el mismo tópico un diputado de signo político contrario expresaba a nombre de su sector:

El Partido Comunista [...] cree que es necesario suprimir los vicios que más han enturbiado el ejercicio del sufragio, poner algunos remedios provisionales, para que el sufragio universal sea lo más puro, democrático, y libre, y exprese de la mejor manera posible, la voluntad y los intereses de las mayorías del país [...] Es indudable que el movimiento del 28 de Mayo fue una revolución que trataba de reconstruir al país en todos sus aspectos, siendo también un movimiento por el sufragio libre.⁴⁹

Pero los conflictos políticos fueron ganando espacio sobre aquel frágil y transitorio consenso, el cual se fue diluyendo en el progresivo enfrentamiento entre la Constituyente y el Ejecutivo. El Presidente Velasco Ibarra se opuso radicalmente a las atribuciones de control que la nueva Constitución otorgaba al Congreso y al nuevo Tribunal de Garantías Constitucionales sobre el Ejecutivo, también se mostró contrario al carácter unicameral del Congreso y a las facultades de la Contraloría General de la Nación.

Finalmente, en marzo de 1946 Velasco declaró la dictadura; en agosto del mismo año se reunió una nueva Asamblea Constituyente en cuyas elecciones no participaron los partidos de izquierda lo cual facilitó el predominio conservador en dicha Asamblea. Lo que nos interesa destacar es el desfase entre el discurso político y normativo, por un lado, y la práctica política, por otro.

La Revolución de Mayo se había hecho, entre otros objetivos, para luchar por la libertad de sufragio, pero a los dos años, al disolver la Asamblea, Velasco desconoce los resultados del sufragio; se convoca a unas elecciones en las que la izquierda se automargina bajo el impacto de la dictadura. Luego, paradójicamente, la Constituyente conservadora de 1946 expresa continuidad en el esfuerzo por mejorar el sistema electoral, pues la Constitución de 1946 mantiene y desarrolla

⁴⁸ Diario de Debates de la Constituyente de 1944, sesión del 6 de septiembre de 1944, tomo 2, p. 494.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 460.

los nuevos organismos electorales que habían sido creados por la Constituyente izquierdista de 1945.

Pese a los conflictos políticos, la libertad electoral sigue siendo percibida como una necesidad nacional, incluso en 1947, luego de que el orden constitucional ya había sido roto, Alfredo Vera, de tendencia izquierdista, en una obra clásica de la literatura política ecuatoriana, escribía interpretando la Revolución de Mayo:

El Ecuador volvió a la libertad política reconquistada en un grandioso movimiento patriótico de unidad nacional, con la sangre heroica de sus hijos. Afianzar esa libertad electoral, completando el estatuto constitucional con un sistema electoral que permita que todos los ecuatorianos y sus partidos políticos, en noble, civilizada y democrática lid, puedan aspirar a la intervención en los organismos del Estado y a participar en la solución de las angustiosas dificultades que nos ahogan, después de tantos años de opresión y de falsía, es una de las tareas ineludibles de la hora presente.⁵⁰

La Constituyente de 1946, de mayoría conservadora, establece el voto masculino obligatorio. Aunque tras esta reforma se descubren, como veremos, evidentes intereses partidarios, esta medida ampliará el electorado, lo cual tendrá importantes efectos políticos; dicha ampliación se consolida en 1968 con el voto femenino obligatorio.

Todas estas innovaciones normativas contribuyeron a la estabilidad constitucional del período 1948-1960, la cual a su vez creó el contexto en que esta legislación alcanzó mayor eficacia. Los cambios en el derecho electoral junto a complejos procesos demográficos, económicos y políticos generaron la expansión de la población votante entre 1948 y 1968:

El porcentaje de votantes que participaron en las elecciones se triplicó en 1948 (9,66%) en comparación con 1933 (3,1%). Entre 1948 y 1960 el porcentaje de los votantes nuevamente se duplicó. Después descendió algo en 1968, aparentemente debido a que se introdujo leyes más estrictas en el registro de votantes, para prevenir duplicaciones del voto, particularmente en las provincias de la Costa donde era común este tipo de prácticas.⁵¹

⁵⁰ Alfredo Vera, op. cit.

⁵¹ Juan Maiguashca y Liisa North, “Orígenes y significado del Velasquismo...”, op. cit., p. 132.

Varias investigaciones en las ciencias sociales,⁵² sobre todo relativas al velasquismo, han analizado las diversas variables que produjeron esta expansión electoral. Sin embargo, los cambios normativos no han sido suficientemente valorados, especialmente la constitución de organismos electorales independientes, la representación proporcional y en particular el voto obligatorio.

En cuanto a la composición del electorado, éste continuó integrado fundamentalmente por sectores medios los cuales “constituían la gran mayoría del electorado en 1952 y aproximadamente la mitad en los años 1960”.⁵³ Es decir que hay una progresiva pero lenta incorporación de parte de los sectores populares, fundamentalmente campesinos, indígenas y obreros. Nuevamente, junto a otros factores, hallamos uno de carácter jurídico que fue decisivo en la limitación de la extensión del sufragio en este período: el requisito de saber leer y escribir. A continuación ampliaremos los cambios normativos de este período.

2.1. La creación de organismos electorales independientes

Como ya indicábamos, una de las principales reivindicaciones de *La Gloriosa* fue la libertad electoral, lo cual explica que este movimiento político sea el antecedente histórico inmediato de la creación, por primera vez en el Ecuador, de tribunales electorales totalmente independientes, orientados a asegurar la pureza del sufragio.

En el siglo XIX ya se había realizado uno que otro esfuerzo legislativo por asegurar una mayor independencia de las juntas electorales, como por ejemplo en la Ley de 1851 que establecía la designación de sus integrantes por sorteo; en otras leyes aumentó la presencia en tales organismos de los municipios y poderes locales y se disminuyó la injerencia del gobierno central. En igual sentido la Ley de Elecciones de 1929 otorgaba una importante participación en las juntas electorales a los entonces recién creados Consejos Provinciales. También en los años treinta hubo esfuerzos de creación de organismos electorales más autónomos:⁵⁴ el Decreto Supremo de Elecciones expedido el 4 de mayo de 1937 crea un Consejo Electoral Nacional, compuesto por el Ministro Fiscal de la Corte Suprema, que lo presidía, y cuatro vocales, designados por el Ministro de Gobierno y los Concejos de Quito, Guayaquil y Cuenca, respectivamente; este organismo se

⁵² Nos referimos básicamente a los trabajos ya citados de Rafael Quintero, Juan Maiguashca, Liisa North, y a la obra *El Proceso de dominación política en el Ecuador*, de Agustín Cueva.

⁵³ Juan Maiguashca, “Orígenes y significado del Velasquismo...”, op. cit., p. 143.

⁵⁴ Julio Tobar Donoso, “El Sufragio en el Ecuador”, en *Revista Ruptura*, No.1, Quito, Asociación Escuela de Derecho, 1949, p. 16.

mantuvo con otra composición en el Decreto Supremo del 25 de abril de 1938; posteriormente tales funciones fueron atribuidas al Consejo de Estado.

En todo caso, una de las principales deficiencias en la normatividad electoral anterior a 1945 había sido mantener la intervención de funcionarios del ejecutivo, generalmente tenientes y jefes políticos, en la integración de las juntas electorales parroquiales y provinciales. En cuanto a los representantes de los municipios, frecuentemente el gobierno de turno controlaba las elecciones de estos gobiernos seccionales, para así ejercer dominio sobre las juntas electorales en que estos participaban mediante delegados.

Es en 1945 cuando se elimina la presencia directa del Ejecutivo en los organismos electorales, a efectos de garantizar la pureza del sufragio. Además, por primera vez se crea un organismo independiente con jurisdicción nacional, el Tribunal Superior Electoral, para dirigir en todo el país el proceso electoral.

La Constitución de 1945 en su artículo 21 introduce una innovación fundamental en materia electoral: la creación de un *Tribunal Superior Electoral* y de sus organismos auxiliares a nivel provincial, cantonal y parroquial; el objetivo principal del nuevo organismo era “dirigir el proceso electoral y garantizar su pureza”.

Este Tribunal se integraba con un Ministro de la Corte Suprema, un miembro del Tribunal de Garantías designado por éste, dos ciudadanos elegidos por el Congreso y tres representantes de las tendencias políticas de derecha, centro e izquierda, uno por cada tendencia.

El artículo 22 de esta Constitución establecía entre las atribuciones y deberes del nuevo tribunal: la reglamentación, vigilancia y organización de los actos electorales; el conocimiento de quejas por incorrecciones y fraudes y la facultad de ordenar los respectivos enjuiciamientos; la realización de escrutinios y la capacidad para dictar órdenes a la Fuerza Pública para garantizar la libertad y pureza de sufragio.

La Ley de Elecciones de 1945 dedica todo su título II a los organismos electorales; a más del Tribunal Superior Electoral establece tribunales electorales a nivel provincial, cantonal e incluso parroquial, aparte de juntas parroquiales de inscripción y juntas para recibir los votos por cada trescientos inscritos en el Registro Electoral Parroquial. El artículo 10 de la ley establece expresamente como condición para integrar los tribunales “no ser empleado de libre nombramiento y remoción del Ejecutivo”. Estos tribunales y juntas son organizados por el Tribunal Superior Electoral y en su integración se incluye a un miembro del Consejo Provincial (en el caso del Tribunal Electoral Provincial) y del Concejo Municipal (en el Tribunal Electoral Cantonal).

Estos organismos asumen el control de todo el proceso electoral, incluso el juzgamiento de infracciones electorales (artículo 8 literal c LE 1945) “sin perjuicio de la competencia de los jueces comunes cuando conozcan atentados contra el derecho de sufragio” (artículo 6 LE 1945).

2.2. Las Constituciones posteriores

La Constitución de 1946 dedica toda la sección II del título IV a los tribunales electorales. El artículo 23 de esta Carta, crea el Tribunal Supremo Electoral, con una composición distinta a la del establecido en 1945; dicho Tribunal Supremo se integra con tres vocales designados por el Congreso, dos por el Presidente de la República, dos por la Corte Suprema; es decir se suprimen los representantes de las tendencias políticas y del Tribunal de Garantías (que esta Constitución elimina). Por su parte la Ley de Elecciones de 1947 suprime los tribunales electorales cantonales y parroquiales creados en 1945 y precisa y fortalece las facultades jurisdiccionales de los tribunales electorales al disponer que solo ellos “conocerán de los reclamos que se interpongan respecto a cuestiones que les están atribuidas por la Constitución y esta Ley” (artículo 8 LE 1947). Refiriéndose al significativo hecho de que esta Constitución mantenga y desarrolle una institución generada anteriormente en una Asamblea de signo político contrario, ha escrito Alfredo Pareja, desde su perspectiva liberal:

[...] ha de reconocerse que esta Carta Política afirma la vida democrática al crear de manera autónoma el Tribunal Supremo Electoral. La Asamblea Constituyente de 1946, que fue de mayoría conservadora, siguió en esto el ejemplo de la Asamblea izquierdista de 1945, cuya Constitución es la primera en instituir el Tribunal Electoral, aunque todavía sin la plena autonomía de poder y funciones que claramente se expresa en 1946.⁵⁵

La Constitución de 1967 dedica todo el título VI al *sufragio y sus órganos*; entre los cuales a más de los establecidos en 1946 (Tribunal Supremo y tribunales provinciales, juntas electorales) incluye a la Dirección General de Registro Civil, Identificación y Cedulación, para el otorgamiento de cédulas y elaboración de los registros correspondientes (artículo 107 Constitución Política 1967). Esta Constitución mantiene la misma forma de integración del Tribunal Supremo

⁵⁵ Alfredo Pareja, *Ecuador: la República de 1830 a nuestros días*, Quito, Editorial Universitaria, 1979, p. 405. De hecho la creación de juntas electorales independientes había sido uno de los puntos principales del Programa de la Asamblea Conservadora de 1925.

Electoral, establecida en la Carta de 1946, si bien en la Ley de Elecciones se dice que se procurará que en los organismos electorales estén representadas todas las tendencias políticas (artículo 134 inciso 4 LE 1968). En la propia Constitución se regula la integración de los tribunales provinciales y las juntas parroquiales; si bien desde el punto de vista de la técnica legislativa esto parece equivocado, en cuanto son asuntos que corresponde regular a la Ley de Elecciones, constituye también una muestra de la importancia creciente que se llegó a dar a los organismos electorales para garantizar la libertad del sufragio.

Como ya indicamos, luego de los cambios al sistema representativo introducidos en las constituciones y leyes de elecciones de 1945 y 1946 “el porcentaje de votantes que participaron en las elecciones se triplicó en 1948 (9,66%) en comparación con 1933 (3,1%). Entre 1948 y 1960 el porcentaje de los votantes nuevamente se duplicó”.⁵⁶ Además, entre 1948 y 1960, se experimentaron tanto estabilidad política como continuidad en el régimen constitucional.

Sería del todo reduccionista atribuir este crecimiento del electorado solo a cambios jurídicos, pero estos sin duda contribuyeron, especialmente la creación de tribunales electorales que daban mayor seriedad al proceso electoral, la representación proporcional de las minorías y especialmente el voto obligatorio. A su vez, la estabilidad política, originada fundamentalmente en el auge bananero, creó condiciones favorables al desarrollo de las elecciones y a la acción de los organismos electorales.

2.3. El voto obligatorio

El voto masculino obligatorio fue adoptado por primera vez en la Constitución de 1946, cuyo artículo 22 inciso segundo lo establece como un deber jurídico para el varón, en tanto lo mantiene como facultativo para la mujer, diferenciación que se estudió en el apartado sobre el voto femenino.

En igual sentido, la Ley de Elecciones de 1947 luego de declarar, en su primer artículo, que el sufragio es un derecho político y un deber cívico establece en su artículo 202 severas sanciones a quienes estando obligados a inscribirse y votar, no lo hicieren sin causa justa; estas sanciones consistían en destitución, en el caso de los empleados públicos, o multa e inhabilidad para el desempeño de funciones públicas; las sanciones de destitución e inhabilidad eran acumulativas; la ley remite a las normas reglamentarias la forma y trámite de las sanciones y menciona además las causas en que se justifica el no haber votado.

⁵⁶ Juan Maiguashca, “Orígenes y significado del Velasquismo...”, op. cit., p. 132.

Por tanto, mientras las leyes de elecciones de 1929 y 1945 se limitan a declarar al sufragio como deber cívico, la ley de 1947 lo convierte en un deber jurídico para los hombres, cuyo incumplimiento es severamente sancionado. En efecto, en todas las constituciones y leyes electorales anteriores el voto fue facultativo, en tanto se lo concebía más como un derecho que como un deber.⁵⁷

¿Por qué se introduce el voto masculino obligatorio en 1946? ¿Cuáles fueron los efectos de este cambio normativo? Al revisar las actas parlamentarias de constituyentes anteriores se descubre que la obligatoriedad del voto fue propuesta y discutida en algunas ocasiones. Así por ejemplo en la Constituyente de 1944 el artículo 36 del proyecto de la Comisión de Constitución establecía que “el voto es obligatorio para todos los ciudadanos en capacidad de sufragar”, es decir no solo para el hombre, como sería aprobado en 1946, sino también para la mujer.

Los argumentos en contra del voto obligatorio afirmaban que tal obligatoriedad atentaba contra la libertad del ciudadano, se decía también que especialmente en la población campesina no existían las adecuadas condiciones educativas y culturales para concretar tal exigencia y por tanto para sancionar su incumplimiento; que el voto constituía más un deber cívico que jurídico y que por tanto lo que debía hacerse era educar y concientizar a la ciudadanía. Recordemos además que para la época era frecuente que un partido de oposición ordenase no votar a sus afiliados o adeptos ante la realización de un fraude electoral inminente; situación que, se afirmaba, hacía inconveniente el voto obligatorio.

Por otro lado, quienes defendían el voto obligatorio aseveraban que el sufragio constituye la base de las instituciones democráticas, una obligación moral y política que el ciudadano tiene de aportar al bien común; en tanto la posibilidad de abstención había generado en el país una *huelga cívica*, apatía e indiferencia colectiva que el voto obligatorio podía contrarrestar; los ciudadanos, se afirmaba, no solo tienen derechos, sino que estos suponen deberes. En cuanto a las dificultades del voto de los campesinos estos se irían superando en la práctica y mediante regulaciones legales y reglamentarias adecuadas. Se planteaba también que era el abstencionismo el que históricamente había facilitado el fraude electoral, dando paso a gobiernos impopulares y de hecho dictatoriales.

Tras estos argumentos, sin embargo, se movían definidos intereses político-partidarios. Es fundamentalmente el Partido Conservador el que propugna el voto obligatorio incluso en su Programa de 1925 y llega a establecerlo (para los hombres) en 1946 en que tuvo mayoría parlamentaria. En tanto la

⁵⁷ Con la excepción de las Leyes de Elecciones de 1830 y 1835, como lo expusimos al estudiar el período 1812-1861.

izquierda se opone.

Esta posición política resulta explicable; recordemos que en 1944 los sectores de izquierda tuvieron un significativo avance electoral, mientras la votación conservadora había declinado; el voto obligatorio podía darle un giro a tal situación. En efecto, incluso hasta 1950 el 71,5% de los ecuatorianos habitaban en el sector rural; a su vez, del total nacional de la población, el 58% se concentraba en la sierra, región en la cual el 59,9% vivía en el campo; por tanto, la mayoría de la población se localizaba justamente en la zona de mayor influencia ideológica del Partido Conservador. Era lógico calcular que el voto obligatorio podría beneficiar a los conservadores; incluso considerando que había una gran mayoría de analfabetos, existían también semianalfabetos y analfabetos a quienes se había enseñado a dibujar sus nombres y se podía obligar a votar en determinado sentido. Por el contrario, liberales, socialistas y comunistas recelaban de este potencial crecimiento electoral conservador, lo cual les llevó a oponerse a la obligatoriedad del voto.

Efectivamente en 1948, dos años luego de establecido el voto obligatorio, los conservadores estuvieron a punto de acceder al poder, pues su candidato presidencial Manuel Elicio Flor perdió ante Galo Plaza apenas por 3.000 votos; sin embargo durante el período obtuvieron votaciones más altas que ningún otro partido tanto en las elecciones parlamentarias como en las municipales y provinciales.⁵⁸

Sin embargo, la realidad demográfica y política que llevó a los conservadores a establecer y beneficiarse del voto obligatorio no permaneció estática; en los siguientes años las migraciones campo-ciudad, el crecimiento poblacional de la costa sobre la sierra, el populismo, las propias divisiones del Partido Conservador y la transformación de la clase terrateniente en burguesía agraria, entre otros factores, determinaron su progresiva declinación electoral.⁵⁹

En una perspectiva más amplia, el sentido y las implicaciones del voto obligatorio fueron mucho más allá del simple cálculo de potenciales votos a favor de uno u otro partido. La obligatoriedad del voto contribuyó a aumentar los niveles de participación política ciudadana y legitimidad del Estado. En efecto, entre 1948 y 1960 el porcentaje de votantes se duplicó y se afianzó la estabilidad política y la vigencia del régimen constitucional.

⁵⁸ Enrique Ayala Mora, *Los partidos políticos en Ecuador: síntesis histórica*, Quito, Ediciones La Tierra, 1989.

⁵⁹ *Ibid.* (En 1951 se fracciona el conservadurismo y se funda el Movimiento Social Cristiano. En 1956 surge otro grupo de derecha: ARNE).

Los análisis históricos muestran que tal estabilidad se basó fundamentalmente en el auge bananero de esos años y en la nueva alianza entre burguesía, terratenientes y otros sectores, así como en complejos cambios demográficos y sociales. Sin embargo no se ha incluido y valorado suficientemente entre todos estos factores al voto obligatorio y otras innovaciones de la normatividad electoral, especialmente la representación de las minorías y la creación de organismos electorales independientes.

En efecto, la misma investigación histórica ha demostrado estadísticamente que en la primera mitad de este siglo se produjo un alto abstencionismo y que luego de las reformas electorales y especialmente del voto obligatorio tal abstencionismo disminuyó significativamente; según Rafael Quintero⁶⁰ en 1933 un 74% de inscritos no votaron, en 1948 tal porcentaje se redujo al 37%; de allí que este autor determine, por ejemplo, para 1940 un coeficiente de participación electoral de 3,3% que en 1948 subió al 9,5%. Aunque estos índices bajaron y subieron en años posteriores, no volverían nunca a registrar índices de abstencionismo tan bajos como los de los años treinta.

La estabilidad política vigente entre 1948 y 1960 se perdió durante los años sesenta e inicios de los setenta. La debacle económica y la polarización de las fuerzas políticas generaron la ruptura del régimen de derecho; los conflictos y alianzas entre burguesía mercantil e industrial, terratenientes, sectores medios, militares y sectores populares generaron una dinámica política que desbordó al sistema representativo, el cual solo en 1968 con la realización de nuevas elecciones presidenciales se reactivó temporalmente.

Las causas de esta crisis económica y política fueron fundamentalmente económicas: caída de las exportaciones de banano y café, consiguiente déficit de la balanza de pagos, inflación y devaluación; la crisis económica generó movilizaciones y protestas, clima en medio del cual en 1960 Velasco es elegido por tercera ocasión; en noviembre de 1961 al agudizarse la crisis es derrocado y asume el poder el vicepresidente Arosemena, el cual a su vez es depuesto en julio de

⁶⁰ Rafael Quintero, “Restricciones del régimen electoral a la participación de los sectores populares: el caso del Ecuador (1930-1978)”, en *Revista del IDIS*, No. 5, Cuenca, Universidad de Cuenca, 1978, pp. 107 y 109. En realidad, como ya lo expusimos, el voto femenino obligatorio había sido propuesto ya en 1946 especialmente por sectores de tendencia socialcristiana y discutida en el seno de la Asamblea de ese año, sin embargo en esa ocasión los representantes conservadores de mentalidad más tradicional se habían negado a aprobarla; 20 años después la progresiva incorporación social de la mujer, el avance de sus organizaciones, y los cambios culturales y políticos crearon condiciones favorables para que se establezca el voto femenino obligatorio.

1963 por una Junta Militar presidida por Ramón Castro Jijón; esta dictadura llega a su fin el 29 de marzo de 1966 en que un cónclave de notables elige Presidente Interino a Clemente Yerovi, quien convoca a la Asamblea Constituyente de 1967 en la que se expide una nueva Carta Política.

La Constitución de 1967 en su artículo 70 inciso segundo establece el voto obligatorio de la mujer; igualmente la Ley de Elecciones de 1968 establece en su artículo uno que “el sufragio es derecho deber y función de los ciudadanos ecuatorianos [...]” y en su artículo dos caracteriza al voto como “acto personal y obligatorio para los ciudadanos, hombres y mujeres”.

3. Bibliografía

- “Mensaje del Presidente Ayora a la Constituyente de 1929”, diario *El Comercio*, 10 de octubre de 1929.
- Albán, Ernesto, “Evolución del sistema Electoral Ecuatoriano”, en *Elecciones, Ideologías y problemas políticos*, Quito, Corporación Editora Nacional, 1994.
- Asamblea Nacional Constituyente 1946-1947, *Diario de debates*.
- Asamblea Nacional Constituyente de 1944, *Diario de Debates*.
- Asamblea Nacional de 1928-1929, *Diario de debates*.
- Ayala Mora, Enrique, *Lucha política y origen de los partidos en Ecuador*, Quito, Corporación Editora Nacional, 1988.
- , *Los partidos políticos en Ecuador: síntesis histórica*, Quito, Ediciones La Tierra, 1989.
- Convención Nacional de 1861, *Diario de debates*.
- Convención Nacional de 1883, *Diario de debates*.
- Convención Nacional de 1896-1897, *Diario de debates*.
- Decreto Supremo No. 68, del 19 de diciembre de 1895.
- Diario *El Comercio*, 11 de junio de 1924.
- Diario *El Telégrafo*, 2 de julio de 1924.
- Jijón y Caamaño, Jacinto, *Política Conservadora*, Quito, Corporación Editora Nacional–Banco Central del Ecuador, 1979.
- Linares Quintana, Segundo V., *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional Argentino y Comparado*, ts. I y VII, Buenos Aires, Editorial Alfa, 1953.
- Maiguashca, Juan y North, Liisa, “Orígenes y Significado del Velasquismo: lucha de clases y participación política en el Ecuador, 1920-1972”, en Rafael Quintero, ed., *La Cuestión Regional y el Poder*, Quito, Corporación Editora Nacional, 1991.
- Maiguashca, Juan, “La cuestión regional en la historia ecuatoriana (1830-1972)”,

- en Enrique Ayala Mora, ed., *Ensayos generales I: espacio, población, región*, Quito, Corporación Editora Nacional, 1990.
- Mosquera, Alejandro, “Del Derecho de Sufragio”, en *Revista de la Sociedad Jurídico Literaria*, tomo 2, Quito, Imprenta de la Universidad Central, 1903.
- Ots y Capdequí, José María, *El Estado Español en las Indias*, México, Fondo de Cultura Económica, 1986.
- Pareja, Alfredo, *Ecuador: la República de 1830 a nuestros días*, Quito, Editorial Universitaria, 1979.
- Quintero, Rafael, “Restricciones del régimen electoral a la participación de los sectores populares: el caso del Ecuador (1930-1978)”, en *Revista del IDIS*, No. 5, Cuenca, Universidad de Cuenca, 1978.
- Quintero, Rafael, *El Mito del Populismo en el Ecuador*, Quito, FLACSO, 1980.
- Romo Leroux, Ketty, *Situación jurídica y social de la mujer en el Ecuador*, Guayaquil, Departamento de Publicaciones de la Universidad de Guayaquil, 1975.
- Salgado, Hernán, “La Constitución de 1929 del Estado y el Reordenamiento Jurídico”, en *Revista Ruptura*, No. 29, Quito, Asociación Escuela de Derecho de la PUCE, 1985.
- Tigar, Michael y Levy, Madelaine, *El Derecho y el ascenso del capitalismo*, México, Siglo Veintiuno Editores, 1978.
- Tobar Donoso, Julio, “El Sufragio en el Ecuador”, en *Revista Ruptura*, No.1, Quito, Asociación Escuela de Derecho, 1949.
- Vera, Alfredo, *Anbelo y pasión de la democracia ecuatoriana*, Quito, Casa de la Cultura Ecuatoriana, 1948.
- Warat, Luis Alberto y Martino, Antonio Anselmo, *Lenguaje y Definición Jurídica*, Buenos Aires, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1973.

SECCIÓN II

Derechos Fundamentales

Inseguridad ciudadana y derechos humanos: Por la deconstrucción de un discurso securitista y hacia un nuevo derecho penal

Ramiro Ávila Santamaría

Sumario

1. Introducción. 2. La inseguridad ciudadana y la legitimación del poder punitivo. 3. La mirada de los derechos humanos. 4. Deconstrucción del discurso securitista. 4.1. La inseguridad ciudadana: una percepción perversa. 4.2. Todo conflicto social debe tener solución. 4.3. La solución de la violencia no puede ser reducida al tipo penal y a una persona. 4.4. El falso dilema eficiencia y garantismo. 4.5. El garantismo el único derecho que permite el estado constitucional de derechos. 4.6. El funcionalismo promueve normas y prácticas inconstitucionales. 4.7. La trampa del poder punitivo. 4.8. El poder punitivo nunca tutela derechos humanos violados. 5. ¿Un nuevo derecho penal? Lineamientos para la investigación penal crítica. 5.1. Derecho penal integral. 5.2. Derecho penal interdisciplinario. 5.3. Derecho penal reparador. 5.4. Derecho penal intercultural. 6. Conclusiones. 7. Bibliografía.

1. Introducción

El poder punitivo ha sido una de las características esenciales del estado nacional moderno y el derecho penal ha brindado justificaciones, no siempre satisfactorias, a su uso y permanencia. De igual modo, el poder punitivo se ha legitimado por las demandas sociales ante la inseguridad ciudadana e incluso por los requerimientos de grupos emancipatorios como un mecanismo para reivindicar derechos. Sin embargo, la realidad nos demuestra que el poder punitivo siempre es violento, arbitrario, no resuelve conflictos sociales y sobre todo es profundamente discriminatorio. Al parecer, al derecho penal y a los discursos legitimantes del poder punitivo no les interesa observar la realidad. En este divorcio entre derecho penal y su aplicación, existen seres humanos que sufren cotidianamente la crueldad del poder punitivo y que además son los peor situados en la sociedad. Urge, en este contexto, repensar al derecho penal y conviene plantearse algunas

preguntas: ¿Cuál es el discurso que sustenta un derecho penal que tiende a su expansión y cuál podría ser un discurso alternativo que le pueda resistir? ¿Puede el discurso de los derechos humanos brindar una posibilidad para transformar el poder punitivo o, al contrario, es un discurso más que lo legitima? ¿Puede existir un derecho penal distinto que se acerque hacia su reducción y camine hacia su abolición y qué características tendría?

Para contestar estas preguntas hemos dividido este ensayo en cuatro partes. En la primera, se abordará el tema real del incremento del fenómeno delictivo y los argumentos que sustentan la existencia y la expansión del poder punitivo. En la segunda, intentaremos mirar el fenómeno del poder punitivo a la luz de la doctrina de los derechos humanos. En la tercera, se pretenderá deconstruir los discursos legitimantes del poder punitivo. En la cuarta y última parte, delinearemos los ejes de un derecho penal propio de un estado constitucional que pone como centro y fin a los seres humanos y a sus derechos.

2. La inseguridad ciudadana y la legitimación del poder punitivo

Nadie puede negar que, en los últimos años, en Latinoamérica existe un aumento de los hechos delictivos.¹ Incluso se afirma que es la región más violenta del mundo.² También es cierto que nosotros mismos o personas cercanas han sido víctimas de actos violentos.

El fenómeno delictivo ha sido uno de los temas importantes dentro de las agendas de los medios de comunicación. No existe periódico ni canal de noticias que no tenga una sección que reporte sobre los incidentes delictivos. De alguna manera, todas las personas se sienten víctimas o potenciales víctimas de infracciones penales.

Ante esta creciente demanda por medidas para combatir la inseguridad, la clase política, particularmente la relacionada con sectores conservadores — aunque la izquierda no es la excepción —, han prometido “mano dura” para combatir la delincuencia. No hay país de Latinoamérica en el que el tema de seguridad, en las campañas presidenciales, no haya estado compitiendo con los problemas de desempleo y pobreza. Las promesas de campaña se han concretado

¹ Organización Panamericana de la Salud, “Informes anuales sobre el estado de la salud en las Américas”, en Mauricio Benito Durá, edit., *Sistemas penitenciarios y penas alternativas en Iberoamérica, Análisis a partir de la situación de la criminalidad y las políticas criminológicas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, p. 132; véase “Fundación Seguridad y Democracia”, en Mauricio Benito Durá, *op. cit.*, p. 141.

² Mauricio Benito Durá, *op. cit.*, p. 131.

en el aumento del presupuesto para seguridad y en las iniciativas de carácter legislativo. El primero se ha manifestado en el aumento del número de policías y de equipamiento; las segundas, se han encaminado a reformas y contrarreformas penales y procesales penales.

En la misma línea que la clase política —paradójicamente— movimientos emancipatorios, como las personas feministas (esencialistas), GLBTTIQ, niñas y adolescentes, ecologistas, migrantes promueven la utilización del derecho penal en sus luchas reivindicatorias. En unos casos proponiendo nuevos tipos penales (el acoso y el abuso sexual) y, en otros, aumentando considerablemente las penas (en la violación o trata de personas). Algunas personas activistas recurren a la imagen del poder simbólico del derecho penal. Se dice que al penalizar una conducta que se considera reproachable, se envía un mensaje claro a quienes utilizan su poder patriarcal, y se considera una conquista jurídica al pensar que el estado se movilizaría para combatir con severidad conductas violatorias de derechos.

La dimensión del problema delincencial se hace mayor si se consideran aspectos de la criminalidad contemporánea que han recibido difusión masiva para demandar de la comunidad internacional mayor seguridad global. La agenda global contra la delincuencia, promovida particularmente por los Estados Unidos, tiene entre sus puntos centrales: lucha contra las drogas, trata de personas, criminalidad organizada, lavado de dinero y terrorismo. En cuanto a este último aspecto, hay gente que piensa que hay un antes y después de los ataques del 11 de septiembre del 2001 en New York. El miedo al terrorismo tuvo dimensiones globales, que se manifestaron por medio de las guerras preventivas en Irak y en Afganistán y de un sinnúmero de controles que han restringido tanto la libertad de movimiento como la privacidad, bajo la premisa de que es necesario restringir ciertos derechos para combatir estos graves delitos.³

Estos hechos explican la expansión de poder punitivo en nuestra región, que se sustenta en consensos internacionales que obligan a los estados a adecuar sus sistemas jurídicos:⁴ los tipos penales se han multiplicado (medioambiente, drogas, lavado de activos, trata de personas, pornografía infantil...) y las penas

³ Véase Juan Ramón Capella, *Entrada en la barbarie*, Madrid, Editorial Trotta, 2007., pp. 207-214.

⁴ Véase, por ejemplo, Convenio sobre la ciberdelincuencia; Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas; Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional; Convención Internacional contra el Terrorismo; Convenio para la Represión de la Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena; Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire.

han aumentado en toda la región. De la mano de estas reformas, la reincidencia ha vuelto a estar en el orden del día y se ha determinado que sea una causal para la agravación penal y hasta para la imposición de la prisión preventiva.

En el aspecto procesal, los trámites penales se han modernizado, adoptando sistemas orales y modelos de gestión más eficientes. Para lograr sus fines, además, se han introducido instituciones propias del derecho anglosajón (*plea bargaining*), que se les ha denominado juicio abreviado o simplificado, que promueven la declaración del procesado para conseguir penas más rápidas y menos severas. La prisión preventiva, vistas las estadísticas regionales, en las que aparece que en promedio en más de la mitad de los casos se la dicta, es la regla.⁵ Se ha introducido excepciones para que algunos delitos sea obligatoria su imposición. Paralelamente, se ha introducido formas de investigación excepcional, del tipo agentes encubiertos y delaciones, que conducen a buscar verdades procesales a toda costa. Finalmente, se ha recurrido con frecuencia, por fenómenos delincuenciales, a estados de excepción, expandiendo de este modo el poder de la policía en la definición de las personas que entran al sistema penal.

La justificación para la expansión del poder punitivo no sólo es fáctica, mediática, política o normativa sino también teórica. La teoría penal que sustenta lo que se ha venido a conocer como funcionalismo penal o doctrina penal de la defensa social, no es nueva. Los argumentos los encontramos en el positivismo penal y conviene sintetizar sus principales postulados. El funcionalismo penal sostiene que hay dos tipos de personas en la sociedad: aquellos que ejercen sus derechos en el marco de la ley y otros, “los enemigos”, que violan la ley o pretenden violarla. A estos últimos se les puede privar de los derechos porque ellos han renunciado a vivir de forma civilizada. Los estados tienen el derecho de anular o eliminar a las personas que provocan daños graves.⁶ La exclusión mediante la privación de libertad (y en algunos casos la muerte o ejecución extrajudicial) es una forma efectiva de evitar que la persona vuelva a delinquir. El funcionalismo ha resucitado la teoría del peligrosismo, propia del positivismo penal, por el que se debe usar el derecho penal para prevenir infracciones por medio de medidas de seguridad contra las personas que, natural o socialmente, podrían cometer

⁵ Véase sobre las estadísticas del uso de la prisión preventiva en la región, Cristian Riego y Mauricio Duce (editores), *Prisión preventiva y reforma procesal penal en América Latina. Evaluación y perspectivas*, Santiago de Chile, CEJA-JSCA, 2008.

⁶ Este discurso, por ejemplo, lo ha manejado el Fiscal General del Ecuador: “Estamos frente a un estado de emergencia delictiva. El sistema garantista de protección tiene que aplicarse a la ciudadanía y no a los que cometen delitos” (Washington Pesántez), en diario *El Comercio*, “la seguridad es fracturada por los armados”, Quito, 1 enero 2010, p. 12.

infracciones. El análisis actuarial, propio del derecho de seguros que requiere de información estadística sobre los riesgos, es una de las aplicaciones de esta teoría. En los Estados Unidos, mediante cálculos actuariales, se determinan las zonas de riesgos criminales; de esta forma, ciertas zonas, normalmente marginales, se convierten en lugares de control penal preventivo.

En este contexto, no es difícil entender el porqué la gente común y corriente apueste a la violencia del estado como forma única y más efectiva para combatir la delincuencia, ni tampoco sea difícil apreciar una tendencia expansiva del poder punitivo del estado. Sin embargo, ¿tiene sentido seguir alimentando este sentido común⁷ y esta tendencia penal? ¿El discurso de los derechos humanos avala la expansión penal? Intentaremos mirar estos fenómenos desde la doctrina de los derechos humanos.

3. La mirada de los derechos humanos

La relación entre derecho penal y derechos humanos no es pacífica. Por un lado, (1) si se cumplen ciertas condiciones, el discurso de derechos humanos permite la aplicación del derecho penal. Por otro lado, (2) el ejercicio del poder punitivo siempre restringe, limita y muchas veces anula el ejercicio de los derechos humanos. Es decir, los derechos humanos gravemente lesionados pueden ser “protegidos” por el derecho penal y, al mismo tiempo, los derechos humanos pueden ser gravemente lesionados por el uso del derecho penal. En el ámbito penal se disputan el derecho a la tutela efectiva de las víctimas y el derecho al debido proceso de los supuestos victimarios. Desarrollemos cada una de estas posturas.

(1) Sin duda, el discurso de los derechos humanos podría legitimar no sólo al sistema penal sino también su expansión. Por un lado, (a) el sistema de protección de derechos promueve la tipificación de ciertas violaciones de derechos humanos, y (b) establece condiciones para la imposición de penas. Por otro lado, (c) en la misma línea, las Constituciones contemporáneas dibujan las líneas que configuran el poder punitivo del estado.

(a) Existen instrumentos jurídicos internacionales que directamente

⁷ Sobre el sentido común y el complejo artefacto cultural alrededor de la cuestión criminal, véase Ignacio Tedesco, “Hacia la civilización del Derecho Penal”, en Anitua, Gabriel y Tedesco, Ignacio, *La cultura penal. Homenaje al profesor Edmundo S. Hendler*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2009, p. 576.

disponen la tipificación de delitos. Por ejemplo, la Convención contra la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes determina que “Todo estado parte velará porque todos los actos de tortura constituyan delitos conforme a su legislación penal”.⁸ En la Convención para prevenir y sancionar el delito de genocidio se establece que las Partes se comprometen a “establecer sanciones penales eficaces para castigar a las personas culpables de genocidio”.⁹ El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, de igual modo, hace un llamado para que los estados ejerzan su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales, que constituyen una amenaza para la paz, seguridad y bienestar de la humanidad.¹⁰ Esto por mencionar algunos instrumentos, lo importante es destacar que la lucha por los derechos humanos también implica el uso del derecho penal.

(b) Los instrumentos generales de derechos humanos, como la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, reconocen la capacidad punitiva del estado y le ponen condiciones. Así, por ejemplo, el Pacto de San José determina que toda persona inculpada de un delito tiene derecho, en plena igualdad, a que se presuma su inocencia, a la defensa, a recurrir, a no inculparse, entre otras.¹¹ Semejantes garantías se establecen a nivel del instrumento pertinente de Naciones Unidas.¹²

(c) Por su parte, las Constituciones contemporáneas tienen una parte que se denomina “dogmática”, en las que encontramos las garantías al debido proceso en lo penal, proporcionalidad de las penas y hasta finalidad del sistema penal. Incluso, como es el caso de la Constitución ecuatoriana, encontramos mandatos de tipificación con relación a graves violaciones a los derechos humanos.¹³ En la parte orgánica podemos encontrar también lineamientos en relación

⁸ Convención contra la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, Art. 4.

⁹ Convención para prevenir y sancionar el delito de genocidio, Art. V.

¹⁰ Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Preámbulo.

¹¹ Convención Americana de Derechos Humanos, Art. 8 (2).

¹² Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Art. 14 (3).

¹³ Constitución del Ecuador, 2008, Art. 80: “Las acciones y penas por delitos de genocidio, lesa humanidad, crímenes de guerra, desaparición forzada de personas o crímenes de agresión a un Estado serán imprescriptibles. Ninguno de estos casos será susceptible de amnistía. El hecho de que una de estas infracciones haya sido cometida por un subordinado no eximirá de responsabilidad penal al superior que ordenó ni al subordinado que la ejecutó”.

con la función judicial, fiscalía, defensa pública y la organicidad relacionada con la ejecución de penas.

El derecho penal está, en pocas palabras, legitimado por el derecho internacional de los derechos humanos y también por el derecho constitucional. Sin embargo, dicha legitimación es condicionada. En primer lugar, existe reserva de ley para toda regulación de carácter penal. En segundo lugar, los derechos humanos son intrínsecamente normas limitadoras de todo poder. Desde esta perspectiva, el derecho penal no admite regulación a nivel reglamentario (además atentaría contra el principio de legalidad), que es una garantía formal, ni tampoco puede ser maximalista, que es una garantía sustantiva.

(2) El derecho, en general, restringe y limita derechos cuando regula las relaciones humanas. En el ámbito civil se restringe el derecho a la propiedad; por ejemplo, cuando se incumple un contrato, una jueza o juez puede ordenar una garantía que puede significar la restricción del ejercicio de algún derecho de propiedad. En el ámbito penal, la situación suele ser más dramática, porque se puede restringir la libertad personal y muchos derechos más relacionados con la libertad, que son severamente amenazados en regímenes de encierro, y que a veces ni siquiera constan como penas en las leyes de la materia.

No puede dejar de mencionarse, además, la comparación entre la cantidad de delitos cometidos por funcionarios de estado y por delincuentes comunes. De largo, el dolor humano provocado por agentes de estado es mayor. Todos los genocidios, guerras entre países (y sus variaciones tales como guerra al comunismo, guerra al narcotráfico y guerra contra la delincuencia) han sido propiciados o tolerados por el estado. Nadie ha ejecutado, desaparecido, torturado, detenido ilegalmente como lo ha hecho el estado o quienes operan con su aquiescencia. La historia de la humanidad demuestra, en todos los períodos, que quien tiene el poder y las armas debe estar rigurosamente limitado por el derecho.

Frente a esta constatación, no nos podemos quedar con la idea de que el discurso de derechos humanos permite la creación y la aplicación del derecho penal. Siempre tenemos que recordar que el discurso de los derechos humanos podría ser utilizado tanto para legitimar el sistema penal como para deslegitimarlo. La tendencia actual es utilizarlo para lo primero. Conviene, como sugiere el profesor Boaventura de Souza Santos, estar siempre alertas y tener una posición crítica frente al potente discurso de los derechos humanos, que pueden controlar o pueden emancipar.¹⁴ Desde el control, el discurso de los derechos

¹⁴ De Sousa Santos, Boaventura, *La globalización del derecho, los nuevos caminos de la*

humanos expande el poder punitivo. Desde la emancipación, el discurso de los derechos humanos tiene que encaminarse a diseñar técnicas de contención de un poder inmanentemente violador de derechos, hacerlas vinculantes y eficaces para lograr dos fases en la evolución del derecho penal: la una, minimizar al máximo su utilización y, la otra, abolirlo.

Esta es precisamente la perspectiva que debe prevalecer cuando uno mira al derecho penal. Con esta mirada, intentaremos deconstruir el discurso penal securitista o maximalista.

4. Deconstrucción del discurso securitista

Los discursos crean realidades. No son sólo palabras los postulados que sustentan el funcionalismo penal. Tampoco son sólo palabras los textos prescriptivos que constan en el derecho penal. La teoría que fundamentan las leyes penales, y éstas que generan competencias a agencias punitivas del estado, llenan las cárceles con personas de carne y hueso que sufren las consecuencias de una teoría, de una ley y de una autoridad que ordenó su privación de libertad. Por ello, al discurso hay que combatir con discursos alternativos que, a su vez, sustenten leyes ponderadas y que restrinjan los poderes discrecionales de las autoridades que tienen la potestad de encerrar a alguien. Conviene, entonces, deconstruir todos y cada uno de los postulados que sustentan la expansión del poder punitivo.

4.1. La inseguridad ciudadana: una percepción perversa

De la mano del aumento de la criminalidad, los medios de comunicación han magnificado la realidad al punto de que las personas creen que existen más delitos de los que realmente existen.¹⁵ La distorsión es tan grande que quienes perciben ser las personas más vulnerables, no lo son, y quienes creen estar en situaciones de mayor seguridad, son más proclives a ser víctimas de infracciones.¹⁶ En este sentido, las mujeres creen estar más expuestas a la criminalidad y estadísticamente son las personas que menos sufren por el cometimiento de delitos; por el contrario, los hombres jóvenes son numéricamente más víctimas que otros

regulación y la emancipación, Bogotá, ILSA, 2002, p. 211.

¹⁵ Sobre la percepción ciudadana en los medios de comunicación en la región, véase <http://es.wordpress.com/tag/percepcion-de-inseguridad/>, 02/02/2010.

¹⁶ Massimo Pavarini, “Por una política democrática de “nueva prevención”, en *Castigar al enemigo, Criminalidad, exclusión e inseguridad*, Quito, FLACSO/Crearimagen, 2009, p. 259.

grupos poblacionales y se perciben como menos expuestos a la criminalidad.¹⁷ De igual modo, por la cobertura de la prensa, que semanalmente nos reportan los éxitos policíacos en la lucha contra las drogas, y por la población carcelaria existente, particularmente en los centros de privación de libertad femeninos, uno podría pensar que uno de los problemas más graves por los que atraviesa nuestra región es el del comercio y consumo de drogas. Sin embargo, cuando uno mira a su alrededor encuentra que quienes consumen drogas son personas normalmente aceptadas socialmente que, además, no generan inseguridad. El consumo de drogas en la región es relativamente bajo y no está dentro de las grandes preocupaciones de la ciudadanía.

Desde una perspectiva crítica, a través de los medios se distribuye artificialmente las inmunidades y las responsabilidades penales del mismo modo como se distribuye la riqueza.¹⁸ Resulta que los medios difunden un estereotipo de criminal, relacionados con la delincuencia bagatela o con la criminalidad organizada, estigmatizada (drogas, guerrillas, trata de personas), que esconde la criminalidad que cometen las personas que tienen poder económico o político; de hecho, no existe estereotipo para este tipo de criminales.¹⁹ La tutela por la seguridad de un grupo poblacional es, en la práctica, inversamente proporcional a la falta de tutela de otros grupos marginados de la sociedad. La política criminal y los códigos penales se construyen a partir de las percepciones de un grupo de interés y que operan contra un grupo mayoritario de personas en situación de vulnerabilidad.

Oscar Vilhena sostiene que las personas más pobres, tanto en sentido material como político (al estar lejanos de toda influencia en las decisiones que toma un estado), son invisibles o demonizados. Invisibles en tanto su marginalidad no despierta el más mínimo sentimiento de compasión o solidaridad y que, en consecuencia, no figuran como destinatarios de servicios públicos. De estos invisibles, cuando ejercen violencia contra la gente, se convierten en

¹⁷ Enrique Gomáriz, “Violencia y castigo desde una perspectiva integral”, en *Revista Nueva Sociedad*, N. 208, marzo-abril de 2007, p. 135.

¹⁸ Massimo Pavarini, “Seguridad frente al delito y gobierno de la ciudad”, en *Castigar al enemigo, Criminalidad, exclusión e inseguridad*, Quito, FLACSO/Crearimagen, 2009, p. 220.

¹⁹ En un documental de Michael Moore, *Roger and Me*, en una escena este director pregunta a un policía sobre cómo son los delincuentes y éste le describe al típico delincuente que uno proyecta desde el sentido común; cuando le pregunta sobre el estereotipo del delincuente de cuello blanco, el policía simplemente no pudo responder porque seguramente no tenía estereotipo.

demonizados, dejan de tener imagen humana, se les aplica el poder punitivo, se los puede torturar, encerrar y hasta matar. Si alguien de la sociedad inflige daño a una persona demonizada queda legitimado y además inmune.²⁰

La percepción es perversa. Por un lado, demanda intervención policial y penal para proteger a las personas que se consideran honradas y que se benefician del *statu quo*; por otro lado, perdona a quien viola derechos humanos de los clasificados como delincuentes por el sentido común. La primera es víctima de la violencia social y la segunda no es víctima de la violencia estatal. A una persona le roban a mano armada en la calle un teléfono móvil, y se la considera víctima, y el hecho es una demostración de la inseguridad ciudadana. Le detienen al ladrón, le suben a patadas al auto de policía, le juzgan sumariamente o le ponen indefinidamente en prisión preventiva, y esta persona no es considerada víctima y este hecho es la forma de proporcionar seguridad. Sin negar que al primer fenómeno haya que abordarlo y darle soluciones concretas, eso no justifica que pueda dejar de llamarse violencia también cuando el sistema penal viola derechos.

La esquizofrenia generada y promovida por los medios de comunicación debe ser enfrentada y evitada. No cabe en sociedades democráticas que se reconozcan derechos de unos y se despojen los derechos de otros. A la postre, esta visión sesgada reproduce la violencia y no resuelve conflicto alguno. De lo que se trata, al final, es de conflictos sociales indeseables, que deben encontrar solución fuera del derecho penal.

4.2. Todo conflicto social debe tener solución

Toda conducta que constituya una infracción penal es un conflicto social, pero no todo conflicto social debe ser penalizado. Para diferenciar estas dos situaciones se ha dicho que todo conflicto que no puede ser resuelto, debe ser penalizado; y si el conflicto puede ser resuelto, debe ser solucionado mediante el derecho civil, administrativo o constitucional. Por ello, el derecho penal es de *ultima ratio*. Este argumento ha sido esgrimido por muchos juristas progresistas para reducir al máximo el espectro de infracciones penales. Sin embargo, esta entrada siendo loable, no ha tenido el efecto deseado.

Esta distinción doctrinaria, además, en la práctica es artificial. En el catálogo de infracciones penales encontramos conductas que son evidentemente solucionables, como aquellas relacionadas con los delitos contra la propiedad o

²⁰ Oscar Vilhena Vieira, "Desigualdad y Estado de Derecho", en *Sur Revista Internacional de derechos humanos*, N. 6, Año 4, Sao Paulo, p. 44.

aquellas que son consecuencias de faltas administrativas (tomarse calles sin autorización, portar armas sin permiso, explotar recursos naturales sin los requisitos de ley, no pagar impuestos debidos). La propiedad —recordemos— es disponible por el dueño y puede ser usada por el poseedor; en consecuencia, nada impide que los delitos contra la propiedad sean solucionables por la mera voluntad de la víctima. Las infracciones por incumplimiento de deberes administrativos pueden solucionarse a través de medios coercitivos distintos al penal, como puede ser la multa o la suspensión de la actividad productiva en la que se produjo el fraude.

Por otro lado, a esta conclusión se puede llegar apreciando la forma como resuelven los conflictos con relevancia penal las comunidades indígenas,²¹ todo conflicto podría tener solución no penal. Si aprendemos de la justicia indígena, podríamos apreciar que delitos contra la vida tienen sanciones más pragmáticas y menos dolorosas que la cárcel. A una viuda, por ejemplo, le interesará más una pensión vitalicia que el victimario pase veinte años en una cárcel. La pena excluye o elimina, como pretenden los funcionalistas, o genera cohesión e inclusión. Conviene, en ese camino para minimizar y abolir el derecho penal, ampliar nuestros horizontes de comprensión de los conflictos sociales para usar más cautelosamente o no usar el derecho penal.

En la práctica, el conflicto social con la intervención penal no se resuelve con una sentencia sino que se transforma en otro conflicto y más agravado.²² Si con el cometimiento de un hecho considerado delictivo se violó un derecho, con la respuesta punitiva se menoscaban múltiples derechos de la persona victimaria y de sus seres cercanos, aunque formalmente se sostenga que la pena es individual y que se deben restringir solamente aquellos derechos taxativamente determinados en la ley. Enumeremos algunos derechos vulnerados: (1) la autonomía de la voluntad y la libertad para contratar; (2) la intimidad; (3) la convivencia familiar; (4) la seguridad personal; (5) el acceso a servicios básicos; (6) la libertad sexual; (7) el libre desarrollo de la personalidad; (8) los derechos sociales; (9) el derecho a vivir en un medio libre de violencia; (10) el derecho a la integridad física (tortura y lesiones graves) y sexual (se obliga a las personas

²¹ Un estudio ejemplar sobre la inutilidad de la pena en el derecho ordinario y la influencia perniciosa de los medios de comunicación se puede encontrar en Guillermo Padilla, “La historia de Chico. Sucesos en torno al pluralismo jurídico en Guatemala, un país mayoritariamente indígena”, en Rudolf Huber y otros, *Hacia sistemas jurídicos plurales. Reflexiones y experiencias de coordinación entre el derecho estatal y el derecho indígena*, Bogotá, Konrad Anenauer Stiftung, 2008, pp. 151 y ss.

²² Alberto Binder, “Poder, violencia y conflicto”, en *Introducción al derecho penal*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2004, pp. 17-32.

a tener relaciones homosexuales) y la lista puede continuar. Por otro lado, nada más lejano que afirmar que la pena es individual; la sufren la pareja, los hijos e hijas, la madre, el padre, los amigos.²³

Así como el sentido común suele apostar por el uso y el abuso del derecho penal para solucionar el problema de la seguridad ciudadana, también suele paradójicamente afirmar que las cárceles son una escuela para el crimen. Baratta sostiene que se cumplen dos objetivos en un régimen de encierro: se aprende a ser un buen criminal frente a la sociedad y un buen detenido frente a las autoridades penitenciarias.²⁴ Si entendemos al crimen como un hecho violento que debe ser combatido, entonces el sentido común en este aspecto acierta. La única forma de soportar el encierro es aprendiendo formas violentas de sobrevivencia o consumiendo sustancias estupefacientes para evadir su realidad. La consecuencia es que las personas en el encierro se tornan más violentas y corren el riesgo de caer en una adicción. Mientras más tiempo encerradas, más agudos los problemas personas. Esta persona, tarde o temprano, tiene que salir de la cárcel. Fuera de la cárcel encontramos a una persona más violenta que no hará otra cosa que reproducir la violencia aprehendida en el encierro. Al final, como quedó dicho, el conflicto no sólo que no se resolvió sino que se agravó.

4.3. La solución de la violencia no puede ser reducida al tipo penal y a una persona

Dos consecuencias fatales de la apuesta por el funcionalismo o maximalismo penal. La una se relaciona con (1) la reducción del problema de la seguridad ciudadana al delito; la otra con (2) la inutilidad del derecho penal como herramienta de abordamiento de un problema social.

(1) El problema de la seguridad ciudadana es plural, multiforme y polisémico,²⁵ en el que intervienen múltiples actores, públicos y privados, tiene innumerables formas y se manifiesta mediante múltiples espacios (medios de comunicación, familia, estado, trabajo, escuela, calle). Reducir el problema sólo a la violencia definida por la ley penal, a una forma judicial y a una explicación

²³ Mathiesen Thomas, *Juicio a la prisión*, Buenos Aires, Ediar, 2003.

²⁴ Alessandro Baratta, "Cárcel y marginalidad social", en *Criminología crítica y crítica al derecho penal. Introducción a la sociología jurídico penal*, Buenos Aires, Siglo del Hombre Editores, 2004, p. 195.

²⁵ Fernando Carrión, Jenny Pontón y Blanca Armijos, *120 estrategias y 36 experiencias de seguridad ciudadana*, Quito, FLACSO, p. 10.

jurídica (cometimiento de una infracción penal), no es adecuado porque no comprende la complejidad del fenómeno. No está por demás decir que hay violencias que ni siquiera son definidas por el Código Penal, como la violencia emocional entre parejas o padres e hijos.

La psicología sistémica suele afirmar, cuando hay un problema de violencia intrafamiliar, que el victimario y la víctima son los actores identificados. Esto quiere decir que hay otros actores que los miembros de la familia invisibilizan, encubren o absuelven y que son considerados como si no fueran parte del problema. Desde una perspectiva de sistemas, todos los miembros de la familia tienen parte de la responsabilidad y también son parte de la solución; en otras palabras, todos son de alguna manera responsables y también víctimas. Abordar el problema desde los actores identificados, no resuelve problema alguno y es muy probable que se vuelva a repetir la conducta indeseada.

Lo mismo puede predicarse de la violencia social. El problema no es sólo de la víctima y el victimario, sino que es un problema mayor y más complejo. El derecho penal, por el concepto de culpabilidad y de personalidad de la pena, debe individualizar al responsable y suele invisibilizar a la víctima, que se convierte en un mero dato probatorio y con suerte en un sujeto procesal. El proceso penal es una especie de abstracción de la realidad y con categorías difíciles de entender transforma al conflicto social en un delito, al actor identificado en un “procesado” y luego “condenado”, a la víctima en un elemento de prueba. El contexto social, el pasado, las condiciones de vida, la interrelación con la víctima son secundarios y la mayor de las veces irrelevantes.

Desde una perspectiva sistémica, que nunca puede ser conciliada con el derecho penal, todos somos de alguna manera responsables. Remotamente cada uno de nosotros al tolerar una sociedad que mantiene y refuerza la exclusión social, el estado al no promover una organización social inclusiva, la familia y un montón de seres que hicieron o dejaron de hacer lo adecuado. Esta perspectiva, por supuesto, nos lleva al campo de las políticas sociales y al de la corresponsabilidad en los derechos de las personas.

Roberto Gargarella analiza esta situación en un maravilloso libro que es sugerente desde su título, *De la injusticia penal a la justicia social*,²⁶ en el cual afirma que el derecho penal adolece de legitimidad al operar contra seres humanos a quienes se les ha privado de los servicios públicos más elementales y luego se les exige respeto a derechos, como el de propiedad, que nunca se les permitió ejercer.

²⁶ Roberto Gargarella, *De la injusticia penal a la justicia social*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores/Universidad de los Andes, 2008.

(2) La supuesta y única solución al problema definido por el derecho penal es el encierro de una persona. Miremos ligeramente esta solución mágica y simbólica. El derecho penal es por esencia represivo y no reparador. De entrada, la víctima no tiene cabida. Al derecho represivo le interesa exclusivamente la persona responsable de una infracción definida como penal; contra esta el proceso penal y con esta las garantías del debido proceso; para esta, la pena que es personalísima. Resulta que uno de los actores del conflicto, la víctima, además quien sufrió la violación a sus derechos, es irrelevante y puede no intervenir. El daño ocasionado por el delito no se repara porque no es objeto del proceso ni de la condena. Si alguien cree que el problema se resuelve con el encierro del condenado, se engaña a sí mismo. El objeto robado puede no ser devuelto, la persona violada puede seguir con su trauma emocional, la torturada puede seguir con la lesión irreversible, el familiar sobreviviente sigue con su duelo independientemente del resultado del juicio penal, y así podríamos enumerar víctimas que, con suerte y mucha dificultad, apenas lograrán una indemnización de daños y perjuicios. El protagonista pasivo del conflicto no tiene beneficio de la solución penal ofrecida por el sistema de justicia.

Ahora veamos del lado del procesado y condenado, protagonista activo de la infracción penal. ¿Qué pasa con la persona durante su encierro, mientras la sociedad calma su sed de seguridad ciudadana? Hay muchas fuentes para saber la suerte de las personas presas. Una a la que me gusta recurrir, es la literatura. No es exagerado el juez Cançado Trinidad cuando compara el caso Tibi con exquisitas novelas y escritos que tratan sobre la cárcel.²⁷ Otra fuente es la investigación social²⁸ y las historias de vida.²⁹ Pero hay otros informes, con más autoridad normativa, que también, con otro estilo, dicen lo mismo, como los informes de los sistemas de protección de derechos o las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.³⁰ Lo cierto es que hay más de un estudio

²⁷ Franz Kafka, *El proceso*; Antonio Gramsci, *Cartas de la cárcel*; Oscar Wilde, *De Profundis*; Albert Camus, *El extranjero*; Fëdor Dostoievski, *Recuerdos de la Casa de los Muertos* (1862) en Cançado Trinidad, “Voto Razonado”, Caso Tibi contra Ecuador (2004), párrs. 1-8.

²⁸ Véase Elías Carranza, coord., *Justicia penal y sobrepoblación penitenciaria. Respuestas Posibles*, México, Siglo Veintiuno Editores/ILANUD, 2a. ed., 2007.

²⁹ Véase Gilbert Dufour, *Sospechas en Ecuador. Infernal injusticia*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos/Editorial Trama, 2009.

³⁰ Véase Corte IDH. Caso del Penal Miguel Castro Castro vs Perú. Sentencia de 2 de agosto de 2008, Corte IDH. Caso “Instituto de Reeducción del Menor” vs Paraguay. Sentencia de 2 de septiembre de 2004, Corte IDH. Caso Caesar vs Trinidad y Tobago. Sentencia 11 de marzo de 2005, Corte IDH. Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs Venezuela. Sentencia de 5 de julio de 2006, Corte IDH. Caso de la “Panel Blanca” (Paniagua Morales

que determina los efectos alienantes de la privación de la libertad, que se agravan mientras más severas son las penas y prolongados los encierros. La cárcel genera daños físicos y trastornos emocionales, tales como soledad, depresión, ansiedad, afectación a la autoestima y distorsiones en la identidad.³¹ El profesor Baratta afirma que científicamente se ha demostrado que la cárcel no tiene efectos positivos en el encerrado, sino más bien que estabiliza y profundiza lo que se considera como criminalidad.³² En suma, nada aleja más de la figura de ciudadano que la personalidad que se adquiere en el encierro.

Hay otro indicador para medir la eficacia de la cárcel y es la reincidencia. La reincidencia para el funcionalismo es la demostración de la peligrosidad del individuo y, en consecuencia, la justificación para afilar los dientes del sistema penal. En cambio, para el garantismo, la reincidencia es la demostración del fracaso del sistema penal. La persona definitivamente no se rehabilita y hace en libertad exactamente lo que aprendió en el encierro. La persona devuelve la violencia que aprendió privado de libertad. Desde la perspectiva jurídica garantista, la reincidencia es una regresión del positivismo jurídico. El cumplimiento de la pena debe cancelar el delito y la persona recupera su estado de inocencia. Resulta inconsistente, desde el derecho penal de acto, agravar una pena u obligar a una prisión preventiva, valorar un hecho ya sancionado, superado y castigar dos veces por un hecho pasado.³³

Al final, todos pierden, procesado, víctima y sociedad. La pena de privación de libertad, desde cualquier punto de vista, es inútil.³⁴ Por ello conviene replantearse las soluciones jurídicas a las violaciones de los derechos. El profesor Owen Fiss sugiere cambiar el esquema de lucha litigiosa que busca la represión por una que encuentra la reparación. En esta segunda forma de entender la justicia, la víctima es protagonista y la solución es útil.³⁵ Esta propuesta

y otros) vs Guatemala. Sentencia de 8 de marzo de 1998, Corte IDH. Caso Tibi vs Ecuador. Sentencia de 7 de septiembre de 2004.

³¹ Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 7a. ed., 2005, p. 414. Véase, sobre los sustentos que tiene Ferrajoli para sostener que la pena para los delitos más graves no puede ser mayor a 10 años, el pie de página No. 179, que consta en la p. 455.

³² Alessandro Baratta, “Cárcel y marginalidad social”, *op. cit.*, p. 194.

³³ Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón...*, *op. cit.*, p. 507.

³⁴ Véase Marta Nercellas, “Desigualdades en la balanza socioeconómica y sistema penal”, en Gabriel Anitua e Ignacio Tedesco, *La cultura penal. Homenaje al profesor Edmundo S. Hendler*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2009, pp. 462 y 467.

³⁵ Véase Owen Fiss, “The forms of Justice”, en *The Law, as it could be*, Nueva York, New York University Press, 2003, pp. 1-47.

no es una locura, en particular cuando cada vez más las acciones de protección de derechos de carácter constitucional, abren sus puertas a los conflictos entre personas privadas cuando una de ellas ejerce algún tipo de poder que somete o discrimina, como es el caso de los delitos. Esta vía sin duda se abrirá cuando la sociedad y los jueces y juezas dejen de pensar que cada vez que hay un delito, debe de haber un ser humano encerrado.

4.4. El falso dilema eficiencia y garantismo

Ninguno de los países de la región es ajeno a reformas que han privilegiado la eficiencia a la garantía de derechos, como si este fuese un dilema real e inevitable. Los eficientistas sostienen que para combatir la inseguridad y la impunidad hay que obtener sentencias rápidas y ejemplificadoras. Es como una carrera en la que gana el que llega más rápido. Se dice, en cambio, que los garantistas protegen a los delincuentes y que se les ha reconocido tantos derechos que nunca se provoca una condena y todos acaban saliendo pronto de las cárceles. Este es el dilema puesto en el tapete. El dilema, tal como se plantea, se resume en una opción política: condenar a todo culpable aun a costa de condenar a un inocente, o evitar la condena de un inocente, aun a costa de absolver a un culpable. La tendencia en Latinoamérica parece que apostar por la primera opción, que se manifiesta en dos instituciones, el juicio abreviado y la prisión preventiva, que producen dos realidades que son manifiestamente violatorias a derechos humanos: (1) el juicio sin proceso, y (2) la pena sin condena.

(1) El juicio sin proceso, conocido como juicio abreviado o simplificado (en el sistema anglosajón a esta institución se le conoce como *plea bargainig*).³⁶ El juicio abreviado rompe y viola todas las garantías del debido proceso conquistadas en más de doscientos años de derecho penal liberal. Ahora se puede condenar en un juicio sumario, se admite la famosa máxima que era propia del derecho civil: “a confesión de parte, relevo de prueba”, se atenta contra el principio que fue la principal arma contra la tortura en el proceso, que es la prohibición de autoinculpación.³⁷

³⁶ El 95% de las causas en los Estados Unidos se tramitan mediante el *plea bargainig*, que en la práctica significa que la mayoría de las personas juzgadas en este país no gozan del derecho a ser condenadas después de un juicio. Véase John H. Langbein, “Tortura y plea bargaining”, Maier, Julio B.J. y Bovino, Alberto, comp., *El procedimiento abreviado*, Buenos Aires, Del Puerto Editores, 2005.

³⁷ Véase Julio B.J. Maier y Alberto Bovino, comp., *El procedimiento abreviado*, op. cit.

(2) La pena sin condena, que es la prisión preventiva utilizada como regla, que se sustenta en tres requisitos que gozan del consenso doctrinario entre procesalistas penales y que, desde un discurso crítico a partir de los derechos humanos, son fácilmente deslegitimados. El primer requisito es que tiene que haber supuestos materiales para dictarla, esto es que tiene que haber suficientes elementos de prueba para sostener que existió la infracción y que la persona es la responsable. El estándar es tan alto, que realmente se debe tener elementos para condenar a una persona y esto sólo se consigue con una investigación seria y adversarial. ¿Por qué no juzgarla en lugar de mantenerla procesada? En la práctica es una mera formalidad la fórmula para dictarla y basta la noticia del crimen o un parte policial.

El segundo requisito tiene que ver con la posible obstrucción de la investigación por parte del procesado. Dos comentarios. Nada pone en mayor desventaja de defensa que quitando las posibilidades de actuación. Es como si un partido de fútbol, para evitar que se cometan faltas, se juegue con los futbolistas en la banca. Además, ¿qué hace pensar que el fiscal no obstruya o altere los elementos de prueba para obtener una acusación sustentada en datos falsos? En estos casos, ¿por qué no encerrar al fiscal? Así —ambas partes en el proceso (encerradas o en libertad)—, se conseguiría una auténtica igualdad de armas.

Finalmente, el peligro de fuga. Estoy seguro —y esto sólo se puede afirmar a partir de lo que sucede en los juicios no penales— que la fuga se produce no tanto porque la pena pueda ser grave, sino porque existe la certeza de que hay encierro preventivo. El temor de la cárcel durante el proceso es lo que motiva la fuga.³⁸ Si la regla absoluta fuese la libertad, las personas comparecerían a juicio y se defenderían de forma intensa. Además, tanto en este requisito como en el anterior, a la persona se le priva de la libertad por un hecho que no ha sucedido (alteración de pruebas o fuga) y que es imposible demostrarlo. Siempre se presumirá y esa presunción es contraria a la de inocencia, que pregonan la Constituciones y los tratados de derechos humanos.

Este fenómeno contemporáneo ha sido considerado por el maestro Zaffaroni como “el capítulo más triste de la actualidad latinoamericana y el más

³⁸ Hay una institución que se denomina la “necesidad de cautela”, por la que se exige prueba para demostrar el arraigo y no dictar la prisión preventiva. Esta institución es perversa, porque sólo una minoría, que es la que puede demostrar que tienen familia, trabajo y domicilio fijo, se beneficiaría de esta figura, cuando es sabido que la gran mayoría de presos son población marginada, y no tiene familia, es desempleado y no tiene vivienda. Véase Diego Zalamea, “Reporte del Estado de la Prisión Preventiva en Ecuador”, en Cristian Riego y Mauricio Duce, edit., *Prisión preventiva...*, op. cit., p. 311.

deplorable de toda la historia de la legislación penal en la región, en que políticos intimidados por la amenaza de una publicidad negativa provocan el mayor caos legal autoritario, incomprensible e irracional”.³⁹

En suma, el eficientismo en la práctica no es otra cosa que una máscara que esconde violencia cruda y dura contra las personas procesadas. No se puede tolerar que un problema de violencia se resuelva con la restricción de derechos, que es otra forma de ejercer violencia. Desde el análisis constitucional y de los derechos, como afirma el profesor Maier, la respuesta es clara y la discusión debería estar cerrada, sin embargo el funcionalismo gana la partida.⁴⁰

4.5. El garantismo. el único derecho que permite el estado constitucional de derechos

El garantismo tiene sustento jurídico en las constituciones conocidas como fuertemente materializadas por la incorporación de múltiples derechos de las personas y colectividades. Los derechos establecen vínculos y límites al Estado. Por los vínculos, el Estado tiene obligaciones prestacionales, tales como establecer judicaturas con suficiente número de servidores judiciales adecuadamente capacitados; por los límites, el Estado tiene prohibiciones específicas que no puede romper a menos que incurra en graves violaciones a los derechos humanos, tales como torturar, no sancionar sin un debido proceso, no discriminar. El maestro Ferrajoli sostiene de manera categórica que el único modelo de derecho penal que el Estado Constitucional demanda se llama “garantismo penal”, entendiéndolo como “un modelo de derecho fundado sobre la rígida subordinación a la Constitución y la ley de todos los poderes y sobre los vínculos impuestos a éstos para garantía de los derechos consagrados en las constituciones”.⁴¹ Por este modelo, se distinguen tres tipos de garantías: las sustanciales, las procesales y las orgánicas.⁴² El garantismo penal permite

³⁹ Eugenio Raúl Zaffaroni, *El enemigo en el derecho penal*, Bogotá, Ibañez, 2006, p. 103.

⁴⁰ Julio B. Maier, “La privación de libertad durante el procedimiento penal. El encarcelamiento preventivo hoy”, en Gabriel Anitua e Ignacio Tedesco, coord., *La cultura penal. Homenaje al profesor Edmundo S. Hendler*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2009, p. 405.

⁴¹ Luigi Ferrajoli, *Derecho Penal mínimo y otros ensayos*, Aguascalientes, Comisión Estatal de Derechos Humanos de Aguascalientes, 2008, p. 27.

⁴² Garantías sustanciales: principio de estricta legalidad, taxatividad, lesividad, materialidad y culpabilidad; garantías procesales: contradictoriedad, paridad entre acusación y defensa, estricta separación entre acusación y juez, presunción de inocencia, carga acusatoria de la prueba, oralidad, publicidad; garantías orgánicas: independencia interna y externa de los

brindar una justificación a la existencia del derecho penal, al regular y minimizar la violencia punitiva; al establecer el parámetro de legitimación del Estado en el uso de su poder sancionador; al adecuarse a un modelo de democracia sustancial propia de un Estado constitucional de derechos y justicia. En este punto final conviene detenerse un momento.

La democracia que demanda una Constitución fuertemente materializada como las latinoamericanas no es la democracia formal o aquella en la que simplemente importa *quién* decide y *cómo*. La voluntad de la mayoría inevitablemente se orienta hacia formas de derecho penal autoritario o máximo en términos de represión. La mayoría tiende a concebir al derecho penal —como nos recuerda Ferrajoli y como se constata en el debate público de nuestros políticos latinoamericanos— esencialmente como un instrumento de defensa social,⁴³ en el que se piensa que existe una parte de la población que no es desviada y es a la que hay que proteger, y otra parte de la población que es una minoría de desviados. La defensa social nos lleva no sólo a desconocer la Constitución, sino al terrorismo penal. La democracia, entonces, no sólo puede ser la voluntad del pueblo sino que esa voluntad debe estar restringida por los derechos. En la democracia sustancial sí importa *quién* y *cómo* se decide, pero también *qué* se decide.⁴⁴ En el Estado Constitucional de Derechos existe una esfera que no es decidible por las mayorías y que, por tanto, se sustrae de la voluntad mayoritaria. En el ámbito penal, en concreto, ¿qué es lo que no se puede decidir?: todas las personas, desviadas y no desviadas, debemos ser consideradas y tratadas de forma igualitaria y se nos debe respetar la vida y la libertad personal.

Los derechos humanos no se pueden sacrificar por el sentimiento de inseguridad pública, por el bien común, por el orden público o por cualquier otra consideración mayoritaria. De ahí surge el carácter democrático del derecho penal: no es un derecho de las mayorías para las minorías desviadas, sino que es un derecho de todas las personas y destinado también a todas las personas. En suma, como concluye el maestro Ferrajoli, “no se puede condenar o absolver a un hombre porque convenga a los intereses o la voluntad de la mayoría. Ninguna mayoría, por aplastante que sea, puede hacer legítima la condena de un inocente

jueces y juezas, autoridades competentes, reducción de la discrecionalidad y principio del juez natural.

⁴³ Luigi Ferrajoli, *Derecho Penal mínimo...*, op. cit., p. 21.

⁴⁴ Juan Pablo Morales, “Democracia sustancial, sus elementos y conflictos en la práctica”, en Ávila Santamaría, Ramiro, edit., *Neoconstitucionalismo y sociedad*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos/V&M Gráficas, Serie Justicia y Derechos Humanos, No. 1, 2008.

o la absolución de un culpable”.⁴⁵ De ahí se deriva también la legitimidad de los jueces y juezas de poder resolver contra la presión de la opinión pública o de personas influyentes ajenas al poder judicial. Las juezas y los jueces tutelan los derechos aun contra las mayorías, al aplicar el derecho que emana de la Constitución y la ley.

4.6. El funcionalismo promueve normas y prácticas inconstitucionales

El debate sobre la necesidad de combatir a las teorías y prácticas funcionalistas no es pacífico. El profesor Zaffaroni sostiene que en Latinoamérica simplemente no hay teoría que justifique lo que él llama un estado policial (por oposición a un estado democrático); las reformas penales que han expandido el *ius puniendi* son manifestaciones de poder que no tienen sustento en el derecho penal en el contexto de estados constitucionales y democráticos⁴⁶. De hecho, para Zaffaroni toda teorización del derecho penal es por esencia garantista (de ahí que no cabe la reiteración de “derecho penal garantista”) y, por ende, no cabe reflexión contraria. Por su parte, el profesor Ferrajoli sostiene que no tiene sentido el debate sobre lo que se conoce como funcionalismo, que es la teoría más sólida para justificar la expansión del poder punitivo, porque su sustento ha sido ampliamente rechazado por la academia⁴⁷ y el debate lo único que logra es publicitar una teoría inaceptable. Sin embargo, con buen sentido político, el profesor Pavarini sostiene que hay que aprovechar todos los espacios para argumentar sobre el funcionalismo y que nunca será suficientemente agotado el tema mientras sus postulados sigan influyendo en el diseño de políticas criminales, particularmente en América Latina.⁴⁸

El funcionalismo, alimentado por el sentimiento de inseguridad ciudadana, y el maximalismo penal que la provoca, atenta contra tres pilares del estado constitucional: (1) la dignidad, (2) la igualdad y (3) la libertad. Al establecer normas penales constitutivas, por medio de las cuales no media el comportamiento sino la personalidad desviada, se castiga al ser (derecho penal de autor)

⁴⁵ Luigi Ferrajoli, *Derecho Penal mínimo...*, op. cit., p. 24.

⁴⁶ Zaffaroni sostiene que existe una “huelga de pensamiento” o pensamiento nulo, “porque al menor soplo de pensamiento se implosionaría”. Eugenio Raúl Zaffaroni, *El enemigo en el derecho penal*, Bogotá, Ibañez, 2006, p. 100.

⁴⁷ Sobre la extensa bibliografía que ha tratado el tema véase un listado en el pie de página No. 386 en Eugenio Raúl Zaffaroni, *El enemigo en el derecho penal*, op. cit., p. 205.

⁴⁸ Massimo Pavarini, “La guerra a las ‘no personas’”, en *Castigar al enemigo, Criminalidad, exclusión e inseguridad*, Quito, FLACSO/Crearimagen, 2009, p. 173.

y no el hacer (derecho penal de acto), que marca la diferencia entre un estado autoritario de uno democrático.

(1) La dignidad entendida como la prohibición de utilizar a otros como meros medios para satisfacer los fines de otros,⁴⁹ se pierde cuando se utiliza la figura del “chivo expiatorio”, que es propia del derecho penal. La sociedad lo que quiere es tener presos, a como dé lugar, para convencerse de que los delincuentes estén encerrados, sin importar si son culpables o no. La alarma social, la inseguridad, el orden público, justifican que la policía encierre sospechosos y que los jueces no los dejen salir.

(2) Uno de los derechos que más llama la atención y que es cotidianamente vulnerado por el sistema penal es la igualdad y no discriminación. Cuando uno mira la sobre-representación de ciertos grupos humanos en las cárceles, como la población afrodescendiente o las clases sociales menos beneficiadas de los servicios públicos, y compara con la sub-representación en espacios de poder político o económico, lo menos que puede hacer es sospechar que hay una práctica discriminatoria y excluyente.

La criminología crítica denominó a este fenómeno como el *labelling approach* o teoría del etiquetamiento,⁵⁰ por la que se denunció la selectividad marginadora del sistema penal. Nadie duda que el sistema penal, por eficiente y grande que fuere, tiene que ser selectivo. No toda conducta tipificada en la ley podrá ser perseguida ni todos los delitos serán denunciados. El problema es que la selección del derecho penal suele ser irracional y discriminatoria: sólo la criminalidad más torpe, relacionada con las personas más pobres o peor situadas de la sociedad, entran cotidianamente al sistema. No es casual que los grupos humanos excluidos de la sociedad sean los que habitan mayoritariamente en las cárceles (población afrodescendiente, indígenas, desempleados, inmigrantes). Este fenómeno, denominado criminalización, es profundamente discriminatorio,⁵¹

⁴⁹ Immanuel Kant, “The doctrine of virtue”, en *Metaphysics of morals*, citado por Steiner, Henry y Alston, Philip, *International Human Right in context, Law Politics and Morals*, Nueva York, Oxford University Press, 2a. ed., 2000, pp. 261-263.

⁵⁰ Alessandro Baratta, “El nuevo paradigma criminológico: el labelling approach o enfoque de la reacción social. Negación del principio del fin o la prevención”, en *Criminología crítica y crítica al derecho penal. Introducción a la sociología jurídico penal*, Buenos Aires, Siglo del Hombre Editores, 2004, pp. 83 y ss.

⁵¹ Sobre el perfil de las personas privadas de libertad, véase el análisis cualitativo de Alejandra Ramm, *Imputados*, Santiago de Chile, Ediciones Diego Portales, 2005.

que además garantiza la impunidad de los delitos más atroces cometidos en la sociedad.⁵² En segundo lugar, no se garantiza el debido proceso.⁵³

En términos colectivos, cuando se aplica el cálculo actuarial para determinar los lugares o barrios peligrosos, mediante el mayor número de noticias criminales formalmente reportadas, como se lo hace en Estados Unidos, lo que se hace es caer en los estereotipos y en las generalizaciones. Entonces, el sospechoso, el grupo humano naturalmente proclive a cometer delitos y que está en la mira de los agentes del sistema penal, como los musulmanes, el vago, el pobre, el desempleado, el inmigrante, es población que puede ser criminalizado no por lo que hace sino por lo que es.

(3) Finalmente, se afecta a la libertad, tanto negativa como positiva. Las personas no pueden ejercer su libertad de movimiento porque serán detenidas, procesadas y condenadas. Las personas no podrán desarrollar al máximo sus potencialidades porque tanto dentro de una cárcel como fuera de ella, no tendrán todos los medios para desenvolverse como personas.

4.7. La trampa del poder punitivo

Los movimientos sociales emancipatorios han tenido estrecha relación con el derecho. Sus luchas comienzan o terminan con el reconocimiento de derechos en las normas jurídicas; en algunos casos se consiguen reformas constitucionales, en otras nuevas instituciones y lastimosamente también en el establecimiento de tipos penales. Este último reconocimiento reivindicatorio es contraproducente, particularmente si se lo analiza desde el objetivo de la lucha de los movimientos por mejores condiciones de vida, por la inclusión y por el establecimiento de sociedades más igualitarias.

La trampa del poder punitivo consiste en luchar contra la discriminación utilizando el derecho penal que es el instrumento más discriminatorio de todos. El profesor Zaffaroni sostiene que la confianza en el poder punitivo tiene dos

⁵² Lola Aniyar de Castro "Derechos Humanos, modelo integral de la ciencia penal y sistema penal subterráneo", en Eugenio Raúl Zaffaroni, edit., *Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina (primer informe)*, Buenos Aires, IIDH/Depalma, 1984, p. 243.

⁵³ La detención suele ser arbitraria, sin formalidades o sin flagrancia, no hay lectura de derechos ni abogados desde el primer interrogatorio. En un gran porcentaje de casos existe tortura, declaraciones autoinculpatorias, abusos de privaciones preventivas de libertad, juicios dilatados, ausencia de defensa técnica, sentencias no motivadas adecuadamente, entre otras.

efectos indeseables. Por un lado, neutraliza el discurso antidiscriminatorio de quien lo propugna, que pueden ser mujeres, niños, indígenas o cualquier otro grupo marginado de poder, y, por otro, legitima un poder discriminatorio que se sostiene en tres vigas: el patriarcado, la confiscación del conflicto a la víctima y la búsqueda de la verdad por medios violentos.⁵⁴

La primera tarea del poder dominante es subordinar y la segunda es disciplinar. El poder patriarcal, adultocéntrico, especifista, racista y demás usa medios persuasivos y sutiles, cotidianos y eficaces, que se transmiten por intermedio de la familia, los medios de comunicación, la religión, la escuela... en todos los espacios sociales se “educa” fortaleciendo el modelo paradigmático dominante, evitando el cambio estructural, reproduciendo y aceptando la realidad, legitimando el *statu quo*, negando y desvalorando las diferencias, en suma fomentando la discriminación.⁵⁵ Si los métodos de persuasión no funcionan y las personas excluidas persisten en sus discursos y prácticas emancipatorias, entonces opera el sistema penal. Si no por las buenas, por las malas. No es casual que uno de los primeros instrumentos jurídicos que han aparecido para controlar a las mujeres es un libro fundamental para la ciencia penal, que se llama el *Malleus Meleficarum*, en el siglo XV, también conocido como *El martillo de las brujas*. El poder punitivo alimenta toda discriminación y es una herramienta indispensable para mantener el *statu quo*.

El utilizar el derecho penal como parte de una lucha emancipatoria produce otros efectos contraproducentes. En primer lugar, reduce la lucha de un movimiento a una lucha procesal, cuyos protagonistas normalmente son agentes que forman parte de la cultura patriarcal (policía, fiscales, jueces, guías penitenciarios). En segundo lugar, neutraliza el discurso antidiscriminatorio al encasillarlo en tecnicismos y ritualismos procesales. En tercer lugar, Fragmenta la lucha al usurpar el dolor y el conflicto a la víctima. En cuarto lugar, el poder punitivo se burla de los discursos antidiscriminatorios al repartir vulnerabilidades y definir estereotipos. Al ser un poder discriminatorio por excelencia y esencia, siempre estará al servicio del más fuerte (poder económico o político) y por lo tanto, a la postre, no provoca ningún cambio en la sociedad.

Por esas razones y muchas más, Zaffaroni sugiere que no hay que ap-

⁵⁴ Eugenio Raúl Zaffaroni, “El discurso feminista y el poder punitivo”, en Haydée Birgin, comp., *Las trampas del poder punitivo. El género del derecho penal*, Buenos Aires, Editorial Biblos, Colección Identidad, Mujer y Derecho, 2000, p. 19.

⁵⁵ Abraham Magendzo, “Dilemas y tensiones en torno a la educación en Derechos Humanos en democracia”, en *Estudios básicos de Derechos Humanos VI*, San José, IIDH, 1996, pp. 505-517.

ropiarse del discurso penal sino que, al contrario, hay que neutralizarlo y luchar por la transformación del poder punitivo que, a la postre, también es la lucha por la transformación de la sociedad.⁵⁶

Al final, como resultado, el estado fortalece el uso del poder más violento que es el penal. Cada vez que se crea un tipo penal, se abre una puerta más para que la policía y la fiscalía puedan intervenir en la vida social de un país. Cada vez que se aumenta una pena, detrás puede haber un ser humano que pase un dolor no previsto por el Código Penal. Atrás de cada demanda de encierro, alrededor de quien sacia la sed de justicia, giran mujeres, niños y personas que también son afectadas.

Ahora bien, el efecto simbólico de la penalización también es un discurso tramposo además de utilitario. El mismo recurso retórico se puede usar para legitimar tipos penales como el aborto, por parte de sectores conservadores, al tener latente la amenaza del encierro. Igual sucede con la penalización de las drogas y el temor que se quiere infundir a los consumidores y comerciantes de drogas ilegales. La verdad es que, después de tanta historia del derecho penal, se puede demostrar que el uso de la violencia jamás ha controlado y eliminado la libertad de los seres humanos como tampoco sus luchas por mundos distintos.⁵⁷ Ya viene siendo hora de que pensemos en algo mejor que el derecho penal para buscar sociedades más justas.

4.8. El poder punitivo nunca tutela derechos humanos violados

¿Realmente existe una tutela jurídica de bienes jurídicos mediante el derecho penal? En las clases tradicionales de Derecho Penal se enseña que el *Derecho Penal* tutela bienes jurídicos que han sido reconocidos y violentados por el cometimiento de un delito. El derecho penal, en la práctica, no tutela derechos por dos razones. En primer lugar reprime y no repara. En segundo lugar se preocupa del victimario y no de la víctima. Esta afirmación se confirma si analizamos el rol de las víctimas en los diseños procesales penales de la región. Las víctimas no tienen titularidad para ejercer la acción, que corresponde a un órgano estatal de acusación (fiscales o ministerio público), aparecen como objeto de prueba y

⁵⁶ Eugenio Raúl Zaffaroni, “El discurso feminista y el poder punitivo”, en Birgin, Haydée, comp., *Las trampas del poder punitivo. El género del derecho penal*, Buenos Aires, Editorial Biblos, Colección Identidad, Mujer y Derecho, 2000, p. 36.

⁵⁷ La mejor historia del poder penal que he podido leer, en la que se demuestra sus fracasos y arbitrariedades, se la encuentra en Gabriel Ignacio Anitua, *Historias de los pensamientos criminológicos*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006.

tienen que intervenir por intermedio de un abogado privado para tener pretensión procesal. Por ello, no con poca ironía, se ha dicho que el estado ha usurpado el conflicto a las víctimas.

El maestro Zaffaroni sostiene que la teoría del bien jurídico tutelado distorsiona el uso que se puede dar al derecho penal, porque “si la ley penal tutela bienes jurídicos, donde haya un bien jurídico importante o en peligro, debe haber una ley para tutelarlos y —como vivimos— en una sociedad de riesgo en que todos los bienes jurídicos están en peligro, debe haber leyes penales infinitas”.⁵⁸ Por eso hay que hablar de bien jurídico lesionado o, mejor aún, de acuerdo con los estándares constitucionales, de bien jurídico ponderado.⁵⁹

La verdad es que el derecho penal no puede tutelar derecho alguno al ser un mecanismo represivo y sancionador, salvo que se crea en la ilusión de que una persona encerrada satisface la necesidad de una víctima, que en este caso estaríamos hablando del sistema penal como un instrumento de venganza privada. En términos de eficacia, el derecho penal ha demostrado no tutelar y, aun considerando su potencial simbólico, comienza a ser percibido como incapaz de tutelar.⁶⁰ Al final, “delincuentes y víctimas, todos víctimas”.⁶¹

¿Resuelve el conflicto social un mecanismo que genera otros conflictos? ¿Resuelve una violación de derechos un sistema que no repara dicha violación sino más bien que aborda el problema violando otros derechos? El derecho penal y todos los actores que lo construyen, lo legitiman o lo critican, debemos mirar la realidad, dejar de ser ingenuos y construir un derecho crítico y a la altura de los derechos reconocidos en nuestros estados.

⁵⁸ Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, Ediar, 2005, p. 111.

⁵⁹ Luis Prieto Sanchís, “La limitación en el campo penal”, en *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Editorial Trotta, 2003, pp. 261-298.

⁶⁰ Massimo Pavarini, “Seguridad frente al delito y gobierno de la ciudad”, en *Castigar al enemigo, Criminalidad, exclusión e inseguridad*, Quito, FLACSO/Crearimagen, 2009, p. 215.

⁶¹ Lolita Aniyar de Castro, “Derechos humanos: delincuentes y víctimas, todos víctimas”, en de Castro, Lolita Aniyar y Rosales, Elsie, *Cuestión criminal y derechos humanos: la perspectiva crítica*, Caracas, Instituto de Ciencias Penales, 2007, p. 19.

5. ¿Un nuevo derecho penal? Lineamientos para la investigación penal crítica

La resistencia y la lucha por un derecho penal basado en un discurso de derechos humanos emancipador es ardua y actúa en contracorriente a los medios de comunicación, cultura violenta y sentido común. Este derecho penal debe tener algunas características: (1) Debe verse como un sistema holístico y se debe regular tanto el derecho sustantivo, adjetivo como ejecutivo penal; (2) el modelo debe ser integrado entre las ciencias, no se debe separar la dogmática, de la criminología (ciencias sociales y políticas) y del análisis multicultural; por tanto, debe ser interdisciplinario. (3) El derecho penal debe ser coherente con el programa constitucional y del derecho internacional de los derechos humanos, en este sentido debe ser un derecho penal mínimo y restaurador, que no debe perder de vista la abolición de la privación de libertad como forma de abordar un conflicto social y para ello no debe descansar en denunciar su inutilidad social y su potencial destructor de vidas humanas. (4) El derecho penal debe nutrirse e inspirarse de la interculturalidad.

5.1. Derecho penal integral

Una de las razones de la permanencia del sistema penal es precisamente no verlo como un sistema. Las facultades de derecho lo analizan desde sus tres componentes como si fueran entidades autónomas y, de hecho, así funcionan. El sustantivo penal tiene su dogmática penal, el adjetivo es meramente instrumental y el ejecutivo, el más marginal, ni siquiera merece análisis. Lo curioso es que un jurista que se considera penalista no es procesalista y ni uno ni otro es ejecutivo. La ciencia del derecho y las agencias de gobierno no llegan a establecer los vínculos entre estas tres ramas del derecho penal. Un primer esfuerzo debe llevar a pensar en todos los componentes del derecho penal como un sistema global, buscar sus interrelaciones y analizar sus inconsistencias. El fracaso de uno de los componentes compromete a los otros dos subsistemas. Si se considera, por ejemplo, que la ejecución penal ha fracasado en toda la región —y esto se puede medir con la simple constatación de los índices de reincidencia— no se debería fortalecer la eficiencia procesal o el perfeccionamiento de la dogmática penal. Como constata el profesor Zaffaroni: “Si bien con frecuencia se declara la necesidad de legislar las materias procesal y ejecutiva cuando se sanciona un nuevo código penal, con pareja frecuencia esta declaración asume el carácter de un elemento histórico y queda reducida a una buena expresión de deseos, con

el consiguiente fracaso del código sancionado”.⁶² Si se analizaría integralmente el sistema, el camino hacia su minimización sería más viable porque respondería a un esfuerzo mancomunado de estructuración.

5.2. Derecho penal interdisciplinario

El derecho penal no sólo está compartimentalizado entre sí, sino también que está aislado. El derecho penal está dividido y solo. La herencia de un derecho “puro” se manifiesta en la separación entre la ciencia jurídica y otras ciencias sociales. El positivismo jurídico produjo una teoría en la que separaba conceptual y metodológicamente al derecho de otras ciencias e incluso de la moral. Si bien consiguió elevar al derecho a categoría de ciencia y subir la autoestima de quienes la cultivamos, también logró una ciencia autorreferencial, que se basta a sí misma y que no requiere para su comprensión y reproducción de otras ciencias. No es casual, entonces, que el objeto de estudio sea la ley penal y que el método de aproximación sea el exegético. El problema de este enfoque es que la realidad, que supuestamente es donde la ley despliega sus (d)efectos, no es motivo de análisis en la enseñanza del derecho, en la preparación de propuestas normativas ni en la aplicación por parte de abogados y abogadas. La brecha entre la ley y la realidad es enorme. Por una parte, la ley y los profundos tratados de dogmática penal tienen niveles incomprensibles de abstracción, en los que se ejemplifican los detalles más minuciosos y exquisitos de la interpretación de la ley. Por otra parte, la realidad no se compadece con postulado alguno de la ley: la ley se aplica selectivamente contra los más pobres, los plazos procesales no se cumplen, la dogmática no cuenta para determinación de una pena, la ejecución penal es un espacio de violencia y corrupción. Si el derecho penal comprendería a la realidad de su (in)aplicación, las leyes tendrían otro contenido y la realidad posiblemente podría ser modificada.

El profesor Alessandro Baratta abogaba, ya a finales del siglo pasado, por la creación de un modelo integrado para el análisis del derecho penal.⁶³ En

⁶² Eugenio Raúl Zaffaroni, “Presentación del Anteproyecto de Código Orgánico de Garantías Penales del Ecuador”, en Ávila Santamaría, Ramiro, coord., *Anteproyecto de Código Orgánico de Garantías Penales, la Constitucionalidad del Derecho Penal*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Serie Justicia y Derechos Humanos/V&M Gráficas, N. 17, 2010.

⁶³ Alessandro Baratta, “Nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias penales, la política criminal y el pacto social”, en *Criminología y sistema penal*, Buenos Aires, Bdf editores, 2006, pp. 168-198.

el modelo, el análisis de la ley no podría ser separado de las ciencias penales, sociales y políticas. Baratta sostenía que el estudio del derecho penal debía estar estrechamente ligado a la criminología crítica y, por su intermedio, a las ciencias sociales. Para afirmar que el derecho penal es un instrumento de poder que tiene impacto en la perpetuación de sociedades intrínsecamente excluyentes y que fomenta la violencia, requerimos de otros objetos de estudio y otros métodos de investigación. En primer lugar, la sociología nos diría que requerimos analizar la realidad carcelaria y el fenómeno de la estigmatización efectuada por la criminalización secundaria. En las cárceles encontramos a las personas más débiles y vulnerables de la sociedad, y que representan a grupos humanos contrarios totalmente al *optimo iure*: pobre, afrodescendiente, analfabeto, desempleado. En segundo lugar, la ciencia política nos evidenciaría que el derecho penal es un instrumento de poder, quizás el más efectivo en términos simbólicos, para mantener una sociedad sustentada en la desigualdad. Finalmente, la filosofía tendría un reto enorme en intentar fundamentar la legitimidad del derecho penal, que es harto abstracta y poco satisfactoria, en sociedades excluyentes.⁶⁴ Sólo mirando la realidad objetivamente se podrá nutrir al sentido común de nuevos elementos para modificar y transformar al sistema penal.

5.3. Derecho penal reparador

El derecho penal ha sido represivo por esencia. Los modelos de derecho penal han propugnado el aumento de la capacidad represiva del estado, su limitación o su abolición. La abolición propugna la eliminación del poder punitivo y afirma la posibilidad de afrontar los conflictos sociales derivados de los hechos delictivos mediante formas no violentas. Esta posibilidad parecería no tener viabilidad política en los actuales momentos y requerir una sociedad distinta, al menos en valores y apreciaciones sobre los hechos violentos. La promoción y aumento del poder punitivo responde a un modelo autoritario de estado, que no compartimos. Finalmente, la limitación del poder punitivo por medio de los derechos y del derecho penal mínimo, mediante la distinción de las formas de abordar los conflictos sociales. Los conflictos seleccionados para ser canalizados por el derecho penal, por los efectos que produce, deberían ser muy pocos, con el único objeto de evitar la venganza y la desproporción de las penas privadas. Los conflictos, que ahora son catalogados como solucionables, se abordarían por intermedio

⁶⁴ Véase Roberto Gargarella, “La coerción penal en contextos de injusta desigualdad”, ensayo compartido por el autor.

del derecho civil o administrativo. De esta forma, el poder punitivo tendría una esfera de aplicación mínima necesaria. Entre los conflictos solucionables sin la represión estarían todos aquellos derivados de la propiedad privada, bajo la premisa de que son derechos disponibles y condicionantes que no compiten con la libertad de movimiento que, en sociedades democráticas, deberían tener un valor superior. Sin embargo, en sociedades liberales-capitalistas, la remisión de los delitos contra la propiedad al derecho civil, al igual como otros delitos tales como los económicos o de drogas, sería inviable.

Un camino intermedio entre abolicionismo y derecho penal mínimo sería la introducción en el derecho penal de la justicia restauradora o civilizadora.⁶⁵ La justicia restauradora consiste en buscar soluciones a los conflictos sociales seleccionados por el derecho penal sin recurrir a la privación de libertad, prestando atención al daño ocasionado a la víctima por el delito. El objetivo del derecho penal ya no sería exclusivamente la imposición de una pena privativa de libertad sino también, y a veces exclusivamente, la reparación del daño. Nada impediría que un acuerdo reparatorio entre víctima y victimario constituya una forma de pena. En términos prácticos, si no es posible políticamente derivar un conflicto penal al derecho civil, lo más práctico sería traer el derecho civil al derecho penal. El objetivo es claro: disminuir el potencial de dolor que genera el puro derecho penal represivo.

El abolicionismo penal, como ninguna otra perspectiva jurídica que ha abordado el funcionamiento del sistema penal, ha aportado con información sobre la realidad penitenciaria y sus consecuencias, que Mathiesen denominaba “padecimiento”.⁶⁶ El fundamento fáctico aportado por el abolicionismo para demostrar la inutilidad y perversidad del sistema represivo penal, sirve también para sustentar la inclusión de la justicia restauradora y de penas no privativas de libertad. Esto del lado de la persona que ha entrado, como responsable o presunto responsable, al sistema penal.

Si pensamos en la víctima de un delito, la perspectiva de un derecho penal restaurador también tiene sentido. La víctima tendría una respuesta estatal adecuada al daño producido por el hecho delictivo. El derecho a la reparación

⁶⁵ Ignacio Tedesco, “Hacia la civilización del Derecho Penal”, en Anitua, Gabriel y Tedesco, Ignacio, *La cultura penal. Homenaje al profesor Edmundo S. Hendler*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2009, pp. 589-590.

⁶⁶ Véase el estudio sobre la privación de derechos en el sistema europeo y norteamericano que, sin duda, es menos dramático que en nuestros países de la región, Mathiesen Thomas, *Juicio a la prisión*, Buenos Aires, Ediar, 2003.

integral podría ser reclamado en juicio penal, sin mayores formalidades y en cualquier momento. Desde esta perspectiva, la pena sería útil para las partes en conflicto. El estado de a poco devolvería el protagonismo del conflicto social a las personas que lo vivieron.

¿Contaminación del derecho penal con el derecho civil? Para algunas personas dogmáticas, el derecho penal se estaría desnaturalizando y se estarían mezclando dos esferas del derecho que no pueden relacionarse, porque la penal responde a la lógica del derecho público y la otra a la esfera del derecho privado. Sin embargo, la integración del derecho, gracias a la influencia del derecho constitucional y de los derechos humanos, cada vez es más evidente. Por un lado, las relaciones que antes se consideraban exclusivamente privadas han pasado a la esfera pública (violencia doméstica, honra de funcionarios públicos, restricción de la libertad de empresa por cuestiones de derechos de consumidor o ambiental), y la esfera pública se ha privatizado con la expansión del régimen neoliberal. Nada extraño, entonces, en la interrelación de las áreas del derecho siempre que conlleven un fin instrumental: el abordamiento más adecuado y menos violento de los conflictos sociales.

Los estados constitucionales tienen proyectos utópicos insertos en las partes dogmáticas de sus cartas políticas. La realización de los derechos humanos son prácticamente imposibles de cumplir y el germen de ilegitimación de los propios estados se encuentra en sus constituciones. El derecho a la libertad, a la tutela efectiva y a la seguridad se encuentra en la misma constitución y manifiesta tensiones en su realización. En términos también utópicos, la mejor forma de respetar los tres derechos es mediante la supresión progresiva de la respuesta penal al conflicto social.

5.4. Derecho penal intercultural

El derecho penal es una de las “joyas” del estado liberal y de la modernidad. Cuando hablamos de las nuevas tendencias a la expansión penal, nuestros doctrinarios progresistas nos suelen recomendar mirar a las conquistas logradas en el derecho penal liberal del siglo XVIII. Sin embargo, el derecho penal como parte del estado nacional del que surge, si bien impuso límites y vínculos al poder punitivo, es parte integrante de un estado que ignoró otros saberes, otras culturas y otras formas de afrontar los conflictos sociales. Las promesas del estado moderno no se cumplieron para muchos grupos humanos o simplemente les perjudicaron.

Cuando estados como el ecuatoriano y el boliviano se declaran como

plurinacionales, el efecto no sólo tiene que ver con reconocer a otros grupos humanos y sus derechos específicos, sino que tiene relación profunda con el derecho: existen varios derechos, varias jurisdicciones y varios procedimientos. Emergen, para quienes cultivamos la cultura jurídica dominante, nuevos actores, nuevos imaginarios para la solución de conflictos, nuevas prácticas transformadoras, nuevas formas de organización y hasta nuevas formas de territorialidad.

El derecho penal frente a otros derechos sancionadores se encuentra ante tres posibilidades: (1) Negar su existencia, que no cabe en un régimen constitucional que promueve la diversidad; (2) Respetar la diferencia, permitir y promover la existencia de otros sistemas, marcar límites y solucionar los problemas de conflicto de competencias; (3) Aprender de los otros sistemas.

Esta relación entre derecho dominante y otros derechos no es pacífica ni tampoco ha sido adecuadamente resuelta por la academia, ni por nuestros estados. Los derechos ancestrales han venido resolviendo conflictos que podríamos denominar penales de formas distintas a la privación de libertad y con otros métodos. La interrelación entre sistemas jurídicos, particularmente para los que han tenido una relación dominante, es saludable aunque no exenta de problemas teóricos y prácticos. Señalemos algunos de los aspectos de posible aprendizaje, en los que se aprecian las distancias enormes entre sistemas jurídicos: las condiciones de la autoridad, el procedimiento, la relación entre víctima y victimario, la consideración del tiempo, la valoración de la sanción con la comunidad.

La autoridad en el sistema occidental es seleccionada mediante un procedimiento basado en concursos de merecimientos y se debe garantizar la imparcialidad de la juez o juez de las partes en conflicto, el procedimiento es burocrático y con una fuerte tradición inquisitiva, la víctima está en una relación de diametral oposición al victimario y sus pretensiones son contrarias, el tiempo es lineal en el que la pena interrumpe la vida productiva de una persona, la sanción es pura privación de derechos y se enfoca en la represión y la persona condenada es excluida de la vida social y es hasta estigmatizada. Sin ánimo de idealizar la justicia indígena y reconociendo que de hecho pueden existir excesos, arbitrariedades y violaciones a los derechos humanos (como sucede en cualquier administración de justicia), en cambio, en ella encontramos una autoridad basada en el respeto, la sabiduría y la experiencia, el procedimiento es completamente oral, es conciliatorio y se basa en la escucha activa; las partes en conflicto, incluido el juzgador, son parte de la comunidad; el tiempo es circular y la sanción pretende purificar, respetar los ciclos de la vida y la paz.⁶⁷ “Lo que está en juego no es la justicia que

⁶⁷ Véase Raimon Panikkar, *Paz e interculturalidad, una reflexión filosófica*, Madrid, Herder,

se debe aplicar a un individuo, sino la armonía que debe ser instaurada en el seno de una comunidad”.⁶⁸ No menos importante es que la sanción de privación de libertad es desconocida en el derecho “penal” indígena, que son precisamente los caminos por los que parecería que el derecho penal va a recorrer, y que ya han sido recorridos por nuestros habitantes pertenecientes a comunidades indígenas. El derecho occidental tiene mucho que aprender de la forma de resolver sus conflictos, así como las personas indígenas han aprendido del sistema occidental y lo han adaptado de acuerdo con su cultura e historia.⁶⁹ Si se quiere introducir la oralidad en los procedimientos penales, se mira la experiencia norteamericana o chilena, pero no la de los waoranis o kichwas; en cuanto a la pena, ¿qué es más humano: una pena que reafirma valores de una comunidad y recupera vínculos rotos, aun si se manifiesta mediante vulneraciones a la integridad física; o una pena que excluye, denigra y olvida por medio de la privación de la libertad? Este es un cuestionamiento que no lo hemos tomado en serio y más bien nos hemos apresurado a descalificar a la justicia indígena como salvaje o primitiva.

Señalemos, de igual modo, el punto problemático por excelencia: el reconocimiento de la norma, la estricta legalidad, la estricta jurisdiccionalidad y, en general, la apreciación de los derechos humanos. Desde la cultura jurídica occidental resulta importante la separación de derecho positivo con la moral y, para ello, la forma de verificar la existencia de la norma. El principio de estricta legalidad resulta complicado cumplirlo en la justicia indígena, dado que las normas no están escritas ni creadas de forma como conocemos nuestra democracia deliberativa. En la estricta jurisdiccional se exige debido proceso (pruebas, contradicción, acusación, argumentación fáctica y jurídica, sentencia motivada). En catálogo de penas la línea entre trato inhumano y degradante no es fácil de trazar, además que las penas dependen de las infracciones y no de la determinación de una norma. En fin, muchas interrogantes difíciles de contestar, pero que tenemos que afrontarlas si queremos buscar soluciones más humanas, más útiles y menos violentas.

¿El derecho penal, con estas características, es realmente nuevo? En términos teóricos, salvando el elemento cultural, todo se ha dicho, incluso

2006, pp. 112 y 116.

⁶⁸ Jean-Godefroy Bidima, “La palabre. Une jurisdiction de la parole”, Paris, Michalon, citado por Akuavi Adonon, “La conciliación: ¿un medio o un fin en la solución de conflictos?”, en Rudolf Huber y otros, coord., *Hacia sistemas jurídicos plurales*, Bogotá, Antropos, 2008, p. 113.

⁶⁹ Elisa Cruz Rueda, “Principios generales del derecho indígena”, en Huber, Rudolf y otros, coord., *Hacia sistemas jurídicos plurales*, Bogotá, Antropos, 2008, p. 47.

de forma más radical. En términos prácticos, en cambio, el derecho penal sigue siendo (y parece que por mucho tiempo) un derecho penal atomizado, autorreferencial, violento, inútil, hegemónico y legitimado por el sentido común, los políticos conservadores, los medios de comunicación y hasta por los movimientos sociales, y que responde de manera simbólica y torpe a las demandas provenientes de los sentimientos de inseguridad ciudadana.

Por ello, nunca hay que descansar en multiplicar las voces y en repetir y reactualizar los discursos para no olvidar los efectos perniciosos de la expansión del poder punitivo. El estado constitucional y democrático contemporáneo requiere teorizar, legislar y aplicar un derecho penal plural, diferente, integrado, más humano, interdisciplinario, legitimado por su respeto a los derechos humanos, conciliador, útil y plural.

6. Conclusiones

1. El abordamiento de la seguridad pública no debe reducirse al derecho penal, que no contiene ni resuelve el problema. Sin embargo, el derecho penal tiene relación con parte de la percepción ciudadana. Urge producir información, discusión y formación ciudadana al respecto. La seguridad que cabe en un sistema constitucional de derechos es aquella que garantiza el mayor ejercicio de derechos de las personas y no el mayor uso del derecho penal. En consecuencia, el poder punitivo debe ser limitado por medio del derecho penal y los derechos humanos.
2. El derecho penal no puede ser compartimentalizado y su abordamiento teórico debe ser integral. No conviene perpetuar la división entre derecho sustantivo, adjetivo y penal, porque contribuye a la dispersión y a la perpetuación de un sistema inconsistente entre sí. La reforma del sistema penal, que incluye las definiciones precisas para la criminalidad primaria (tipificación), justicia penal y régimen penitenciario tienen que ir a la par de la universalización de los derechos sociales y servicios públicos.
3. Conciliar el estudio del derecho con las ciencias sociales. La mejor forma de desenmascarar el discurso legitimador del sistema es demostrando su funcionamiento real. La enseñanza del derecho penal no debe estar divorciado de los métodos de investigación social (cuantitativos, cualitativos y comparativos). No tiene sentido analizar una norma sin conocer su efectiva aplicación. Debemos producir doctrina penal interdisciplinaria.
4. Contextualizar al derecho penal dentro de la ciencia política. Sin duda un sistema penal excluyente demuestra una sociedad política también

excluyente. Detrás de nuestros sistemas penales existen grandes decisiones u omisiones, que son funcionales a la reproducción de las diferencias sociales y a la conservación de la realidad social desigual.

5. El derecho penal debe mirar los derechos ancestrales no para inmiscuirse en las formas de solución de conflictos, sino más bien para aprender de ellas. Parecería que nuestro derecho no es digno de ser emulado y peor de ser impuesto; parecería, en cambio, que mucho tenemos que aprender de los otros sistemas que han resistido la hegemonía del derecho penal dominante. Para ello, primero tenemos que flexibilizar nuestras categorías jurídicas. El punto de equilibrio está en preservar la dignidad de las personas y de encontrar un derecho que emancipe en lugar de que controle o discipline.

7. Bibliografía

- Anitua, Gabriel Ignacio, *Historias de los pensamientos criminológicos*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2006.
- Baratta, Alessandro, “Cárcel y marginalidad social”, en *Criminología crítica y crítica al derecho penal. Introducción a la sociología jurídico penal*, Buenos Aires, Siglo del Hombre Editores, 2004.
- , “El nuevo paradigma criminológico: el labelling approach o enfoque de la reacción social. Negación del principio del fin o la prevención”, en *Criminología crítica y crítica al derecho penal. Introducción a la sociología jurídico penal*, Buenos Aires, Siglo del Hombre Editores, 2004.
- , “Nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias penales, la política criminal y el pacto social”, en *Criminología y sistema penal*, Buenos Aires, Bdf editores, 2006.
- Bidima, Jean-Godefroy, “La palabre. Une jurisdiction de la parole”, Paris, Michalon, citado por Akuavi Adonon, “La conciliación: ¿un medio o un fin en la solución de conflictos?”, en Rudolf Huber y otros, coord., *Hacia sistemas jurídicos plurales*, Bogotá, Antropos, 2008.
- Binder, Alberto, “Poder, violencia y conflicto”, en *Introducción al derecho penal*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2004.
- Capella, Juan Ramón, *Entrada en la barbarie*, Madrid, Editorial Trotta, 2007.
- Carranza, Elías, coord., *Justicia penal y sobrepoblación penitenciaria. Respuestas Posibles*, México, Siglo Veintiuno Editores/ILANUD, 2a. ed., 2007.
- Carrión, Fernando; Ponton, Jenny; y, Armijos, Blanca, *120 estrategias y 36 experiencias de seguridad ciudadana*, Quito, FLACSO, 2009.

- Constitución de la República de Ecuador, 2008.
- Convención Americana de Derechos Humanos.
- Convención contra la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes.
- Convención para prevenir y sancionar el delito de genocidio.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Del Penal Miguel Castro Castro vs Perú*, Sentencia de 2 de agosto de 2008.
- _____, *Caso “Instituto de Reeducción del Menor” vs Paraguay*, Sentencia de 2 de septiembre de 2004.
- _____, *Caso Caesar vs Trinidad y Tobago*, Sentencia 11 de marzo de 2005.
- _____, *Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs Venezuela*, Sentencia de 5 de julio de 2006.
- _____, *Caso de la “Panel Blanca” (Paniagua Morales y otros) vs Guatemala*, Sentencia de 8 de marzo de 1998.
- _____, *Caso Tibi vs Ecuador*, Sentencia de 7 de septiembre de 2004.
- Cruz Rueda, Elisa, “Principios generales del derecho indígena”, en Huber, Rudolf y otros, coord., *Hacia sistemas jurídicos plurales*, Bogotá, Antropos, 2008.
- De Castro, Lolita Aniyar, “Derechos humanos: delincuentes y víctimas, todos víctimas”, en de Castro, Lolita Aniyar y Rosales, Elsie, *Cuestión criminal y derechos humanos: la perspectiva crítica*, Caracas, Instituto de Ciencias Penales, 2007.
- _____, “Derechos Humanos, modelo integral de la ciencia penal y sistema penal subterráneo”, en Zaffaroni, Eugenio Raúl, edit., *Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina (primer informe)*, Buenos Aires, IIDH/Depalma, 1984.
- De Sousa Santos, Boaventura, *La globalización del derecho, los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*, Bogotá, ILSA, 2002.
- Dufour, Gilbert, *Sospechas en Ecuador. Infernal injusticia*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos/Editorial Trama, 2009.
- El Comercio, “la seguridad es fracturada por los armados”, Quito, Cuaderno 2, 1 de enero de 2010.
- Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.
- Ferrajoli, Luigi, *Derecho Penal mínimo y otros ensayos*, Aguascalientes, Comisión Estatal de Derechos Humanos de Aguascalientes, 2008.
- _____, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 7a. ed., 2005.
- Fiss, Owen, “The forms o Justice”, en *The Lam, as it could be*, Nueva York, New York University Press, 2003.
- Gargarella, Roberto, *De la injusticia penal a la justicia social*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores/Universidad de los Andes, 2008.

- , “La coerción penal en contextos de injusta desigualdad”, ensayo compartido por el autor.
- Gomáriz, Enrique, “Violencia y castigo desde una perspectiva integral”, en *Revista Nueva Sociedad*, N. 208, marzo-abril de 2007.
- Huber, Rudolf y otros, *Hacia sistemas jurídicos plurales. Reflexiones y experiencias de coordinación entre el derecho estatal y el derecho indígena*, Bogotá, Konrad Anenauer Stiftung, 2008.
- Immanuel, Kant, “The doctrine of virtue”, en *Metaphysics of morals*, citado por Steiner, Henry y Alston, Philip, *International Human Right in context, Law Politics and Morals*, Nueva York, Oxford University Press, 2a. ed., 2000.
- Langbein, John H., “Tortura y plea bargaining”, Maier, Julio B.J. y Bovino, Alberto, comp., *El procedimiento abreviado*, Buenos Aires, Del Puerto Editores, 2005.
- Magendzo, Abraham, “Dilemas y tensiones en torno a la educación en Derechos Humanos en democracia”, en *Estudios básicos de Derechos Humanos VI*, San José, IIDH, 1996.
- Maier, Julio B., “La privación de libertad durante el procedimiento penal. El encarcelamiento preventivo hoy”, en Anitua, Gabriel y Tedesco, Ignacio, coord., *La cultura penal. Homenaje al profesor Edmundo S. Hendler*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2009.
- Maier, Julio B.J. y Alberto Bovino, comp., *El procedimiento abreviado*, Buenos Aires, Del Puerto Editores, 2005.
- Morales, Juan Pablo, “Democracia sustancia, sus elementos y conflictos en la práctica”, en Ávila Santamaría, Ramiro, edit., *Neoconstitucionalismo y sociedad*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos/V&M Gráficas, Serie Justicia y Derechos Humanos, No. 1, 2008.
- Nercellas, Marta, “Desigualdades en la balanza socioeconómica y sistema penal”, en Anitua, Gabriel y Tedesco, Ignacio, *La cultura penal. Homenaje al profesor Edmundo S. Hendler*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2009.
- Organización Panamericana de la Salud, “Informes anuales sobre el estado de la salud en las Américas”, en Durá, Mauricio Benito, edit., *Sistemas penitenciarios y penas alternativas en Iberoamérica, Análisis a partir de la situación de la criminalidad y las políticas criminológicas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- Panikkar, Raimon, *Paz e interculturalidad, una reflexión filosófica*, Madrid, Herder, 2006.
- Pavarini, Massimo, “La guerra a las ‘no personas’”, en *Castigar al enemigo, Criminalidad, exclusión e inseguridad*, Quito, FLACSO/Crearimagen, 2009.
- , “Por una política democrática de ‘nueva prevención’”, en *Castigar al enemigo, Criminalidad, exclusión e inseguridad*, Quito, FLACSO/

- Crearimagen, 2009.
- _____, “Seguridad frente al delito y gobierno de la ciudad”, en *Castigar al enemigo, Criminalidad, exclusión e inseguridad*, Quito, FLACSO/Crearimagen, 2009.
- Prieto Sanchís, Luis, “La limitación en el campo penal”, en *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Editorial Trotta, 2003.
- Ramm, Alejandra, *Imputados*, Santiago de Chile, Ediciones Diego Portales, 2005.
- Riego, Cristian y Duce, Mauricio, edit., *Prisión preventiva y reforma procesal penal en América Latina. Evaluación y perspectivas*, Santiago de Chile, CEJA-JSCA, 2008.
- Tedesco, Ignacio, “Hacia la civilización del Derecho Penal”, en Anitua, Gabriel y Tedesco, Ignacio, *La cultura penal. Homenaje al profesor Edmundo S. Hendler*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2009.
- Thomas, Mathiesen, *Juicio a la prisión*, Buenos Aires, Ediar, 2003.
- Vilhena Vieira, Oscar, “Desigualdad y Estado de Derecho”, en *Sur Revista Internacional de derechos humanos*, N. 6, Año 4, Sao Paulo, 2007.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl, “Presentación del Anteproyecto de Código Orgánico de Garantías Penales del Ecuador”, en Ávila Santamaría, Ramiro, coord., *Anteproyecto de Código Orgánico de Garantías Penales, la Constitucionalidad del Derecho Penal*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Serie Justicia y Derechos Humanos/V&M Gráficas, N. 17, 2010.
- _____, *El enemigo en el derecho penal*, Bogotá, Ibañez, 2006.
- _____, “El discurso feminista y el poder punitivo”, en Birgin, Haydée, comp., *Las trampas del poder punitivo. El género del derecho penal*, Buenos Aires, Editorial Biblos, Colección Identidad, Mujer y Derecho, 2000.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl, Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, Ediar, 2005.
- Zalamea, Diego, “Reporte del Estado de la Prisión Preventiva en Ecuador”, en Riego, Cristian y Duce, Mauricio, edit., *Prisión preventiva y reforma procesal penal en América Latina. Evaluación y perspectivas*, Santiago de Chile, CEJA-JSCA, 2008.

Los Derechos de las Personas Privadas de su Libertad en la Constitución de 2008 a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos

David Cordero Heredia

Dedicado a las valientes mujeres de la Cárcel del Inca

Sumario

1. Introducción. 2. Las personas privadas de su libertad como grupo vulnerable. 2.1. Personas privadas de su libertad con doble condición de vulnerabilidad. 3. Limitación de derechos de las personas privadas de su libertad. 4. Condiciones mínimas de la privación de la libertad. 4.1. Control judicial. 4.2. Petición y respuesta. 4.3. Registro e ingreso. 4.4. Atención médica. 4.5. Alimentación y agua potable. 4.6. Albergue. 4.7. Educación y cultura. 4.8. Trabajo. 4.9. Libertad religiosa. 4.10. Libertad de expresión, asociación y reunión. 4.11. Medidas contra el hacinamiento. 4.12. Contacto con el mundo exterior. 5. Manejo del Sistema de Rehabilitación Social. 5.1. Traslados. 5.2. Personal de los centros de rehabilitación social. 5.3. Registros corporales e inspecciones de instalaciones. 5.4. Régimen disciplinario. 5.5. Medidas para combatir la violencia y situaciones de emergencia. 6. Conclusiones. 7. Bibliografía.

1. Introducción

La limitación de la libertad personal, como todos los demás derechos fundamentales, requiere un estricto análisis dentro de un Estado Social de Derechos.¹ Este análisis consiste, en abstracto, en la consideración de los derechos fundamentales concurrentes, la enunciación de un fin legítimo, la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad de la medida. Las acciones que tome el Estado, encaminadas a la limitación del derecho a la libertad personal, deben respetar el sistema de conceptos que sostienen el Estado Constitucional, que descansan en el reconocimiento del “valor de la dignidad humana y de los derechos y libertades fundamentales”.²

¹ Art. 1 de la Constitución Política de la República del Ecuador.

² Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas*, aprobado por la Comisión

El paso del Estado de Derecho al Estado Social de Derechos (llamado también Estado Constitucional), no constituyó necesariamente repensar todas las instituciones de la primera estructura y si debían permanecer, modificarse o desaparecer en la segunda. Muchas instituciones jurídicas se mantuvieron intactas, con una reestructuración en el discurso jurídico que las sostenía y justificaba. Pero ciertas instituciones como la privación de la libertad³ no han pasado por ese proceso. Esto se debe a que, a pesar de que muchas personas la consideran una medida incompatible con el Estado Social de Derechos, no se han encontrado medidas alternativas que reciban una aceptación masiva así como la vigencia de discursos legitimantes de éstas.

Sin embargo, lo que sí ha sido revisado es como esta institución puede continuar existiendo desde el paradigma del Estado Social de Derechos de la forma menos lesiva a la dignidad humana de las personas a las cuales están sometidas a su régimen. Esta revisión parte del reconocimiento del “derecho fundamental que tienen todas las personas privadas de libertad a ser tratadas humanamente, y a que se respete y garantice su dignidad, su vida y su integridad

Interamericana de Derechos Humanos en su 131º período ordinario de sesiones, celebrado del 3 al 14 de marzo de 2008, Preámbulo. Ver además, Organización de las Naciones Unidas, *Organización de las Naciones Unidas, Principios básicos para el tratamiento de los reclusos*, Adoptados y proclamados por la Asamblea General en su resolución 45/111, de 14 de diciembre de 1990, principio 1; y, Organización de las Naciones Unidas, *Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión*, Adoptado por la Asamblea General en su resolución 43/173, de 9 de diciembre de 1988, principio 1.

³ Para efectos del presente trabajo entenderemos como privación de la libertad la definición de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos contenida en la disposición general de su documento “Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas”: Cualquier forma de detención, encarcelamiento, institucionalización, o custodia de una persona, por razones de asistencia humanitaria, tratamiento, tutela, protección, o por delitos e infracciones a la ley, ordenada por o bajo el control de facto de una autoridad judicial o administrativa o cualquier otra autoridad, ya sea en una institución pública o privada, en la cual no pueda disponer de su libertad ambulatoria. Se entiende entre esta categoría de personas, no sólo a las personas privadas de libertad por delitos o por infracciones e incumplimientos a la ley, ya sean éstas procesadas o condenadas, sino también a las personas que están bajo la custodia y la responsabilidad de ciertas instituciones, tales como: hospitales psiquiátricos y otros establecimientos para personas con discapacidades físicas, mentales o sensoriales; instituciones para niños, niñas y adultos mayores; centros para migrantes, refugiados, solicitantes de asilo o refugio, apátridas e indocumentados; y cualquier otra institución similar destinada a la privación de libertad de personas.

física, psicológica y moral”,⁴ concepción incompatible con la antigua concepción de que todo sufrimiento al que se encuentre expuesta una persona privada de su libertad es connatural a la pena impuesta.

Tal es el caso de Ecuador. A raíz de la aprobación de la Constitución de 2008, se encuentran recogidos en la máxima norma ecuatoriana una serie de principios que buscan potenciar el reconocimiento de los derechos humanos de las minorías, en especial de aquellas que se encuentran en estado de vulnerabilidad. La Constitución de 2008 reconoce a las personas privadas de su libertad derechos específicos dentro del título II de dedicado a los derechos fundamentales. Además, se reconocen estos derechos dentro del capítulo III dedicado a los Derechos de las Personas y Grupos de Atención Prioritaria. El escaso o nulo desarrollo de los derechos de las personas privadas de su libertad en la jurisprudencia y la legislación ecuatorianas debe ser superado acudiendo al extenso desarrollo jurisprudencia y normativo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

La comunidad internacional, a pesar de ciertos rezagos de concepciones de derecho penal máximo en algunos Estados, acepta que las penas privativas de la libertad tienen “como finalidad esencial la reforma, la readaptación social y la rehabilitación personal de los condenados; la resocialización y reintegración familiar; así como la protección de las víctimas y de la sociedad”.⁵ En el mismo sentido, la Constitución Ecuatoriana de 2008 reconoce que:

El sistema de rehabilitación social tendrá como finalidad la rehabilitación integral de las personas sentenciadas penalmente para reinsertarlas en la sociedad, así como la protección de las personas privadas de libertad y la garantía de sus derechos.

El sistema tendrá como prioridad el desarrollo de las capacidades de las personas sentenciadas penalmente para ejercer sus derechos y cumplir sus responsabilidades al recuperar la libertad.⁶

Queda claro que para la consecución de este fin los Estados deben garantizar: (i) el goce de los derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad, sobre todo en cuanto a la satisfacción de las necesidades que por su condición no pueden solventar por sí mismas; y, (ii) el ejercicio de estos derechos

⁴ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Principios y Buenas Prácticas sobre...*, *op.cit.*, Preámbulo.

⁵ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Principios y Buenas Prácticas sobre...*, *op.cit.*, Preámbulo.

⁶ Constitución de la República del Ecuador, Artículo 201.

mediante sistemas de garantías judiciales que respeten el debido proceso legal y que tomen en cuenta su particular condición de vulnerabilidad.²

Por las razones antes expuestas los Estados han adoptado una serie de instrumentos que reconocen los derechos de las personas privadas de la libertad, de los cuales son relevantes para el Estado ecuatoriano: (i) en términos generales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Declaración Americana, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Económicos Sociales y Culturales; (ii) en específico el Conjunto de Principios de Naciones Unidas para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil, los Principios básicos de Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos, las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores, las Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad, las Reglas mínimas de Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos y los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos; y, (iii) las sentencias de fondo y medidas provisionales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que han abordado la problemática de los sistemas penitenciarios de varios países del continente.

El presente artículo tratará de dar cuenta de los contenidos y alcances que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos da a los disposiciones constitucionales en materia de las personas privadas de su libertad; para esto abordaremos los siguientes puntos: (i) Las personas privadas de la libertad como grupo vulnerable, (ii) limitación de derechos de las personas privadas de su libertad, (iii) las condiciones mínimas de la privación de la libertad, (iv) el manejo del Sistema de Rehabilitación Social; y, (v) las conclusiones.

2. Las personas privadas de su libertad como grupo vulnerable

En función del objetivo de procurar condiciones de igualdad material, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y las Constituciones Nacionales reconocen la condición de vulnerabilidad de ciertos grupos sociales marginados históricamente y cuya condición les impide alcanzar los niveles de goce de los derechos fundamentales que tiene el resto de la población.

La Constitución Ecuatoriana de 2008 las llama personas y grupos de atención prioritaria. Estos grupos son, de acuerdo el capítulo III del Título II de la Constitución, las personas adultas mayores, los jóvenes, personas en situación de movilidad humana, las mujeres embarazadas, las niñas, niños y adolescentes, las personas con discapacidad, las personas con enfermedades catastróficas, las personas privadas de libertad, las personas usuarias y consumidoras de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, las personas en situación de riesgo, las víctimas de violencia doméstica y sexual, maltrato infantil, desastres naturales o antropogénicos. Respecto a estos grupos los Estados tienen una obligación especial de garantes de sus derechos.⁷ La vulnerabilidad de las personas privadas de su libertad se configura por la imposibilidad de proveerse a sí mismas ciertas condiciones de vida por su situación de limitación de su libertad ambulatoria.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos dentro del caso Instituto de Reeducción del Menor, respecto a esta condición de vulnerabilidad, se manifestó en el siguiente sentido:

Frente a las personas privadas de libertad, **el Estado se encuentra en una posición especial de garante**, toda vez que las autoridades penitenciarias

⁷ Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*, Sentencia de 8 de julio de 2004, Serie C No. 110, párr. 40; , *Caso 19 Comerciantes vs. Colombia*, Sentencia de 5 de julio de 2004, Serie C No. 109, párr. 98; *Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*, Sentencia de 7 de junio de 2003, Serie C No. 99, párr. 111; *Caso Bulacio vs. Argentina*, Sentencia de 18 de septiembre de 2003, Serie C No. 100, párr. 138; *Caso de la Cárcel de Urso Branco*, Medidas Provisionales, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 7 de julio de 2004, considerando sexto; *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*, Medidas Provisionales, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 7 de mayo de 2004, considerando décimo tercero; *Caso “Instituto de Reeducción del Menor” Vs. Paraguay*, Sentencia de 2 de septiembre de 2004 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 112, párr. 152; *Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) Vs. Venezuela*, Sentencia de 5 de julio de 2006, (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 150, párr. 87; *Caso García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú*, Sentencia de 25 de noviembre de 2005, Serie C No. 137, párr. 221 *Caso Raxcacó Reyes vs. Guatemala*, Sentencia de 15 de septiembre de 2005, Serie C No. 133, párr. 95, *Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala*, Sentencia de 20 de junio de 2005, Serie C No. 126, párr. 118; *Solicitud de Medidas Provisionales Respecto del Brasil, a favor de las personas privadas de libertad en la penitenciaría “Dr. Sebastião Martins Silveira” en Araraquara, São Paulo*, Resolución de 30 de Septiembre de 2006, párr. 11; *Medidas Provisionales Respecto de la República Federativa del Brasil, Caso de los niños y Adolescentes privados de libertad en el “complexo do tatuapé” de Febem*, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 30 de noviembre de 2005, párr. 7.

ejercen un fuerte control o dominio sobre las personas que se encuentran sujetas a su custodia. De este modo, se produce una relación e interacción especial de sujeción entre la persona privada de libertad y el Estado, caracterizada por la particular intensidad con que el Estado puede regular sus derechos y obligaciones y por las circunstancias propias del encierro, en donde **al recluso se le impide satisfacer por cuenta propia una serie de necesidades básicas que son esenciales para el desarrollo de una vida digna.**⁸ (Énfasis agregado)

Es importante entender que las medidas de privación de la libertad constituyen la limitación legal de un solo derecho, el derecho a la libertad personal. Todos los demás derechos humanos de las personas privadas de su libertad deben ser respetados, sobre todo los que se refieren a condiciones para el desarrollo de una vida digna acorde a su dignidad humana,⁹ sobre este punto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos estableció que:

En particular, y tomando en cuenta la posición especial de garante de los Estados frente a las personas privadas de libertad, se les respetará y garantizará su vida e integridad personal, y se asegurarán condiciones mínimas que sean compatibles con su dignidad.¹⁰

Por lo antes expuesto, los Estados deben garantizar los derechos humanos de las personas privadas de su libertad, no sólo con el cumplimiento de obligaciones negativas como la prohibición de las torturas y otros tratos crueles inhumanos y degradantes, sino llevando adelante adecuaciones estructurales dentro de los centros penitenciarios para la dotación de servicios básicos, así como el acceso a alimentación adecuada, educación, salud, derechos sexuales, libertad religiosa, trabajo.¹¹ Es decir los Estados “debe[n] asumir una serie de responsabilidades particulares y tomar diversas iniciativas especiales para garantizar a los reclusos las condiciones necesarias para desarrollar una vida digna y contribuir al *goce efectivo de aquellos derechos que bajo ninguna circunstancia pueden*

⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso “*Instituto de Reeducción del Menor*”..., *op. cit.*, párr. 152.

⁹ Cfr. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Principios y Buenas Prácticas sobre...*, *op.cit.*, Principio I. Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso “*Instituto de Reeducción del Menor*”..., *op. cit.*, párr. 151.

¹⁰ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Principios y Buenas Prácticas sobre...*, *op.cit.*, Principio I.

¹¹ Sobre este punto ver Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Principios y Buenas Prácticas sobre...*, *op.cit.*, Principio II.

restringirse o de aquéllos cuya restricción no deriva necesariamente de la privación de libertad y que, por tanto, no son permisible. De no ser así, ello implicaría que la privación de libertad despoja a la persona de su titularidad respecto de todos los derechos humanos, lo que no es posible aceptar”.¹²

2.1. Personas privadas de su libertad con doble condición de vulnerabilidad

Como antes expresamos, para la Constitución de 2008 y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos las personas privadas de su libertad son un grupo en condición de vulnerabilidad, además, como las medidas privativas de la libertad se aplican de forma generalizada dentro de la administración de la justicia, existen situaciones en las que una persona detenida reúne más de una condición de vulnerabilidad.¹³

Sobre este tema se han desarrollado varios instrumentos internacionales que recogen la obligación internacional de los Estados de dar atención especial a estos grupos, en especial a niños, niñas y adolescentes, mujeres y personas adultas mayores, personas discapacitadas o con enfermedades graves,¹⁴ entre otras, en especial cuando se encuentran privadas de su libertad.

Los instrumentos internacionales contienen cláusulas generales de prohibición de discriminación en base a categorías sospechosas:

Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos de Naciones Unidas

Las reglas que siguen deben ser aplicadas imparcialmente. No se debe hacer diferencias de trato fundadas en prejuicios, principalmente de raza, color, sexo, lengua, religión, opinión política o cualquier otra opinión, de origen nacional o social, fortuna, nacimiento u otra situación cualquiera. 2) Por el contrario, importa respetar las creencias religiosas y los preceptos morales del grupo al que pertenezca el recluso.¹⁵

¹² Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso “Instituto de Reeducción del Menor”..., *op. cit.*, párr. 153.

¹³ La Constitución de 2008 prevé esta posibilidad en su artículo 35: “Las personas adultas mayores, niñas, niños y adolescentes, mujeres embarazadas, personas con discapacidad, personas privadas de libertad y quienes adolezcan de enfermedades catastróficas o de alta complejidad, recibirán atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado. La misma atención prioritaria recibirán las personas en situación de riesgo, las víctimas de violencia doméstica y sexual, maltrato infantil, desastres naturales o antropogénicos. El Estado prestará especial protección a las personas en condición de doble vulnerabilidad.

¹⁴ Cfr. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Principios y Buenas Prácticas sobre...*, *op. cit.*, Preámbulo.

¹⁵ Organización de las Naciones Unidas, *Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos*,

Principios básicos para el tratamiento de los reclusos de Naciones Unidas

No existirá discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento u otros factores¹⁶

Sin perjuicio de lo que antecede, es necesario respetar las creencias religiosas y los preceptos culturales del grupo a que pertenezcan los reclusos, siempre que así lo exijan las condiciones en el lugar.¹⁷

Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas

Bajo ninguna circunstancia se discriminará a las personas privadas de libertad por motivos de su raza, origen étnico, nacionalidad, color, sexo, edad, idioma, religión, opiniones políticas o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento, discapacidad física, mental o sensorial, género, orientación sexual, o cualquiera otra condición social. En consecuencia, se prohibirá cualquier distinción, exclusión o restricción que tenga por objeto o por resultado, menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos internacionalmente reconocidos a las personas privadas de libertad.¹⁸

No serán consideradas discriminatorias las medidas que se destinen a proteger exclusivamente los derechos de las mujeres, en particular de las mujeres embarazadas y de las madres lactantes; de los niños y niñas; de las personas adultas mayores; de las personas enfermas o con infecciones, como el VIH-SIDA; de las personas con discapacidad física, mental o sensorial; así como de los pueblos indígenas, afrodescendientes, y de minorías. Estas medidas se aplicarán dentro del marco de la ley y del derecho internacional de los derechos humanos, y estarán siempre sujetas a revisión de un juez u otra autoridad competente, independiente e imparcial.¹⁹

Adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977, apartado 6.1.

¹⁶ Organización de las Naciones Unidas, Organización de las Naciones Unidas, *Principios básicos para el tratamiento...*, op. cit., principio 2.

¹⁷ Organización de las Naciones Unidas, *Principios básicos para el tratamiento...*, op. cit., principio 3.

¹⁸ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Principios y Buenas Prácticas sobre...*, op.cit., Principio II.

¹⁹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Principios y Buenas Prácticas sobre...*, op.cit., Principio II.

Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad

Las Reglas deberán aplicarse imparcialmente a todos los menores, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, edad, idioma, religión, nacionalidad, opinión política o de otra índole, prácticas o creencias culturales, patrimonio, nacimiento, situación de familia, origen étnico o social o incapacidad. Se deberán respetar las creencias religiosas y culturales, así como las prácticas y preceptos morales de los menores.²⁰

En el tratamiento de grupos como las personas adultas mayores²¹ y los niños, niñas y adolescentes, existen disposiciones especiales para cuando se encuentren privadas de la libertad, tales como la obligación de la separación de las personas detenidas por categorías como sexo, edad, razón de detención, condición médica, etc.²²

En particular, se dispondrá la separación de mujeres y hombres; niños, niñas y adultos; jóvenes y adultos; personas adultas mayores; procesados y condenados; y personas privadas de libertad por razones civiles y por razones penales. En los casos de privación de libertad de los solicitantes de asilo o refugio, y en otros casos similares, los niños y niñas no deberán ser separados de sus padres. Los solicitantes de asilo o refugio y las personas privadas de libertad a causa de infracción de las disposiciones sobre migración no deberán estar privados de libertad en establecimientos destinados a personas condenadas o acusadas por infracciones penales.²³

²⁰ Organización de las Naciones Unidas, *Organización de las Naciones Unidas, Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad*, adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/113, de 14 de diciembre de 1990, apartado I(4).

²¹ Constitución de la República del Ecuador, artículo 38. “El Estado establecerá políticas públicas y programas de atención a las personas adultas mayores, que tendrán en cuenta las diferencias específicas entre áreas urbanas y rurales, las inequidades de género, la etnia, la cultura y las diferencias propias de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades; asimismo, fomentará el mayor grado posible de autonomía personal y participación en la definición y ejecución de estas políticas. En particular, el Estado tomará medidas de: [...] 7. Creación de regímenes especiales para el cumplimiento de medidas privativas de libertad. En caso de condena a pena privativa de libertad, siempre que no se apliquen otras medidas alternativas, cumplirán su sentencia en centros adecuados para el efecto, y en caso de prisión preventiva se someterán a arresto domiciliario.”

²² Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Principios y Buenas Prácticas sobre...*, *op.cit.*, Principio IXX.

²³ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Principios y Buenas Prácticas sobre...*, *op.cit.*, Principio IXX. Sobre este punto, la Convención Americana sobre Derechos Humanos prescribe en su artículo 5(4): “Los procesados deben estar separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su condición de personas no condenadas”; y en su artículo 5(5): “Cuando los menores

En cuanto a niños, niñas y adolescentes, existen normas especiales como las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad²⁴ y las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing).²⁵ Estas normas establecen un régimen especial basada en la excepcionalidad de las medidas privativas de la libertad,²⁶ mantener el contacto con la sociedad en el proceso de rehabilitación,²⁷ supervisión de las medidas²⁸ y el tratamiento con personal especializado y acorde a su edad.²⁹

Para la Corte Interamericana, “la protección de la vida del niño requiere que el Estado se preocupe particularmente de las circunstancias de la vida que llevará mientras se mantenga privado de libertad, puesto que ese derecho no se ha extinguido ni restringido por su detención o prisión”.³⁰

Las personas con discapacidades mentales son otro grupo tratado de forma especial en el Derecho Internacional, para la Comisión Interamericana de Derechos Humanos la atención de este grupo deberá realizarse de la siguiente manera:

Los sistemas de salud de los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos deberán incorporar, por disposición de la ley, una serie de medidas en favor de las personas con discapacidades mentales, a fin de garantizar la gradual desinstitucionalización de dichas personas y la organización de servicios alternativos, que permitan alcanzar objetivos compatibles con un sistema de salud y una atención psiquiátrica integral, continua, preventiva, par-

puedan ser procesados, deben ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible, para su tratamiento”.

²⁴ Organización de las Naciones Unidas, *Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores...*, op. cit.

²⁵ Organizaciones de las Naciones Unidas, *Organizaciones de las Naciones Unidas, Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing)*, adoptadas por la Asamblea General en su resolución 40/33, de 28 de noviembre de 1985.

²⁶ Organización de las Naciones Unidas, *Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores...*, op. cit., apartados I(1) y I(2).

²⁷ Organización de las Naciones Unidas, *Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores...*, op. cit., apartado I(8).

²⁸ Organización de las Naciones Unidas, *Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores...*, op. cit., apartado II(14).

²⁹ Organización de las Naciones Unidas, *Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores...*, op. cit., apartado II(12).

³⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Medidas Provisionales Respecto de la República Federativa del Brasil, Caso de los niños...*, op. cit., párr. 7; *Caso “Instituto de Reeducación del Menor”...*, op.cit., párr. 160; *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17.

tipicativa y comunitaria, y evitar así, la privación innecesaria de la libertad en los establecimientos hospitalarios o de otra índole. La privación de libertad de una persona en un hospital psiquiátrico u otra institución similar deberá emplearse como último recurso, y únicamente cuando exista una seria posibilidad de daño inmediato o inminente para la persona o terceros. La mera discapacidad no deberá en ningún caso justificar la privación de libertad.³¹

Las personas que son miembros de las nacionalidades indígenas deben recibir sanciones de acuerdo a su justicia consuetudinaria y la privación de la libertad debe ser excepcional.³²

La Constitución prescribe un tratamiento particular para personas adultas mayores, en su caso se deberán tomar medidas alternativas a la privación de la libertad en caso de condenas o arresto domiciliario en caso de prisión preventiva.³³

La protección especial debe ser entendida como la obligación del Estado de garantizar a las personas privadas de la libertad, que tenga una doble condición de vulnerabilidad, la atención que mejor se ajuste a sus características particulares. Si las condiciones económicas del Estado no permiten adaptaciones especiales a los centros penitenciarios, entonces se deberán utilizar medidas alternativas a las privativas de la libertad.³⁴

3. Limitación de derechos de las personas privadas de su libertad

Un tema fundamental que debe ser analizado por los Estado para la conducción de su política penitenciaria es qué derechos están limitados para las personas privadas de su libertad y en qué grado. En la mayor parte de legislaciones occidentales las medidas privativas de la libertad sólo conllevan la limitación del derecho a la libertad personal y en algunos la interdicción civil y política. Se entiende entonces que las personas privadas de su libertad “gozarán de los mismos derechos reconocidos a toda persona en los instrumentos nacionales e internacionales sobre derechos humanos, a excepción de aquéllos cuyo ejercicio

³¹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Principios y Buenas Prácticas sobre...*, *op.cit.*, Principio III.4.

³² Cfr. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Principios y Buenas Prácticas sobre...*, *op.cit.*, Principio III.1.

³³ Cfr., Constitución de la República del Ecuador, artículo 38(7).

³⁴ Cfr. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Principios y Buenas Prácticas sobre...*, *op.cit.*, Principio III.1.

esté limitado o restringido temporalmente, por disposición de la ley y por razones inherentes a su condición de personas privadas de libertad”,³⁵ por lo que “el Estado debe garantizar a los reclusos la existencia de condiciones que dejen a salvo sus derechos”.³⁶

Tomando en cuenta que la limitación legítima de derechos humanos a las personas privadas de su libertad sólo se puede dar sobre su libertad personal, los demás derechos humanos deben ser garantizados a cabalidad por el Estado. La Corte Interamericana reconoce que “[l]a privación de libertad trae a menudo, como consecuencia ineludible, la afectación del goce de otros derechos humanos además del derecho a la libertad personal, [sin embargo esta] restricción de derechos, consecuencia de la privación de libertad o efecto colateral de la misma, sin embargo, debe limitarse de manera rigurosa”.³⁷

Ciertas prácticas comunes del sistema penal ecuatoriano deben ser, por tanto, abolidas, como la incomunicación coactiva, la privación de libertad secreta en lugares oficialmente no reconocidos,³⁸ la privación de la libertad a mujeres embarazadas y adultas mayores, entre otras.

Un derecho humano comúnmente violado en el Ecuador es el de la presunción de la inocencia, al aplicar indiscriminadamente la prisión preventiva. La prisión preventiva debe ser aplicada de forma excepcional, tomando en cuenta los demás derechos humanos involucrados en el caso concreto³⁹ y limitando

³⁵ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Principios y Buenas Prácticas sobre...*, op.cit., Principio VIII. En el mismo sentido, Organización de las Naciones Unidas, *Principios básicos para el tratamiento...*, op. cit., principio 5.

³⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Raxcacó Reyes...*, op. cit., párr. 95; *Caso Lori Berenson Mejía Vs. Perú*, Sentencia de 25 de noviembre de 2004. Serie C No. 119, párr. 102; *Caso Tibi Vs. Ecuador*, Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114, párr 150; y, *Caso Bulacio...*, op. cit., párr. 126.

³⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Montero Aranguren...*, op. cit., párr. 86; *Caso López Álvarez vs. Honduras*, Sentencia de 1 de febrero de 2006, Serie C No. 141, párr. 105; *Caso “Instituto de Reeducción del Menor”...*, op. cit., y *Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso “Cinco Pensionistas” vs. Perú*, Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98, párr. 116.

³⁸ Cfr. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Principios y Buenas Prácticas sobre...*, op.cit., Principio III.1.

³⁹ Cfr. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Principios y Buenas Prácticas sobre...*, op.cit., Principio III.2. En el mismo sentido, Organización de las Naciones Unidas, *Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores...*, op. cit., apartado III(17). Ver además, Organizaciones de las Naciones Unidas, Organizaciones de las Naciones Unidas, *Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores...*, op. cit., apartado 13.2.

al máximo la discrecionalidad de los jueces penales para dictar dicha medida.⁴⁰

La privación preventiva de la libertad, como medida cautelar y no punitiva, deberá además obedecer a los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad, en la medida estrictamente necesaria en una sociedad democrática, que sólo podrá proceder de acuerdo con los límites estrictamente necesarios para asegurar que no se impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni se eludirá la acción de la justicia, siempre que la autoridad competente fundamente y acredite la existencia, en el caso concreto, de los referidos requisitos.⁴¹

La Constitución de 2008 recoge estos principios en sus artículos 77(1) (excepcionalidad de la privación de la libertad)⁴² y 77(9) (caducidad de la prisión preventiva).⁴³ Lamentablemente al momento de cerrar la edición del presente trabajo se impulsaba una reforma constitucional para que, mediante referendo, se modifiquen estas disposiciones, lo cual significaría una medida regresiva en el campo de los derechos constitucionales y una violación al Derecho Internacional.

4. Condiciones mínimas de la privación de la libertad

Con el fin de garantizar los derechos humanos de las personas privadas de la libertad, la comunidad internacional ha establecido cuales deben ser las condiciones mínimas de la detención. A continuación procuraremos resumir cuales

⁴⁰ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Principios y Buenas Prácticas sobre...*, *op.cit.*, Principio III.2.

⁴¹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Principios y Buenas Prácticas sobre...*, *op.cit.*, Principio III.2. En el mismo sentido, Organizaciones de las Naciones Unidas, *Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores...*, *op. cit.*, apartado 13.1.

⁴² Constitución de la República del Ecuador, artículo 77(1). “En todo proceso penal en que se haya privado de la libertad a una persona, se observarán las siguientes garantías básicas: 1. La privación de la libertad se aplicará excepcionalmente cuando sea necesaria para garantizar la comparecencia en el proceso, o para asegurar el cumplimiento de la pena; procederá por orden escrita de jueza o juez competente, en los casos, por el tiempo y con las formalidades establecidas en la ley [...]”

⁴³ Constitución de la República del Ecuador, artículo 77(9). “En todo proceso penal en que se haya privado de la libertad a una persona, se observarán las siguientes garantías básicas: [...] 9. Bajo la responsabilidad de la jueza o juez que conoce el proceso, la prisión preventiva no podrá exceder de seis meses en las causas por delitos sancionados con prisión, ni de un año en los casos de delitos sancionados con reclusión. Si se exceden estos plazos, la orden de prisión preventiva quedará sin efecto.”

son estas condiciones.

4.1. Control judicial

La ejecución de las penas, así como de las medidas cautelares personales, debe ser controlada de forma constante en sede judicial:⁴⁴

Art. 77.- En todo proceso penal en que se haya privado de la libertad a una persona, se observarán las siguientes garantías básicas:

1. La privación de la libertad se aplicará excepcionalmente cuando sea necesaria para garantizar la comparecencia en el proceso, o para asegurar el cumplimiento de la pena; procederá por orden escrita de jueza o juez competente, en los casos, por el tiempo y con las formalidades establecidas en la ley.

Los derechos de las personas privadas de la libertad deben ser susceptibles de garantía por vía judicial, mediante recursos adecuados, abogados gratuitos, exoneración de tasas judiciales y cualquier otra medida para garantizar el acceso a la justicia de las personas privadas de su libertad.⁴⁵ Debe entenderse entonces que los derechos de petición y acción (en especial en materia de derechos) no pueden quedar limitados.

4.2. Petición y respuesta

En sede administrativa, se deberá garantizar el derecho a elevar peticiones a las autoridades públicas y recibir respuesta dentro de un plazo razonable:⁴⁶

Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas:

23. El derecho a dirigir quejas y peticiones individuales y colectivas a las autoridades y a recibir atención o respuestas motivadas.

No se podrá dirigir peticiones a nombre del pueblo

Este derecho incluye el establecimiento de figuras como el silencio administrativo, permitir la representación de terceros, sanciones administrativas por la falta de respuesta, el acceso a la información del detenido de forma gratuita y

⁴⁴ Cfr. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Principios y Buenas Prácticas sobre...*, *op.cit.*, Principio VI.

⁴⁵ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Principios y Buenas Prácticas sobre...*, *op.cit.*, Principio VI.

⁴⁶ Cfr. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Principios y Buenas Prácticas sobre...*, *op.cit.*, Principio VII.

en todo momento,⁴⁷ así como la provisión de recursos efectivos para apelar las decisiones de la autoridad.

Las denuncias presentadas por las personas privadas de su libertad por violación de sus derechos humanos deberá ser atendida por las instancias responsables de forma preferente, no se podrá limitar el derecho de las personas privadas de su libertad de comparecer como actoras en procesos ante el Estado o instancias internacionales.⁴⁸

4.3. Registro e ingreso

El ingreso de una persona a un centro de privación de libertad no será permitida por las autoridades del centro si este no está autorizado por una orden de autoridad competente:⁴⁹

Art. 77.- En todo proceso penal en que se haya privado de la libertad a una persona, se observarán las siguientes garantías básicas:

2. Ninguna persona podrá ser admitida en un centro de privación de libertad sin una orden escrita emitida por jueza o juez competente, salvo en caso de delito flagrante.

En el momento del ingreso se deberá informar a la persona detenida en su lengua materna cuales son las reglas del centro en cuanto sus derechos y obligaciones.⁵⁰

Los centros de detención deberán llevar un registro de las personas privadas de su libertad⁵¹, el cual deberá contener la información sobre identidad, el estado de salud, razón de la privación, la autoridad que la ordenó, la autoridad que realiza la entrega, la autoridad que controla la privación, día y hora del ingreso, día y hora de los traslados y lugares de destino, identidad de la autoridad que

⁴⁷ Cfr. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Principios y Buenas Prácticas sobre...*, *op.cit.*, Principio VII.

⁴⁸ Cfr. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Principios y Buenas Prácticas sobre...*, *op.cit.*, Principio VII.

⁴⁹ Cfr. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Principios y Buenas Prácticas sobre...*, *op.cit.*, Principio IX.1.

⁵⁰ Cfr. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Principios y Buenas Prácticas sobre...*, *op.cit.*, Principio IX.1.

⁵¹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Principios y Buenas Prácticas sobre...*, *op.cit.*, Principio IX.2.

ordene los traslados y la encargada de realizarlos, inventario de bienes personales y la firma de la personas privada de su libertad.⁵²

Se deberá tener especial atención con: (i) las mujeres, a las cuales se les deberá realizar una prueba de embarazo; (ii) los niños, niñas y adolescentes, de los cuales se deberá indagar su edad y en caso de duda suponer que son menores de edad.

4.4. Atención médica

En vista de que los derechos a la vida, a la integridad personal y a la salud, no son limitados por la orden judicial de privación de la libertad, el Estado debe garantizar el acceso a la atención médica gratuita e integral mientras dure la detención:

Art. 51.- Se reconoce a las personas privadas de la libertad los siguientes derechos: [...]

4. Contar con los recursos humanos y materiales necesarios para garantizar su salud integral en los centros de privación de libertad.

Esta obligación del estado empieza con el ingreso de la persona al centro, en ese momento se le debe practicar un examen médico imparcial y confidencial en los que se constate la salud mental y física de la persona detenida, además de la identificación de huellas de maltrato físico o tortura y de la necesidad de algún tratamiento médico especial.⁵³ Si este examen da como resultado la existencia de alguna condición de gravedad, se deberá trasladar la información a la autoridad competente,⁵⁴ en especial las señales de tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes.

La obligación del Estado de respetar y garantizar el derecho a la salud se mantiene a lo largo de la ejecución de la medida, entendiendo el derecho a la salud como:

⁵² Cfr. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Principios y Buenas Prácticas sobre...*, *op.cit.*, Principio IX.2.

⁵³ Cfr. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Principios y Buenas Prácticas sobre...*, *op.cit.*, Principio IX.3. En el mismo sentido, Organización de las Naciones Unidas, *Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores...*, *op. cit.*, apartado IV(H)(50). Ver además, Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, Supra nota 14, apartado 24.

⁵⁴ Cfr. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Principios y Buenas Prácticas sobre...*, *op.cit.*, Principio IX.3.

[E]l disfrute del más alto nivel posible de bienestar físico, mental y social, que incluye, entre otros, la atención médica, psiquiátrica y odontológica adecuada; la disponibilidad permanente de personal médico idóneo e imparcial; el acceso a tratamiento y medicamentos apropiados y gratuitos; la implementación de programas de educación y promoción en salud, inmunización, prevención y tratamiento de enfermedades infecciosas, endémicas y de otra índole; y las medidas especiales para satisfacer las necesidades particulares de salud de las personas privadas de libertad pertenecientes a grupos vulnerables o de alto riesgo, tales como: las personas adultas mayores, las mujeres, los niños y las niñas, las personas con discapacidad, las personas portadoras del VIH-SIDA, tuberculosis, y las personas con enfermedades en fase terminal. El tratamiento deberá basarse en principios científicos y aplicar las mejores prácticas.⁵⁵

La atención médica deberá ser acorde al sistema nacional de salud, es decir las personas privadas de la libertad deberán tener acceso en la misma medida a la atención de salud pública y la instancia rectora del salud dentro del país deberá tomar en cuenta a las personas privadas de su libertad al dictar sus políticas, administrar sus recursos y priorizar sus inversiones,⁵⁶ con el fin de lograr que “los reclusos ten[gan] acceso a los servicios de salud de que disponga el país, sin discriminación por su condición jurídica.”⁵⁷

La atención médica debe ser regular y debe ser acompañada por los tratamientos que la personas requiera, “[a] su vez, el Estado debe permitir y facilitar que los detenidos sean atendidos por un facultativo elegido por ellos mismos o por quienes ejercen su representación o custodia legal [...] La atención por parte de un médico que no tenga vínculos con las autoridades penitenciarias o de detención es una importante salvaguardia en contra de la tortura y malos tratos, físicos o mentales, de los prisioneros”.⁵⁸ En cuanto a las mujeres y niñas,

⁵⁵ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Principios y Buenas Prácticas sobre...*, op.cit., Principio X. Ver además, Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, Supra nota 14, apartado 22.

⁵⁶ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Principios y Buenas Prácticas sobre...*, op.cit., Principio X.

⁵⁷ Organización de las Naciones Unidas, *Principios básicos para el tratamiento...*, op. cit., principio 9.

⁵⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) Vs. Venezuela, Sentencia de 5 de julio de 2006, (*Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*), Serie C No. 150, párr. 102. En el mismo sentido, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú, Sentencia de 25 de noviembre de 2005. Serie C No. 137, párr. 227; Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso De la Cruz Flores. Sentencia de 18 de noviembre de 2004. Serie C No.

la atención médica debe ser especializada, sobre todo cuando se encuentren embarazadas, en cuyo caso la pena o la medida privativa de la libertad debe suspenderse hasta 90 días después del parto.⁵⁹ Pasado estos 90 días la atención ginecológica y pediátrica debe ser constante,⁶⁰ para lo cual “en los establecimientos de privación de libertad para mujeres y niñas deberán existir instalaciones especiales, así como personal y recursos apropiados para el tratamiento de las mujeres y niñas embarazadas y de las que acaban de dar a luz.”⁶¹

Los hijos e hijas de las personas privadas de su libertad deberán contar también con servicio de salud especializado, así como acceso a todos los derechos humanos de los que son titulares, para lo cual se deberán contar con guarderías infantiles, servicios educativos, nutrición adecuada y recreación.⁶²

Además de las disposiciones ya mencionadas existen obligaciones específicas en cuanto a niños, niñas y adolescentes, para este grupo se deberá entregar atención médica especializada, “tanto preventiva como correctiva, incluida atención odontológica, oftalmológica y de salud mental, así como los productos farmacéuticos y dietas especiales que hayan sido recetados por un médico. Normalmente, toda esta atención médica debe prestarse cuando sea posible a los jóvenes reclusos por conducto de los servicios e instalaciones sanitari[a]s apropiad[a]s de la comunidad en que esté situado el centro de detención, a fin

115, párr. 122, y Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Tibi*. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114, párr. 157; y, Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Mathew v. The Netherlands*, Judgment of 29 September 2005. Application No. 24919/03, párr. 187.

⁵⁹ El Art. 171 del Código de Procedimiento Penal señala que: Cualquiera que fuere el delito, la prisión preventiva será sustituida por el arresto domiciliario en todos los casos en que el imputado o acusado sea una persona mayor de sesenta y cinco años de edad o que se trate de una mujer embarazada y hasta noventa días después del parto. En el mismo sentido el Art. 58 del Código Penal prescribe: Ninguna mujer embarazada podrá ser privada de su libertad, ni será notificada con sentencia que le imponga penas de prisión o de reclusión, sino 90 días después del parto. Similar disposición se encuentra en el Art. 23 del Código de la Niñez y la Adolescencia: Se sustituirá la aplicación de penas y medidas privativas de libertad a la mujer embarazada hasta noventa días después del parto, debiendo el Juez disponer las medidas cautelares que sean del caso.

⁶⁰ Cfr. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Principios y Buenas Prácticas sobre...*, *op.cit.*, Principio X.

⁶¹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Principios y Buenas Prácticas sobre...*, *op.cit.*, Principio X. En el mismo sentido, Organización de la Naciones Unidas, *Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos...*, *op. cit.*, apartado 23.

⁶² Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Principios y Buenas Prácticas sobre...*, *op.cit.*, Principio X.

de evitar que se estigmatice al menor y de promover su dignidad personal y su integración en la comunidad”.⁶³

Las personas que sufran enfermedades mentales deberán recibir tratamiento en instituciones especializadas,⁶⁴ de la misma forma, deberán existir programas de prevención y tratamiento del uso de drogas ilegales.⁶⁵

Con el fin de la prevención de enfermedades, las personas privadas de su libertad deberán tener acceso a artículos de aseo⁶⁶ y duchas.⁶⁷ “Se proveerá regularmente a las mujeres y niñas privadas de libertad los artículos indispensables para las necesidades sanitarias propias de su sexo.”⁶⁸ Las condiciones de ventilación, manejo de desperdicios, la preparación de alimentos y otras condiciones de salubridad deberán ser constantemente monitoreadas por el personal médico y por la dirección del Centro.⁶⁹

Sobre este punto, la Corte Interamericana ha interpretado que:

[L]as malas condiciones físicas y sanitarias de los lugares de detención, así como la falta de luz y ventilación adecuadas, pueden ser en sí mismas violatorias del [derecho a la integridad personal], dependiendo de la intensidad de las mismas, su duración y las características personales de quien las sufre, pues pueden causar sufrimientos de una intensidad que exceda el límite inevitable de sufrimiento que acarrea la detención, y porque conllevan sentimientos de humillación e inferioridad.⁷⁰

⁶³ Organización de las Naciones Unidas, *Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores...*, op. cit., apartado IV(H)(49).

⁶⁴ Organización de las Naciones Unidas, *Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores...*, op. cit., apartado IV(H)(53).

⁶⁵ Organización de las Naciones Unidas, *Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores...*, op. cit., apartado IV(H)(54).

⁶⁶ Organización de las Naciones Unidas, *Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos...*, op. cit., apartado 16. Sobre este tema ver además, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Principios y Buenas Prácticas sobre...*, op.cit., Principio XII.2.

⁶⁷ Cfr. Organización de las Naciones Unidas, *Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos...*, op. cit., apartado 15.

⁶⁸ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Principios y Buenas Prácticas sobre...*, op.cit., Principio XII.2.

⁶⁹ Organización de las Naciones Unidas, *Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos...*, op. cit., apartado 26.

⁷⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Montero Aranguren...*, op. cit., párr.97.

4.5. Alimentación y agua potable

La alimentación de las personas privadas de su libertad deberá ser provista por el Estado, tomando en cuenta estándares de nutrición e higiene en su preparación. Deberá tomar en cuenta además las concepciones religiosas y culturales de los individuos, así como dietas especiales debido a condiciones médicas particulares:⁷¹

Art. 13.- Las personas y colectividades tienen derecho al acceso seguro y permanente a alimentos sanos, suficientes y nutritivos; preferentemente producidos a nivel local y en correspondencia con sus diversas identidades y tradiciones culturales.

En los casos en que los niños, niñas y adolescentes puedan permanecer con sus padres dentro de los centros de privación, su nutrición estará a cargo del Estado y se les deberá tomar en cuenta en los presupuestos destinados para la alimentación de las personas privadas de su libertad. Los centros de privación de libertad contarán con provisión suficiente de agua potable:⁷²

Art. 12.- El derecho humano al agua es fundamental e irrenunciable. El agua constituye patrimonio nacional estratégico de uso público, inalienable, imprescriptible, inembargable y esencial para la vida.

Es importante destacar que prácticas como la privación del agua potable o el alimento con fines de castigo o como forma de indagación, deben estar prohibidos en la ley y su uso constituye, según el grado de afectación a la persona y la intencionalidad del acto, tortura o tratos crueles inhumanos y degradantes.

4.6. Albergue

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos se ha preocupado también en establecer cuáles son las condiciones que deben tener las personas privadas de la libertad en cuanto al espacio físico que ocupan dentro de los centros de privación de libertad.

⁷¹ Cfr. Organización de las Naciones Unidas, *Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos...*, op. cit., apartado 20. En el mismo sentido, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Principios y Buenas Prácticas sobre...*, op.cit., Principio XI. Ver también, Organización de las Naciones Unidas, *Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores...*, op. cit., apartado IV(D)(37).

⁷² Cfr. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Principios y Buenas Prácticas sobre...*, op.cit., Principio XI

Las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos de Naciones Unidas prescriben que las:

[C]eldas o cuartos destinados al aislamiento nocturno no deberán ser ocupados más que por un solo recluso. Si por razones especiales, tales como el exceso temporal de población carcelaria, resultara indispensable que la administración penitenciaria central hiciera excepciones a esta regla, se deberá evitar que se alojen dos reclusos en cada celda o cuarto individual. [...] Cuando se recurra a dormitorios, éstos deberán ser ocupados por reclusos cuidadosamente seleccionados y reconocidos como aptos para ser alojados en estas condiciones. Por la noche, estarán sometidos a una vigilancia regular, adaptada al tipo de establecimiento de que se trate.⁷³

Sobre este punto la Comisión Interamericana agrega que estos cuartos o celdas deben “disponer de espacio suficiente, exposición diaria a la luz natural, ventilación y calefacción apropiadas, según las condiciones climáticas del lugar de privación de libertad. Se les proporcionará una cama individual, ropa de cama apropiada, y las demás condiciones indispensables para el descanso nocturno.”⁷⁴

Las celdas deberán tener acceso a instalaciones sanitarias adecuadas⁷⁵ y a baños y duchas a temperatura adecuada.⁷⁶ Las personas privadas de su libertad deberán ser provistas de vestido, las cuales deben ser adecuadas a las condiciones climáticas del lugar de detención.⁷⁷ Se deberá además respetar el derecho a

⁷³ Organización de la Naciones Unidas, *Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos...*, op. cit., Supra nota 14, apartado 9.1. En el mismo sentido, Organización de las Naciones Unidas, *Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores...*, op. cit., apartado IV(D)(33).

⁷⁴ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Principios y Buenas Prácticas sobre...*, op.cit., Principio XII.1. Sobre este punto ver además, Organización de la Naciones Unidas, *Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos...*, op. cit., apartados 10, 11 y 19. En el mismo sentido, Organización de las Naciones Unidas, *Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores...*, op. cit., apartado IV(D)(31).

⁷⁵ Cfr. Organización de la Naciones Unidas, *Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos...*, op. cit., apartado 12. En el mismo sentido, Organización de las Naciones Unidas, *Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores...*, op. cit., apartado IV(D)(34).

⁷⁶ Cfr., Organización de la Naciones Unidas, *Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos...*, op. cit., apartado 13.

⁷⁷ Cfr., Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Principios y Buenas Prácticas sobre...*, op.cit., Principio XII.3. En el mismo sentido, Organización de las Naciones Unidas, *Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores...*, op. cit., apartado IV(D)(36). Ver además, Organización de la Naciones Unidas, *Reglas mínimas para el trat-*

la intimidad, expresada en el derecho de mantener objetos personales en sitios seguros.⁷⁸

Para el Corte Europea de Derechos Humanos, el sólo hecho de que una persona sea obligada a hacer uso del sanitario conjuntamente con un gran número de internos fue declarado como un trato degradante.⁷⁹

4.7. Educación y cultura

Como parte indispensable de la rehabilitación social, a las personas privadas de su libertad se les debe garantizar su derecho a la educación y a la cultura.⁸⁰ La educación deberá ser “accesible para todas las personas, [en todos los niveles,] sin discriminación alguna, y tomará en cuenta la diversidad cultural y sus necesidades especiales”:⁸¹

Art. 51.- Se reconoce a las personas privadas de la libertad los siguientes derechos: [...]

5. La atención de sus necesidades educativas, laborales, productivas, culturales, alimenticias y recreativas.

Especial atención recibirán los niños, niñas adolescentes y las personas que no han terminado su educación básica.⁸² En los centros de privación

amiento de los reclusos..., *op. cit.*, apartado 17 y 18.

⁷⁸ Cfr., Organización de las Naciones Unidas, *Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores...*, *op. cit.*, apartado IV(D)(35).

⁷⁹ Cfr. Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Khudoyorov v. Russia*, Judgment of 8 November 2005, Application No. 6847/02, párr. 107; *Case of Karalevicius v Lithuania*, Judgment of 7 April 2005, Application No. 53254/99, párr. 39; *Case of I.I v Bulgaria*, Judgment of 9 June 2005, Application No. 44082/98, párr. 73. En el mismo sentido, Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Montero Aranguren...*, *op. cit.*, párr. 99.

⁸⁰ La ausencia del derecho a la educación puede constituir una violación a la Convención Americana de Derechos Humanos y al Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos, sobre este punto revisar los casos: Corte Interamericana de Derechos Humanos Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Raxcacó Reyes...*, *op. cit.*, párr. 96.; Comité de Derechos Humanos, *Mukong c. Camerún*, Comunicación No. 458/1991, (CCPR/C/51/D/458/1991), párr. 9.3. y *Anthony McLeod c. Jamaica*, Comunicación No. 734/1997 (CCPR/C/62/D/734/1997), párr. 6.4.

⁸¹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Principios y Buenas Prácticas sobre...*, *op.cit.*, Principio XIII. En el mismo sentido, Organización de las Naciones Unidas, *Principios básicos para el tratamiento...*, *op. cit.*, principio 6.

⁸² Cfr., Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Principios y Buenas Prácticas sobre...*, *op.cit.*, Principio XIII. En el mismo sentido, Organización de las Naciones Unidas,

de la libertad se “promoverán [...] de manera progresiva y según la máxima disponibilidad de sus recursos, la enseñanza secundaria, técnica, profesional y superior, igualmente accesible para todos, según sus capacidades y aptitudes.”⁸³ En el caso ecuatoriano, el acceso y la gratuidad de la educación para las personas privadas de su libertad no puede ser diferente al contenido del derecho para las demás personas:

La educación pública será universal y laica en todos sus niveles, y gratuita hasta el tercer nivel de educación superior inclusive.⁸⁴

Los servicios de educación ofertados en los centros de privación de la libertad deberán estar coordinados por la autoridad que dirige la educación pública nacional,⁸⁵ en concordancia con esta directiva las personas privadas de su libertad deberán tener acceso a las ofertas educativas públicas en igualdad de condiciones que los demás miembros de la sociedad.

Para impulsar la actividad educativa y cultural, cada centro deberá contar con bibliotecas equipadas y equipo tecnológico adecuado.⁸⁶ Las personas privadas de la libertad deberán contar con acceso a actividades culturales,⁸⁷ sociales, deportivas⁸⁸ y recreativas.⁸⁹

La educación de los niños, niñas y adolescentes deberán orientarse a la formación profesional, que les prepare para ejercer una profesión en el futuro.⁹⁰

Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores..., op. cit., apartados IV(E)(38), IV(E)(39) y IV(E)(40). Ver además, Organización de las Naciones Unidas, *Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos...*, op. cit., apartado 77.

⁸³ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Principios y Buenas Prácticas sobre...*, op.cit., Principio XIII.

⁸⁴ Constitución de la República del Ecuador, artículo 28(iv).

⁸⁵ Cfr. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Principios y Buenas Prácticas sobre...*, op.cit., Principio XIII.

⁸⁶ Cfr., Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Principios y Buenas Prácticas sobre...*, op.cit., Principio XIII. En el mismo sentido, Organización de las Naciones Unidas, *Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores...*, op. cit., apartado IV(E)(41).

⁸⁷ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Principios y Buenas Prácticas sobre...*, op.cit., Principio XIII.

⁸⁸ Cfr., Organización de las Naciones Unidas, *Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores...*, op. cit., apartado IV(F)(47).

⁸⁹ Cfr., Organización de las Naciones Unidas, *Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos...*, op. cit., apartado 78.

⁹⁰ Cfr., Organización de las Naciones Unidas, *Reglas de las Naciones Unidas para la protec-*

4.8. Trabajo

Los Estados, en aras de impulsar una rehabilitación integral, deberán impulsar el derecho al trabajo de las personas privadas de su libertad.⁹¹ Dicho trabajo deberá recibir una remuneración adecuada de acuerdo al trabajo realizado.⁹² Se deberá poner especial atención a nivel nacional e internacional de que el trabajo de las personas privadas de la libertad no sea convertida en una forma de explotación, en la que estas personas reciban ingresos menores a los legales o se le empiecen a descontar los gastos de alimentación y servicios básicos dentro del centro de rehabilitación,⁹³ en general el trabajo de las personas privadas de la libertad se regirán por las mismas normas laborales de los trabajadores libres.⁹⁴ En el trabajo de los niños, niñas y adolescentes privados de su libertad se deberán observar las normas nacionales e internacionales de protección en materia de trabajo infantil.⁹⁵

En los centros de privación de la libertad deberán existir instalaciones para capacitación profesional que permitan a las personas privadas de su libertad el acceso a los trabajos ofertados dentro del centro,⁹⁶ el trabajo dentro de estos centros será voluntario, será un derecho el optar por el trabajo que se desee realizar.⁹⁷

ción de los menores..., op. cit., apartados IV(E)(42) y IV(E)(45).

⁹¹ La ausencia del derecho al trabajo puede constituir una violación a la Convención Americana de Derechos Humanos y al Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos, sobre este punto revisar los casos: Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Raxcacó Reyes...*, *op. cit.*, párr. 96; Comité de Derechos Humanos, *Mukong c. Camerún...*, *op. cit.*, párr. 9.3. y *Anthony McLeod c. Jamaica...*, *op. cit.*, párr. 6.4.

⁹² Cfr., Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Principios y Buenas Prácticas sobre...*, *op.cit.*, Principio XIV. En el mismo sentido, Organización de las Naciones Unidas, *Principios básicos para el tratamiento...*, *op. cit.*, principio 8. Ver además, Organización de las Naciones Unidas, *Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos...*, *op. cit.*, apartado 71.

⁹³ Cfr., Organización de las Naciones Unidas, *Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos...*, *op. cit.*, apartados 72 y 73

⁹⁴ Cfr., Organización de las Naciones Unidas, *Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos...*, *op. cit.*, apartados 74, 75 y 76.

⁹⁵ Cfr., Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Principios y Buenas Prácticas sobre...*, *op.cit.*, Principio XIV. En el mismo sentido, Organización de las Naciones Unidas, *Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores...*, *op. cit.*, apartados IV(E)(44) y IV(E)(46).

⁹⁶ Cfr., Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Principios y Buenas Prácticas sobre...*, *op.cit.*, Principio XIV.

⁹⁷ Cfr., Organización de las Naciones Unidas, *Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores...*, *op. cit.*, apartado IV(E)(43).

4.9. Libertad religiosa

Las personas privadas de libertad tendrán derecho a la libertad de conciencia y religión, este derecho se manifiesta mediante la creación de espacios y condiciones adecuadas para realizar sus manifestaciones religiosas tradicionales.⁹⁸ De existir suficientes personas que profesen una religión deberán realizarse cultos periódicos y permitir la visita de los pastores de las distintas religiones.⁹⁹

4.10. Libertad de expresión, asociación y reunión

Se deberán permitir todo tipo de asociaciones con fines pacíficos de las personas privadas de su libertad,¹⁰⁰ las restricciones a este derecho se harán únicamente en función de las necesidades de seguridad del centro.

4.11. Medidas contra el hacinamiento

El hacinamiento es uno de los problemas más comunes en la administración de los sistemas penales latinoamericanos. Obedece a la falta de planificación de los Estados, al implementar políticas de criminalización de sectores de la población que buscan aumentar la sensación de seguridad con el incremento de la población penitenciaria, política que no es seguida por un incremento de la capacidad de alojamiento del sistema penitenciario.

La Corte Interamericana tratando de determinar qué espacio por prisionero podía considerarse hacinamiento declaró que:

[U]na prisión sobrepoblada se caracteriza por un alojamiento antihigiénico y restringido, con falta de privacidad aun para realizar actividades básicas tales como el uso de las facilidades sanitarias; reducidas actividades fuera de la celda debido al número de internos que sobrepasan los servicios disponibles; servicios de salud sobrecargados; aumento de la tensión en el ambiente y por consiguiente más violencia entre los prisioneros y el personal penitenciario. Este listado es meramente enunciativo. Asimismo, el [Comité

⁹⁸ Cfr., Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Principios y Buenas Prácticas sobre...*, *op.cit.*, Principio XV.

⁹⁹ Cfr., Organización de las Naciones Unidas, *Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores...*, *op. cit.*, apartado IV(G)(48).

¹⁰⁰ Cfr., Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Principios y Buenas Prácticas sobre...*, *op.cit.*, Principio XVI.

Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes] estableció que 7 m² por cada prisionero es un guía aproximada y deseable para una celda de detención. Por otro lado, la Corte Europea de Derechos Humanos consideró que un espacio de cerca de 2m² para un interno es un nivel de hacinamiento que en sí mismo era cuestionable y no podía considerarse como un estándar aceptable, y que una celda de 7 m² para dos internos era un aspecto relevante para determinar una violación de mismo artículo. En el mismo sentido, la Corte Europea consideró que en una celda de 16.65 m² en donde habitaban 10 reclusos constituía una extrema falta de espacio.¹⁰¹

En los últimos años, millones de dólares han sido invertidos en la lucha contra el tráfico ilegal de estupefacientes por parte de los países consumidores hacia los países latinoamericanos. La mayor parte de estos recursos han sido entregados bajo la condición de que año a año los países latinoamericanos incrementen el número de personas detenidas por delitos de tráfico, mientras poco o nada de esos fondos han sido invertidos en el sistema penitenciario. Actualmente, la lucha contra el tráfico ilegal de drogas ocupa más del 50% del sistema penal y del sistema penitenciario ecuatoriano.¹⁰²

Para la Corte Interamericana, “[m]antener a una persona detenida en condiciones de hacinamiento, con falta de ventilación y luz natural, sin cama para su reposo ni condiciones adecuadas de higiene, en aislamiento e incomunicación o con restricciones indebidas al régimen de visitas constituye una violación a su integridad personal”.¹⁰³

¹⁰¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Montero Aranguren...*, *op. cit.*, párr. 90. Ver además, Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Peers v. Greece*, Judgment of 19 April 2001, Application No. 28524/95, párr. 70-72; *Case of Ostrov v. Moldova*, Judgment of 13 September 2005, Application No. 35207/03, párr. 82.; *Case of Kalashnikov v. Russia*, Judgment of 15 July 2002, Application No. 47095/99, párr. 97; *Case of Karalevicius...*, *op. cit.*, párr. 36; y, Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes, *Inf (92) 3 [EN]*, 2nd General Report, 13 April 1992, párr. 43.

¹⁰² Cfr., David Cordero Heredia, “La ley de drogas vigente como sistema jurídico paralelo”, en Juan Pablo Morales Viteri y Jorge Vicente Paladines, edit., *Entre el control social y los derechos humanos. Los retos de la política y la legislación de drogas*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009, p.187-217.

¹⁰³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Raxcacó...*, *op. cit.*, párr. 95; *Caso Fermín Ramírez...*, *op. cit.*, párr. 118; *Caso Caesar vs. Trinidad y Tobago*, Sentencia de 11 de marzo de 2005, Serie C No. 123; y, *Caso Lori Berenson Mejía vs. Perú*, Sentencia de 25 de noviembre de 2004, Serie C No. 119, párr. 102.

Según el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, los Estados deben tener políticas claras en contra del hacinamiento entre las cuales se establece que la autoridad competente debe determinar el máximo de las plazas disponibles en cada centro de detención y el número de personas efectivamente detenidas, dicha información debe ser pública¹⁰⁴. La ocupación de estos establecimientos por encima de su capacidad deberá ser prohibida por la ley, lo contrario constituirá trato cruel, inhumano o degradante y comprometerá la responsabilidad internacional del Estado por violación de los derechos humanos¹⁰⁵. Si se verifican estas situaciones los Estados deberán sancionar a los funcionarios que han permitido esta violación y deberán plantear, junto a los jueces penales, medidas inmediatas para superar este problema¹⁰⁶.

4.12. Contacto con el mundo exterior

Mantener contacto con el mundo exterior es uno de los derechos básicos de las personas privadas de su libertad. Este contacto incluye el derecho a las visitas de familiares y amigos¹⁰⁷ y el acceso a fuentes de información sobre noticias del exterior:¹⁰⁸

Art. 51.- Se reconoce a las personas privadas de la libertad los siguientes derechos:

1. No ser sometidas a aislamiento como sanción disciplinaria.
2. La comunicación y visita de sus familiares y profesionales del derecho.

¹⁰⁴ Cfr., Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Principios y Buenas Prácticas sobre...*, *op.cit.*, Principio XVII.

¹⁰⁵ Cfr., Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Principios y Buenas Prácticas sobre...*, *op.cit.*, Principio XVII.

¹⁰⁶ Cfr., Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Principios y Buenas Prácticas sobre...*, *op.cit.*, Principio XVII.

¹⁰⁷ Cfr., Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Principios y Buenas Prácticas sobre...*, *op.cit.*, Principio XVIII. En el mismo sentido, Organización de las Naciones Unidas, *Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores...*, *op. cit.*, apartados IV(J)(59), IV(J)(60) y IV(J)(61). Ver además, Organización de las Naciones Unidas, *Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos...*, *op. cit.*, apartado 37.

¹⁰⁸ Cfr. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Principios y Buenas Prácticas sobre...*, *op.cit.*, Principio XVIII. En el mismo sentido, Organización de las Naciones Unidas, *Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores...*, *op. cit.*, apartado IV(J)(62). Ver además, Organización de las Naciones Unidas, *Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos...*, *op. cit.*, apartado 39.

Los Estados deberán permitir estas actividades que tienen como principio ayudar en la rehabilitación y reinserción social de la persona privada de su libertad. En caso de personas privadas extranjeras se deberán proporcionar las facilidades para la comunicación con sus representantes diplomáticos y consulares.¹⁰⁹

El contacto con el exterior incluye el acceso a visitas íntimas, el respeto de los derechos sexuales de las personas privadas de su libertad obliga a los Estados a proporcionar instalaciones adecuadas y a no imponer requisitos que desnaturalicen este derecho, como excluir de este servicio a las personas que no mantengan vínculo matrimonial con la persona visitante o prohibir las visitas íntimas entre personas del mismo sexo, así ya lo manifestó la Corte Constitucional ecuatoriana para el Período de Transición:

El derecho a la intimidad familiar se garantiza no solamente al no inmiscuirse en los asuntos del interno y su familia, sino al permitirle gozar de un espacio para que tal derecho se desarrolle, por ello que las limitaciones que se argumentan y practican contra el encuentro personal y la visita íntima entre el interno y su pareja - nótese que puede ser su cónyuge, concubino o concubina - vulneran derechos fundamentales de la persona y la familia. La garantía constitucional del libre desarrollo de la personalidad subsume el derecho a tomar decisiones libres y responsables sobre la sexualidad y su vida y orientación sexual; de allí que se considere que uno de los aspectos que conforman el desarrollo de una vida en condiciones dignas, deber considerar la posibilidad real de tener relaciones sexuales bajo condiciones de periodicidad, intimidad, salubridad y seguridad, independientemente de otras consideraciones, tales como el tipo de delito por el que se encuentra sentenciado y detenido, el género, o si se trata de una relación con su cónyuge o concubino.¹¹⁰

5. Manejo del Sistema de Rehabilitación Social

5.1. Traslados

En los traslados de las personas privadas de su libertad se deberá respetar su

¹⁰⁹ Cfr., Organización de la Naciones Unidas, *Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos...*, op. cit., apartado 38.

¹¹⁰ Corte Constitucional para el Período de Transición, *Resolución No. 0198-2009-RA*, dictada el 13 de octubre de 2009, publicado en el suplemento RO No. 23 del 8 de Diciembre del 2009, consideración décima.

dignidad humana y sus derechos fundamentales,¹¹¹ para esto se deberán realizar con la menor exposición posible al público, impidiendo toda clase de publicidad y en condiciones adecuadas de ventilación y luz.¹¹²

Los traslados se realizarán con autorización de la autoridad competente, a costa del Estado y jamás deberán practicarse con el objeto de castigar, reprimir o discriminar a las personas privadas de su libertad.¹¹³

5.2. Personal de los centros de rehabilitación social

El personal en los centros de privación de la libertad estará compuesto por personas calificadas que haya sido instruidas en derechos humanos, uso progresivo de la fuerza y derechos de las personas privadas de la libertad.¹¹⁴ Las condiciones de alojamiento, seguro social y remuneración del personal deberán ser acordes a la dignidad humana y al riesgo inherente a su labor.¹¹⁵

Los miembros del personal de los centros de privación de la libertad deberán ser cuidadosamente seleccionados de entre personas con integridad ética y moral y con capacitación especial de acuerdo a las particularidades de la población del centro,¹¹⁶ se prohibirá que miembros de la Policía Nacional o las Fuerzas Armadas realicen funciones de custodia en los establecimiento de

¹¹¹ Cfr., Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Principios y Buenas Prácticas sobre...*, *op.cit.*, Principio IX.4.

¹¹² Organización de la Naciones Unidas, *Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos...*, *op. cit.*, apartado 45.

¹¹³ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Principios y Buenas Prácticas sobre...*, *op.cit.*, Principio IX.4

¹¹⁴ Cfr., Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Principios y Buenas Prácticas sobre...*, *op.cit.*, Principios XX(i) y XX(vii).. En el mismo sentido, Organización de la Naciones Unidas, *Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos...*, *op. cit.*, apartados 47 y 54. Ver además, Organización de las Naciones Unidas, *Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad*, supra nota 19, apartado V(85).

¹¹⁵ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Principios y Buenas Prácticas sobre...*, *op.cit.*, Principio XX(vi). En el mismo sentido, Organización de las Naciones Unidas, *Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores...*, *op. cit.*, apartado V(83).

¹¹⁶ Cfr., Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Principios y Buenas Prácticas sobre...*, *op.cit.*, Principio XX(ii). En el mismo sentido, Organización de las Naciones Unidas, *Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad*, supra nota 19, apartado V(82). Ver además, Organización de las Naciones Unidas, *Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos...*, *op. cit.*, apartados 46 y 48

privación de la libertad.¹¹⁷

El personal del centro de privación de la libertad deberá contar con profesionales en psicología, educación, medicina y en general personas especializadas para el tratamiento de las personas privadas de su libertad.¹¹⁸ En los centros para mujeres o mixtos, el personal directivo, de custodia y vigilancia será femenino¹¹⁹ y en los centros para niños, niñas y adolescentes, el personal deberá ser especializado para el tratamiento de este grupo.¹²⁰

5.3. Registros corporales e inspecciones de instalaciones

Los registros corporales y las inspecciones de instalaciones deberán realizarse con la debida necesidad, razonabilidad y proporcionalidad¹²¹ para lograr la protección de la vida y la integridad de las personas privadas de su libertad. Los registros corporales a las personas privadas de su libertad y sus visitas deberán ser acordes a la dignidad humana y los derechos humanos.¹²² En todo caso la ley prohibirá los registros vaginales.¹²³

5.4. Régimen disciplinario

Para la adecuada conducción de los centros de privación de la libertad, los Estados podrán establecer sanciones disciplinarias a las personas privadas de su libertad que violenten las normas de convivencia del centro.¹²⁴ Las conductas

¹¹⁷ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Principios y Buenas Prácticas sobre...*, op.cit., Principio XX(iii).

¹¹⁸ Cfr., Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Principios y Buenas Prácticas sobre...*, op.cit., Principio XX(v). En el mismo sentido, Organización de la Naciones Unidas, *Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos...*, op. cit., apartados 49 y 52.

¹¹⁹ Cfr., Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Principios y Buenas Prácticas sobre...*, op.cit., Principio XX(iv). En el mismo sentido, Organización de la Naciones Unidas, *Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos...*, op. cit., apartado 53.

¹²⁰ Cfr., Organización de las Naciones Unidas, *Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores...*, op. cit., apartado V(81).

¹²¹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Principios y Buenas Prácticas sobre...*, op.cit., Principio XXI(i).

¹²² Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Principios y Buenas Prácticas sobre...*, op.cit., Principio XXI(ii).

¹²³ Cfr., Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Principios y Buenas Prácticas sobre...*, op.cit., Principio XXI(iii).

¹²⁴ Cfr., Organización de la Naciones Unidas, *Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos...*, op. cit., apartado 27. En el mismo sentido, Organización de las Naciones Uni-

punibles y sus respectivas sanciones deberán estar contenidos en la ley¹²⁵ y no podrán contravenir las normas de derechos humanos. Las sanciones impuestas deberán ser susceptibles de control judicial¹²⁶ y para su imposición se deberán cumplir las normas del debido proceso legal.¹²⁷

Las sanciones incompatibles con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos serán prohibidas por la ley. Específicamente quedarán prohibidos los castigos crueles, inhumanos o degradantes,¹²⁸ los traslados, el aislamiento¹²⁹ y las sanciones colectivas.¹³⁰

5.5. Medidas para combatir la violencia y situaciones de emergencia

El uso de la fuerza dentro de los centros de privación de la libertad deberá sujetarse de forma estricta a parámetros de proporcionalidad, necesidad y razonabilidad,¹³¹ en especial el uso de armas de fuego el cual será excepcional

das, *Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores...*, op. cit., apartado IV(L)(66).

¹²⁵ Cfr., Organización de las Naciones Unidas, *Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos...*, op. cit., apartado 29. En el mismo sentido, Organización de las Naciones Unidas, *Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores...*, op. cit., apartado IV(L)(68).

¹²⁶ Cfr., Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Principios y Buenas Prácticas sobre...*, op. cit., Principio XXII.1.

¹²⁷ Cfr., Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Principios y Buenas Prácticas sobre...*, op. cit., Principio XXII.2. En el mismo sentido, Organización de las Naciones Unidas, *Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores...*, op. cit., apartado IV(L)(70). Ver también, Organización de las Naciones Unidas, *Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos...*, op. cit., apartado 30.

¹²⁸ Cfr., Organización de las Naciones Unidas, *Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos...*, op. cit., apartado 31. En el mismo sentido, Organización de las Naciones Unidas, *Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores...*, op. cit., apartado IV(L)(67).

¹²⁹ Cfr., Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Principios y Buenas Prácticas sobre...*, op. cit., Principio XXII.3. En el mismo sentido, Organización de las Naciones Unidas, *Principios básicos para el tratamiento...*, op. cit., principio 7.

¹³⁰ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Principios y Buenas Prácticas sobre...*, op. cit., Principio XXII.4.

¹³¹ Cfr., Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Principios y Buenas Prácticas sobre...*, op. cit., Principio XXIII.2(i). En el mismo sentido, Organización de las Naciones Unidas, *Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores...*, op. cit., apartado IV(K)(64).

y deberá ser justificado por el agente que tomó la decisión de usarla.¹³² En el caso de centros de privación de la libertad de niños, niñas y adolescentes, estará prohibido por la ley el portar armas de fuego.¹³³

La posición de garante del Estado respecto a las personas privadas de su libertad, le obliga a “preservar la vida y la integridad de las personas que se encuentren bajo su custodia, [esto] se traduce en el deber de protegerlas de la violencia que puede ser consecuencia tanto de la acción de agentes estatales, como de la actuación de terceros particulares.”¹³⁴

La violencia dentro del centro de privación de la libertad deberá ser prevenida oportunamente¹³⁵ mediante acciones eficaces y acordes a los derechos fundamentales. Entre las medidas enumeradas por la Comisión Interamericana se encuentran:

- a. Separar adecuadamente las diferentes categorías de personas, conforme a los criterios establecidos en el presente documento;
- b. Asegurar la capacitación y formación continua y apropiada del personal;
- c. Incrementar el personal destinado a la seguridad y vigilancia interior, y establecer patrones de vigilancia continua al interior de los establecimientos;
- d. Evitar de manera efectiva el ingreso de armas, drogas, alcohol y de otras sustancias u objetos prohibidos por la ley, a través de registros e inspecciones periódicas, y la utilización de medios tecnológicos u otros métodos apropiados, incluyendo la requisa al propio personal;
- e. Establecer mecanismos de alerta temprana para prevenir las crisis o emergencias;
- f. Promover la mediación y la resolución pacífica de conflictos internos;
- g. Evitar y combatir todo tipo de abusos de autoridad y actos de corrupción; y
- h. Erradicar la impunidad, investigando y sancionando todo tipo de hechos

¹³² Cfr., Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Principios y Buenas Prácticas sobre...*, op.cit., Principios XXIII.2(ii) y XXIII.2(iii).

¹³³ Organización de las Naciones Unidas, *Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores...*, op. cit., apartado IV(K)(65).

¹³⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Solicitud de Medidas Provisionales Respecto del Brasil, a favor de las personas privadas de libertad en la penitenciaría “Dr. Sebastião Martins Silveira” en Araraquara, São Paulo*, Resolución de 30 de Septiembre de 2006, párr. 16.

¹³⁵ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Principios y Buenas Prácticas sobre...*, op.cit., Principio XXIII.1(i).

de violencia y de corrupción, conforme a la ley.¹³⁶

Los Estados tiene la obligación de realizar una investigación exhaustiva, imparcial y ágil sobre los hechos de violencia suscitados dentro de centros de privación de la libertad y en caso de hallarse excesos por parte de los agentes estatales se procederá a la sanción de los responsables y a la reparación de las víctimas.¹³⁷

En concordancia con los principios enunciados, será inaceptable la aplicación de la llamada “ley de fuga” por la cual en varias ocasiones en Ecuador se ha ejecutado extrajudicialmente a personas privadas de su libertad con la excusa de presuntos intentos de fuga de los centros de rehabilitación social del país.

6. Conclusiones

Sin la finalidad de realizar un diagnóstico exhaustivo de la situación de las personas privadas de su libertad, podemos llegar a algunas conclusiones respecto al nivel de cumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado ecuatoriano en esta materia:

1. Se debe regular la prisión preventiva dentro del proceso penal de manera que cumpla con el parámetro de excepcionalidad consagrado en la nueva Carta Magna, de manera que se descongestione el sistema penitenciario y sea materialmente posible mejorar las condiciones de los centros de rehabilitación social. De reformarse la Constitución de manera que se elimine el parámetro de excepcionalidad y de caducidad, la sociedad civil deberá recorrer nuevamente el camino que llevó a la constitucionalización de estos principios en aras de restablecer el respeto a los derechos humanos y el orden constitucional.
2. Se debe reforzar la defensoría pública para permitir el acceso a la justicia de las personas privadas de la libertad, en especial en lo concerniente a acciones constitucionales de protección a sus derechos fundamentales.
3. Se debe capacitar al personal de la Dirección Nacional de Rehabilitación Social sobre el derecho de petición y respuesta de las personas privadas

¹³⁶ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Principios y Buenas Prácticas sobre...*, *op.cit.*, Principio XXIII.2(ii).

¹³⁷ Cfr., Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Principios y Buenas Prácticas sobre...*, *op.cit.*, Principios XXIII.3(i) y XXIII.3(ii).

de su libertad, para que estas tengan la atención debida. Además, se deberán establecer sanciones a aquellos funcionarios que no atiendan las peticiones dentro del plazo legal.

4. Se deben establecer sanciones claras a los funcionarios que permitan el ingreso a centros de rehabilitación social de personas sin orden judicial de privación de la libertad, con enfermedades graves, mujeres embarazadas, personas de quien no se pueda tener certeza de su edad, personas adultas mayores sin sentencia condenatoria.
5. La revisión médica previa al ingreso de una persona debe realizarse en unidades de salud independientes y toda muestra de maltrato físico deberá ser denunciada de forma inmediata a la fiscalía.
6. Las unidades médicas de los centros de rehabilitación social deben estar equipadas con medicinas suficientes para las prescripciones médicas de todas las personas detenidas. En caso de enfermedades que requieran hospitalización o exámenes médicos se deberán trasladar a los pacientes a un hospital público a costa del Estado.
7. Los jueces, fiscales y funcionarios de los centros de rehabilitación social deberán dictar o solicitar el arresto domiciliario de las mujeres embarazadas con orden de prisión preventiva o con sentencia condenatoria. La atención médica a estas mujeres deberá correr a cargo del Estado.
8. Se deberá mejorar la comida que se entrega a las personas privadas de su libertad, tanto en cantidad (para que ninguna persona quede sin alimento) como en calidad (tomando en cuenta las necesidades nutricionales).
9. Resulta urgente un aumento en la capacidad de albergue de los centros de privación de la libertad y un incremento en el uso de medidas alternativas a la pena, a la prisión preventiva, agilizar el sistema de rebajas, todas estas medidas en aras de combatir efectivamente el hacinamiento y las deplorables condiciones de vida en los centros del país.
10. Los calabozos de la Policía funcionan al margen de la Ley, la Constitución y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, por lo cual deben ser abolidos de forma inmediata.
11. Los programas educativos dentro de los centros de rehabilitación deben ser incentivados y ser la norma en lugar de la excepción. Se deberán firmar convenios con colegios y universidades a distancia para que las personas privadas de su libertad puedan tener acceso a estos niveles de educación.
12. El Ministerio de Trabajo debe dictar políticas públicas y alianzas para incentivar la ocupación de las personas privadas de su libertad, con

observación irrestricta a las normas laborales.

13. Se debe suspender toda limitación, que no sea logística, a las visitas íntimas para las personas privadas de su libertad, en especial las que se refieren al estado civil o la orientación sexual.
14. Urge la creación de una ley que contenga las normas de convivencia dentro de los centros de rehabilitación, las sanciones y el proceso que deberá seguirse para aplicarlas. La Dirección Nacional deberá dejar de usar inmediatamente los traslados como medio de castigo.
15. Las inspecciones vaginales deben ser prohibidas a nivel nacional.
16. El personal de los centros de rehabilitación, en especial su director o directora, deberán informar inmediatamente a la fiscalía sobre hechos de violencia dentro de estos establecimientos para su inmediata investigación.

Todas estas medidas son necesarias para poner al día al Ecuador en sus obligaciones internacionales. El Estado ecuatoriano “no pued[e] alegar dificultades económicas para justificar condiciones de detención que sean tan pobres que no respeten la dignidad inherente del ser humano.”¹³⁸ La atención prioritaria a las personas privadas de su libertad es una necesidad básica para guardar coherencia con el nuevo Estado garantista de derechos consagrado en nuestra Constitución de 2008. Sólo de esta forma se conseguirá un autentico sistema de rehabilitación social que constituya una garantía para la seguridad de la sociedad y un límite al poder represor del Estado. Mientras no consigamos poner en práctica las normas mínimas expresadas en el presente trabajo no podremos hablar de un giro hacia el Estado Social de Derechos, ya que las cárceles siempre serán el espejo de nuestra sociedad.

7. Bibliografía

Código de la Niñez y la Adolescencia.

Código de Procedimiento Penal.

Código Penal.

¹³⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Montero Aranguren...*, *op. cit.*, párr. 85. En el mismo sentido, Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of I.I v Bulgaria...*, *op. cit.*, párr. 77; *Case of Poltoratskiy v. Ukraine*, Judgment of 29 April 2003, Application No. 38812/97, párr. 148.

- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas*, aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su 131° período ordinario de sesiones, celebrado del 3 al 14 de marzo de 2008.
- Comité de Derechos Humanos, *Anthony McLeod c. Jamaica*, Comunicación No. 734/1997 (CCPR/C/62/D/734/1997).
- _____, *Mukong c. Camerún*, Comunicación No. 458/1991, (CCPR/C/51/D/458/1991).
- Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes, *Inf (92) 3 [EN]*, 2nd General Report, 13 April 1992.
- Constitución Política de la República del Ecuador.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- Cordero Heredia, David, “La ley de drogas vigente como sistema jurídico paralelo”, en Juan Pablo Morales Viteri y Jorge Vicente Paladines, edit., *Entre el control social y los derechos humanos. Los retos de la política y la legislación de drogas*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.
- Corte Constitucional para el Período de Transición, *Resolución No. 0198-2009-RA*, dictada el 13 de octubre de 2009, publicado en el suplemento RO No. 23 del 8 de Diciembre del 2009.
- Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of I.I v Bulgaria*, Judgment of 9 June 2005, Application No. 44082/98.
- _____, *Case of I.I v Bulgaria*, Judgment of 9 June 2005, Application No. 44082/98.
- _____, *Case of Kalashnikov v. Russia*, Judgment of 15 July 2002, Application No. 47095/99.
- _____, *Case of Karalevicius v Lithuania*, Judgment of 7 April 2005, Application No. 53254/99.
- _____, *Case of Karalevicius v Lithuania*, Judgment of 7 April 2005, Application No. 53254/99.
- _____, *Case of Khudoyorov v. Russia*, Judgment of 8 November 2005, Application No. 6847/02.
- _____, *Case of Mathew vs. The Netherlands*, Judgment of 29 September 2005, Application No. 24919/03.
- _____, *Case of Ostrovar v. Moldova*, Judgment of 13 September 2005, Application No. 35207/03.
- _____, *Case of Peers v. Greece*, Judgment of 19 April 2001, Application No. 28524/95.

_____, *Case of Poltoratskiy v. Ukraine*, Judgment of 29 April 2003, Application No. 38812/97.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso “Cinco Pensionistas” vs. Perú*, Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98.

_____, *Caso “Instituto de Reeducación del Menor” Vs. Paraguay*, Sentencia de 2 de septiembre de 2004 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 112.

_____, *Caso 19 Comerciantes vs. Colombia*, Sentencia de 5 de julio de 2004, Serie C No. 109.

_____, *Caso Bulacio vs. Argentina*, Sentencia de 18 de septiembre de 2003, Serie C No. 100.

_____, *Caso Caesar vs. Trinidad y Tobago*, Sentencia de 11 de marzo de 2005, Serie C No. 123.

_____, *Caso de la Cárcel de Urso Branco*, Medidas Provisionales, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 7 de julio de 2004.

_____, *Caso De la Cruz Flores vs. Perú*, Sentencia de 18 de noviembre de 2004. Serie C No. 115.

_____, *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*, Sentencia de 8 de julio de 2004, Serie C No. 110.

_____, *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*, Medidas Provisionales, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 7 de mayo de 2004.

_____, *Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala*, Sentencia de 20 de junio de 2005, Serie C No. 126.

_____, *Caso García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú*, Sentencia de 25 de noviembre de 2005, Serie C No. 137.

_____, *Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*, Sentencia de 7 de junio de 2003, Serie C No. 99.

_____, *Caso López Álvarez vs. Honduras*, Sentencia de 1 de febrero de 2006, Serie C No. 141.

_____, *Caso Lori Berenson Mejía Vs. Perú*, Sentencia de 25 de noviembre de 2004. Serie C No. 119.

_____, *Caso Lori Berenson Mejía vs. Perú*, Sentencia de 25 de noviembre de 2004, Serie C No. 119.

_____, *Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) Vs. Venezuela*, Sentencia de 5 de julio de 2006, (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 150.

- _____, *Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) Vs. Venezuela*, Sentencia de 5 de julio de 2006, (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 150.
 - _____, *Caso Raxcacó Reyes vs. Guatemala*, Sentencia de 15 de septiembre de 2005, Serie C No. 133.
 - _____, *Caso Tibi Vs. Ecuador*, Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114.
 - _____, *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17.
 - _____, *Medidas Provisionales Respecto de la República Federativa del Brasil, Caso de los niños y Adolescentes privados de libertad en el “complexo do tatuapé” de Febem*, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 30 de noviembre de 2005.
 - _____, *Solicitud de Medidas Provisionales Respecto del Brasil, a favor de las personas privadas de libertad en la penitenciaría “Dr. Sebastião Martins Silveira” en Araraquara, São Paulo*, Resolución de 30 de Septiembre de 2006.
- Organización de la Naciones Unidas, *Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos*, Adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977.
- _____, *Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión*, Adoptado por la Asamblea General en su resolución 43/173, de 9 de diciembre de 1988.
 - _____, *Principios básicos para el tratamiento de los reclusos*, Adoptados y proclamados por la Asamblea General en su resolución 45/111, de 14 de diciembre de 1990.
 - _____, *Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad*, adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/113, de 14 de diciembre de 1990.
 - _____, *Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing)*, adoptadas por la Asamblea General en su resolución 40/33, de 28 de noviembre de 1985.

Espectro electromagnético como ejercicio del derecho a la libertad de expresión

Christian Paula

Harold Burbano Villarreal

Sumario

1. Espectro electromagnético como recurso natural. 2. Administración del espectro electromagnético bajo la perspectiva internacional. 2.1. Responsabilidad estatal en la administración del espectro. 3. Medios públicos, privados y comunitarios. 4. Acceso y repartición del espectro electromagnético como un aspecto del derecho a la libertad de expresión y comunicación. 5. Bibliografía.

1. Espectro electromagnético como recurso natural

El espectro electromagnético se define como el rango de frecuencias utilizables para la comunicación, es además un recurso natural pero también se constituye como bien estatal. Debe ser administrado de manera eficiente por sus características distintas a los demás recursos naturales, debido a que su uso puede fomentar o limitar el ejercicio del derecho a la libertad de expresión y comunicación; y sobre todo porque su utilización eficaz “puede tener un impacto elevado en la prosperidad de un país.”¹

La Constitución ecuatoriana en su Art. 408 establece que el espectro electromagnético es un recurso natural del Estado, por lo que este tiene su propiedad inalienable, imprescriptible e inembargable; el cual sólo podrá ser explotado en estricto cumplimiento de los principios ambientales establecidos en la Constitución. En virtud de lo dicho, el Estado debe participar en los beneficios del aprovechamiento del espectro, de igual forma debe garantizar que su consumo y uso permita la consecución de condiciones de vida con dignidad.

En este sentido, la CIDH² ha reconocido que “el Estado tiene potestad

¹ McLean Foster, *Gestión del espectro radioeléctrico*, Ginebra, Unión Internacional de Telecomunicaciones, 2005, p. 9.

² Comisión Interamericana de Derechos Humanos

de administrar el espectro radioeléctrico, de establecer previamente el término de duración de concesiones y de decidir sobre su renovación a la finalización de los plazos respectivos.”³

Este recurso no puede ser catalogado como renovable o como no renovable, su característica es de ser limitado y escaso. Referente a la primera propiedad, la UIT⁴ menciona que: “en la utilización de bandas de frecuencias para las radiocomunicaciones, los Miembros tendrán en cuenta que las frecuencias y la órbita de los satélites geoestacionarios son recursos naturales limitados que deben utilizarse de forma racional, eficaz y económica”.⁵ Respecto a la segunda, la escasez significa que la demanda del espectro es creciente y numerosa por lo que se encuentra más congestionadas especialmente en centros urbanos densamente poblados. También, quiere decir que las comunicaciones descansan de forma muy relevante sobre el espectro,⁶ motivo por el cual se debe incentivar la utilización de equipos de comunicaciones avanzados para asegurar que este recurso se utilice de forma eficiente, y que progresivamente se reduzcan las restricciones y las barreras de su uso.⁷ Estas propiedades del espectro electromagnético lo disponen a que no toda la población pueda acceder él por lo que su administración debe ser la más eficiente posible para que indirectamente la ciudadanía pueda beneficiarse de este recurso así no lo estén explotando.

En definitiva, el espectro electromagnético es un recurso natural inalienable, imprescriptible e inembargable; escaso y limitado de propiedad estatal, que debe ser administrado de forma eficaz y eficiente con el fin del desarrollo y progreso de la sociedad ecuatoriana porque a través del mismo se sustentan las comunicaciones y también en cierta medida se ejerce la libertad de expresión.

2. Administración del espectro electromagnético bajo la perspectiva internacional

El Art. 17 numeral 1 de la Constitución establece a la comunicación como un derecho, por lo que la obligación del Estado consiste en fomentar la pluralidad y la diversidad de este derecho; mediante la asignación a través de métodos transparentes e igualitarios de las frecuencias del espectro radioeléctrico, para

³ Cfr. CIDH, *Comunicado de Prensa R41/09*, Relatoría Especial, 26 de junio de 2009.

⁴ Unión Internacional de Telecomunicaciones. Órgano de las Naciones Unidas

⁵ Constitución UIT, Art. 44 inciso 2 (apartado 196).

⁶ Cfr. McLean Foster, *Gestión del espectro radioeléctrico*, op. cit., p. 9-10.

⁷ Cfr. McLean Foster, *Gestión del espectro radioeléctrico*, op. cit., p. 14-15.

estaciones de radio y televisión públicas, privadas y comunitarias, además del acceso a bandas libres para la explotación y precautelará que prevalezca el interés colectivo.⁸

Ahora bien, para la debida garantía y respeto del derecho constitucional expuesto, existen los tratados internacionales dentro del andamiaje jurídico ecuatoriano que tienen una categoría *supra* legal e *infra* constitucional,⁹ pero en el caso de ser sobre materias referentes a derechos humanos ratificados por el Ecuador, se deben reconocer los derechos más favorables y estos prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público, incluso sobre la misma Constitución.¹⁰

La Cumbre Mundial sobre la Sociedad de la Información señala que “el espectro de frecuencias radioeléctricas debe gestionarse en favor del interés público y de conformidad con el principio de legalidad, respetando cabalmente las legislaciones y reglamentaciones nacionales, así como los acuerdos internacionales pertinentes.”¹¹ En este sentido la CEDH¹² en el caso *Groppera Radio y otros Vs. Suiza* determinó que hay que valorar, de un lado, las exigencias de la protección del orden internacional de las telecomunicaciones y los derechos de los demás; y, de otro, el interés de quienes quieren utilizar el espectro radio eléctrico, por lo que, la regulación en esta materia no puede ser entendida como una censura previa o como control sobre los contenidos de los programas si las medidas adoptadas por el Estado tuvieron como fundamento el sistema legal de telecomunicaciones vigente.¹³

Teniendo en cuenta lo antes mencionado, cabe señalar la importancia del orden internacional de las telecomunicaciones, liderado por la UIT (Unión Internacional de Telecomunicaciones) quien es la entidad que realiza lineamientos y reglas para la administración eficiente y eficaz del espectro electromagnético. Esta organización, es parte de las Naciones Unidas, sin embargo es más antigua que la organización, debido a que fue fundada en 1865, tiene como miembros a 189 Estados además se integra por más de 640 miembros sectoriales y unos

⁸ Cfr. Constitución ecuatoriana. Art.171

⁹ Cfr. Constitución ecuatoriana. Art.425

¹⁰ Cfr. Constitución ecuatoriana. Art.424.

¹¹ Organización de las Naciones Unidas, *Cumbre Mundial sobre la Sociedad de la Información: Declaración de Principios*, Asamblea General, Resolución 56/186, Ginebra, 2003, p. 45.

¹² Corte Europea de Derechos Humanos.

¹³ Cfr. Corte Europea de Derechos Humanos, *Case Of Groppera Radio Ag And Others V. Switzerland*, 28 March 1990. Application no. 10890/84, párr.73.

95 asociados, que representan a empresas: científicas, industriales, operadoras de radiocomunicaciones públicas y privadas; y, a organizaciones regionales e internacionales.¹⁴

La UIT tiene dentro de sus múltiples competencias coordinar redes y servicios mundiales de telecomunicaciones en los sectores públicos y privados, aprobar reglamentos y tratados internacionales que rigen la distribución entre los diferentes usuarios del espectro de frecuencias radiales y de órbitas de satélites geoestacionarios, además de integrar con nuevas tecnologías a la red mundial de comunicaciones, entre otros.¹⁵

En el marco regional, la limitación al Estado ecuatoriano sobre la administración de este recurso, se encuentra en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que claramente señala que los Estados deben abstenerse de restringir directa o indirectamente el derecho a la libertad de expresión por medio de controles abusivos sobre las frecuencias radioeléctricas.¹⁶ Para evitar la posibilidad que exista arbitrariedad al momento de la administración del espectro radioeléctrico, la OEA y la UIT establecieron tres parámetros de regulación de la actividad: (i) una de carácter técnico, porque la comunicación sería imposible si se facilitara a todos el acceso sin limitaciones; (ii) una de carácter social, ya que es imperiosa la necesidad de proporcionar información, entretenimiento y educación diverso al público; y, (iii) una de carácter administrativo, para evitar la interferencia perjudicial y fomentar una eficiente utilización de un recurso público.¹⁷ En este marco se desarrollan los estándares básicos para la gestión eficiente del espectro, adicionalmente estas determinan la razón de la limitación en relación al tiempo de uso del mismo, ya que al ser un recurso finito y escaso deben estar formados adecuadamente los criterios para la concesión del mismo y así permitir en igualdad de condiciones a todos aquellos interesados en interponer sus propuestas para brindar un servicio público a través del espectro electromagnético.

Consecuentemente, la aplicación de los tratados internacionales referentes a las telecomunicaciones significa que exista en realidad una administración

¹⁴ Cfr. Organización de las Naciones Unidas, *ABC de las Naciones Unidas*, Nueva York, Departamento de Información Pública de las Naciones Unidas(DIP), 2004, p. 213-214.

¹⁵ Cfr. Organización de las Naciones Unidas, *ABC de las Naciones Unidas*, Nueva York, Departamento de Información Pública de las Naciones Unidas(DIP), 2004, p. 213-214.

¹⁶ Cfr. Convención Americana de Derechos Humanos.Art.13.3

¹⁷ Cfr. Organización de los Estados Americanos y Unión Internacional de Telecomunicaciones, *Libro Azul de Políticas de Telecomunicaciones para las Américas*, Washington DC, 2004, p. 43, párr.5.11.3.

eficiente del espectro como un recurso natural, ya que determina los alcances y limitaciones estatales para evitar la violación de derechos humanos como es el de la libertad de expresión y comunicación.

2.1. Responsabilidad estatal en la administración del espectro

En vista que el espectro electromagnético es un recurso natural, es responsabilidad y deber de los ciudadanos defenderlo¹⁸ además que su administración respecta exclusivamente al Estado Central.¹⁹ En el momento que el Estado comienza a involucrarse en el proceso comunicacional deja de lado la concepción liberal de libertad de expresión, entendida como obligación negativa de los Estados para no inmiscuirse dentro de este derecho; y la transforma en el derecho a la comunicación, el cual requiere una actitud activa mediante la cual promueve mecanismos regulatorios y de desarrollo del derecho. Esto, significa ver al derecho a la libertad de expresión más garantista convirtiéndolo en sí en el derecho a la comunicación, tratando a este como un medio estratégico para un deseado desarrollo humano y social.²⁰

Este nuevo rol o nueva agenda de la libertad de expresión a través de la administración del espectro electromagnético ha sido desarrollado por la CIDH y su Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, que han señalado el importante papel del Estado a la hora de regular el dicho recurso para asegurar una radiodifusión libre, independiente, plural y diversa. En este sentido, todas las personas tienen derecho a fundar o formar parte de medios de comunicación por lo que necesitan del uso del espectro. Ante esto, su utilización debe estar sujeta a una regulación clara, transparente y democrática, que asegure el mayor goce de este derecho. Es por ello que el fin de la regulación estatal del espectro electromagnético debe ser el de garantizar la libertad de expresión y comunicación.²¹

Para que la intervención del Estado sea fructífera y pueda cumplir sus objetivos debe realizar una planificación en las siguientes actividades:²²

- Funciones para la gestión del espectro Política y planificación de la

¹⁸ Cfr. Constitución ecuatoriana. Art.83.3

¹⁹ Cfr. Constitución ecuatoriana. Art.261.7

²⁰ Cfr. Fundación Regional de Asesoría de Derechos Humanos, *Los derechos de la Comunicación: Reflexión, debate y práctica*, Quito, INREDH, 2004, p. 67.

²¹ Cfr. CIDH. *Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión*, 2009, p. 394.

²² Cfr. McLean Foster, *Gestión del espectro radioeléctrico*, op. cit., 2005, p. 56.

gestión del espectro.

- Asignación de frecuencias y concesión de licencias.
- Normativa, especificación y autorización de equipos.
- Comprobación técnica del espectro (fiscalización y control de las emisiones).
- Coordinación internacional.
- Enlace y consulta.
- Soporte de ingeniería del espectro.
- Soporte de computación.
- Soporte administrativo y jurídico.

En este sentido, para que se pueda llevar a cabo dicha planificación es de vital importancia que existan estructuras institucionales reguladores del espectro radioeléctrico, que no estén sujetas a las presiones de las partes interesadas del sector privado, público o colectivo; es por ello que este ente debe mantener una clara independencia en la toma de decisiones.²³

La UIT recomienda que la entidad reguladora del espectro sea independiente del gobierno en su funcionamiento para que la reglamentación del espectro se vea libre de cualquier interferencia política. Además, señala que los reguladores del espectro son distintos entre Estados, por lo que pueden clasificarse en dos categorías:

La primera, como un organismo regulador independiente establecido jurídicamente, con poderes y responsabilidades especificadas; y la segunda como un organismo regulador como parte de un ministerio del gobierno. En algunos países, los organismos pueden ser más influenciados por intereses especiales, siendo preferible que sea el gobierno quien ejerza las funciones reglamentarias, mientras que en otros países, el gobierno puede interferir en las decisiones regulatorias, por motivos políticos o de otra índole, por lo que debe ser indispensable de un organismo independiente, pero que en su toma de decisiones siga directrices de éste.²⁴

Por lo tanto, para la correcta administración y gestión eficiente del espectro electromagnético es imperiosa la necesidad de la intervención estatal, ya que de esa forma se podrá repartir democráticamente el acceso a este recurso limitado y escaso que en la última década se ha convertido en uno de los más preciados y codiciados por las personas. En este sentido, la obligación

²³ Cfr. . McLean Foster, *Gestión del espectro radioeléctrico*, op. cit., p 25.

²⁴ Cfr. . McLean Foster, *Gestión del espectro radioeléctrico*, op. cit., p. 27.

positiva del Estado para controlar y repartir de forma equitativa la explotación del espectro significa garantizar el derecho a la libertad de expresión en base al marco internacional de la comunicación con el objetivo de llevar a las personas a ser miembros de la Sociedad de la Información.

3. Medios públicos, privados y comunitarios

Como ya se ha expresado, el Estado está obligado a legislar en materia de Libertad de Expresión y especialmente en razón al acceso y repartición del espectro radioeléctrico enmarcado en varios principios especialmente el principio de pluralidad.

La libertad de expresión puede verse vulnerada a través de decisiones discriminatorias y desiguales en el otorgamiento de concesiones de uso del espacio radioeléctrico que favorezcan la existencia de monopolios u oligopolios de los medios de comunicación²⁵, por esto, para su ejercicio debe respetarse la igualdad de oportunidades sin ningún tipo de discriminación²⁶ porque la existencia de monopolios u oligopolios de medios especialmente privados constituyen una restricción a la libertad de expresión²⁷. Las concesiones al espacio radioeléctrico deben ajustarse a normas democráticas e igualitarias, donde el monopolio comunicacional no impida el ejercicio plural y alternativo del ejercicio al derecho a la libertad de expresión.

Es así que, los estándares internacionales han planteado varios tipos de medios de comunicación entre los cuales el Estado debe repartir el Espectro radioeléctrico de forma equitativa, estas son:

- Medios Privados
- Medios Públicos
- Medios Comunitarios

La legislación estatal dirigida a la regulación y administración del acceso y distribución del espectro electromagnético debe reconocer esta clasificación

²⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *La Colegiación Obligatoria de Periodistas* (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, Serie A No. 5, párr. 56.

²⁶ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión*, 108º período ordinario de sesiones, 2000.

²⁷ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión*, 108º período ordinario de sesiones, 2000, n.12 y 13.

taxativa como la obligación de repartir el recurso natural de forma equitativa.

Se llaman Medios Privados a aquellos administrados por una persona natural o jurídica particular, que adquiere una concesión del espectro electromagnético con una finalidad individual comúnmente económica. El acceso usualmente es limitado solo para quien fundó el medio, además los rubros generados por la actividad tienen destino particular. Esta alternativa para el acceso al espectro electromagnético ha sido la más utilizada. Hoy por hoy la mayoría de los medios radiales y televisivos son medios privados.

El Medio de Comunicación Público por el contrario es administrado por el Estado, quien, destina un a frecuencia con finalidad pública y social. El acceso a estos medios se da sin distinción alguna, además, los rubros generados por la actividad tienen como destino las arcas estatales para uso social.

Frecuentemente, el término Medio de Comunicación Público se confunde con Medio de comunicación Gubernamental, creyéndose que los primeros responden a intereses de los gobiernos de turno. Cabe señalar que un medio de comunicación gubernamental es un medio privado pues su acceso está restringido a decisiones del gobierno que lo administre. La esencia del Medio Público es la pluralidad de contenidos, y la posibilidad de acceso, sin barreras, a todos los miembros de la sociedad.

Finalmente, los Medios de Comunicación Comunitarios son aquellos medios privados que tiene finalidad social, gestionado por organizaciones sociales de diverso tipo sin fines de lucro. Su característica fundamental es la participación de la comunidad tanto en la propiedad del medio, como en la programación, administración, operación, financiamiento y evaluación. Se trata de medios independientes y no gubernamentales, que no realizan proselitismo ni son de propiedad o están controlados o vinculados a partidos políticos o empresas comerciales.²⁸

El acceso a medios esencialmente comunitarios es base fundamental para el pleno goce y ejercicio del Derecho a la Libertad de Expresión especialmente para organizaciones, comunidades y nacionalidades que históricamente han sido relegadas del uso de las frecuencias, por lo que el Estado está obligado a pluralizar mediante la expedición de leyes y políticas públicas el acceso a éstos medios de comunicación.

²⁸ Cfr. Asociación Mundial de Radios Comunitarias, *Principios para un marco regulatorio democrático sobre radio y TV comunitaria*, 2009, Principio No3.

4. Acceso y repartición del espectro electromagnético como un aspecto del derecho a la libertad de expresión y comunicación

En este punto del análisis cabe considerar cómo incide el acceso y repartición del espectro electromagnético para un pleno goce y ejercicio del derecho a la libertad de expresión.

Para definir el derecho a la libertad de expresión, debemos partir de los términos que componen lo componen. Comunicar es un proceso en el cual una persona, denominada emisor, envía una información, llamada mensaje a través de un vehículo llamado medio a otra persona que la recibe, denominada receptor.²⁹ Informar es dar una noticia sobre una cosa e información, es la acción y efecto de informar³⁰ y finalmente; Libertad es hacer todo lo que no dañe a los demás,³¹ la dignidad de las personas solo puede tener sentido si se parte del supuesto de que se es libre, pero, en consecuencia responsable.³²

Es así que, la libertad de expresión es un es un derecho fundamental e inalienable, inherente a todas las personas, es, además, un requisito indispensable para la existencia misma de una sociedad democrática.³³

Para el tratadista Ronald Dworkin, la libertad de expresión es un derecho moral, es decir que es otorgado por el Estado a partir de una norma hipotética fundamental, es así que si el gobierno infringe un derecho moral, restringiéndolo entonces ha inferido un agravio al individuo, pero por otra parte si el Gobierno amplía exageradamente su ejercicio, entonces defrauda a la sociedad de un beneficio general.³⁴

Este derecho está contenido en la Convención Americana de Derechos

²⁹ Nestor Raúl, Correa Henau, *La libertad de informar y sus derechos conexos, en Medios de información y Comunicación*, Editora: Doriz Réniz Caballero, Potificia Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia, 2003, p. 34.

³⁰ Diccionario de la Lengua española. Real Academia española. Edición 21, Espasa-Calpe, Madrid, 1992, págs.1164 y 1165.

³¹ Cfr. Asamblea Nacional Francesa, Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, Francia, 26 de Agosto de 1789. Art.4

³² Nestor Raúl, Correa Henau, *La libertad de informar y sus derechos conexos, en Medios de información y Comunicación, op.cit.*, p. 37.

³³ OEA, *Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión*, Principio 1. Ver además, Néstor Raúl, Correa Henau, *La libertad de informar y sus derechos conexos, en Medios de información y Comunicación*, Editora: Doriz Réniz Caballero, Potificia Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia, 2003, pág. 37

³⁴ Cfr. Ronald Dworkin, *Los Derechos en Serio*, Ed. Ariel Derecho, Quinta reimpresión, España, 2002, pág.294.

Humanos en su artículo 13 y en la Constitución ecuatoriana en su artículo 17 y 66 numeral 6, que establecen la capacidad de recibir, difundir y buscar cualquier tipo de ideas u opiniones y cualquier tipo de información por cualquier medio.³⁵ La Corte Interamericana de Derechos Humanos en varios pronunciamientos, especialmente en la Opinión Consultiva OC-5/85 ha dividido a este derecho en dos dimensiones que deben estar garantizadas simultáneamente por parte del Estado para que éste cumpla con sus obligaciones genéricas de respeto y garantía: una individual y una social.³⁶ Estas requieren, por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto, un derecho de cada individuo; pero implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresiones del pensamiento e ideas difundidas por diferentes medios.³⁷

Es así que, en estos momentos es imperiosa la necesidad de avanzar de la concepción limitada del derecho a la libertad de expresión hacia una verdadera concepción de derecho universal sin olvidar que la administración y la repartición del espectro radioeléctrico es base fundamental para el ejercicio de sus dos dimensiones. Al respecto la ONU, en la Cumbre Mundial sobre la Sociedad de la Información, señaló que la comunicación es un proceso social fundamental y una necesidad humana básica. Constituye el eje central de la Sociedad de la Información. Todas las personas deben tener la oportunidad de participar, y nadie debería quedar excluido de los beneficios que le ofrece,³⁸ por lo que la información en este contexto debe ser: universal, ubicua, equitativa y asequible a la infraestructura y a los servicios de las TIC (Nuevas tecnologías de la información).³⁹

Para que el Estado delimite el Derecho a la libertad de expresión en este contexto, debe universalizar el acceso a los medios especialmente al espectro

³⁵ Cfr. Convención Americana de Derechos Humanos. Art.13.1

³⁶ Cfr. Corte IDH, *La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párr.31-33.

³⁷ Corte IDH. Caso “*La Última Tentación de Cristo*”(Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73, párr.64

³⁸ Organización de las Naciones Unidas, *Cumbre Mundial sobre la Sociedad de la Información: Declaración de Principios*, Asamblea General, Resolución 56/186, Ginebra, 2003, párr.4.

³⁹ La expresión TIC agrupa los elementos y las técnicas utilizadas en el tratamiento y la transmisión de las informaciones, principalmente de informática, Internet y telecomunicaciones. Cfr. Debora Huley, *Estrella Polar: Los Derechos Humanos en la Sociedad de la Información*, Quito, Auditoría Democrática Andina, 2003, párr.23.

radioeléctrico mediante una legislación inclusiva evitando el monopolio y además, eliminando barreras económicas y estructurales mediante una legislación inclusiva y pensada desde el punto de vista colectivo.

En el mismo orden de ideas, la Sociedad de la Información se rige por los principios de: libertad de prensa y de información, así como la independencia, el pluralismo y la diversidad de los medios de comunicación,⁴⁰ por lo que los Estados deben dar cabida a la creación de medios con contenido local que estimule la participación de miembros de zonas rurales, distantes y marginadas.⁴¹

Así mismo, la OEA ha ratificado que en este nuevo marco, todas las personas tienen el acceso sin censura al debate político a través de varios medios incluyendo la Internet⁴² como componentes esenciales de la Sociedad del Conocimiento,⁴³ sin olvidar que el espectro radioeléctrico sigue siendo el medio más utilizado y de mayor alcance dentro de los países especialmente del Cono Sur.

Los medios de comunicación deben estar abiertos a todos sin discriminación,⁴⁴ se debe fomentar la diversidad de regímenes de propiedad de los mismos, de acuerdo con la legislación nacional e internacional.⁴⁵ Además, la UNESCO ha sostenido los medios asumen una participación esencial en la educación dentro de un espíritu de paz y respeto mutuo a fin de fomentar los derechos humanos,⁴⁶ para este objetivo, estos deben utilizar y tratar a la información de manera responsable, de acuerdo con los principios éticos y profesionales más rigurosos.⁴⁷

Con el fin de dar cumplimiento a lo establecido en el artículo 17 de la Constitución así como para garantizar el pluralismo y la diversidad en condiciones de igualdad y no discriminación,⁴⁸ los Estados tienen la facultad de regular las ondas radioeléctricas del espectro y de adelantar procedimientos administrati-

⁴⁰ Cfr. ONU, *Cumbre Mundial sobre la Sociedad de la Información*, op.cit., párr.55.

⁴¹ Cfr. ONU, *Cumbre Mundial sobre la Sociedad de la Información*, op.cit., párr.52.

⁴² Cfr. OEA, AG/DEC. 46 (XXXVI-O/06), *Declaración De Santo Domingo: Gobernabilidad Y Desarrollo En La Sociedad Del Conocimiento*, 6 de junio de 2006. Pto.5

⁴³ OEA, *Declaración De Santo Domingo*, op.cit., pto.6

⁴⁴ Corte IDH, *La Colegiación Obligatoria de Periodistas*, op.cit., párr. 34

⁴⁵ ONU, *Cumbre Mundial sobre la Sociedad de la Información*, op.cit., párr.55

⁴⁶ Cfr. UNESCO, *Declaración sobre los Principios Fundamentales relativos a la Contribución de los Medios de Comunicación de Masas al Fortalecimiento de la Paz y la Comprensión Internacional, a la Promoción de los Derechos Humanos y a la Lucha contra el Racismo, el Apartheid y la Incitación a la Guerra*, 28 de noviembre de 1978, Art. 4.

⁴⁷ Cfr. ONU, *Cumbre Mundial sobre la Sociedad de la Información: Declaración de Principios*, op.cit., párr.55

⁴⁸ CIDH, Relatoría Especial. 26 de junio de 2009. Comunicado de Prensa R41/09

vos sancionatorios para asegurar el cumplimiento de las disposiciones legales,⁴⁹ mismos que deben estar claramente establecida en la ley⁵⁰ y que incluirán, entre otros, mecanismos para contribuir a la diversidad en los medios de comunicación, la cual va más allá de ofrecer diferentes clases de programación, sino que debe satisfacer las necesidades de información e intereses de todos los sectores de la sociedad,⁵¹ proporcionando un proceso de concesiones con el objeto de garantizar el derecho a opinar y difundir las ideas individuales cumplimentando con ello los deberes prescritos en la Constitución y las obligaciones adquiridas mediante la ratificación de instrumentos internacionales del Derechos Humanos.

Por lo tanto, el Derecho a la Libertad de Expresión es la piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática⁵² y además la posibilidad de ejercer derechos, de participar y ser parte de un grupo social,⁵³ el Estado tiene la obligación de regular los medios de comunicación que utilizan el espectro radioeléctrico para permitir el acceso de todas las personas a participar en la generación y difusión de la opinión y la información.

5. bibliografía

Agencia de Comunicación de Niños, Niñas y Adolescentes (ACNNA), *La niñez y la adolescencia en los medios impresos en el Ecuador, Informe 2007-2008*, Quito, Julio 2009.

Asociación Mundial de Radios Comunitarias, *Principios para un marco regulatorio democrático sobre radio y TV comunitaria*, 2009.

⁴⁹ CIDH, Relatoría Especial. Comunicado de Prensa R41/09, Op.cit.

⁵⁰ Mecanismos internacionales para la promoción de la libertad de expresión, Declaración conjunta sobre Diversidad en la radiodifusión, Organización de las Naciones Unidas, diciembre de 2008.

⁵¹ Mecanismos internacionales para la promoción de la libertad de expresión, Declaración conjunta sobre Diversidad en la radiodifusión, Organización de las Naciones Unidas, Op.cit.

⁵² Corte IDH. *Caso Kimel Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008 Serie C No. 17, párr. 87; Cfr, Corte IDH. *Caso Apitz Barbera y otros* (“*Corte Primera de lo Contencioso Administrativo*”) Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 18, párr. 131. Ver también: OEA y CIDH, Democracia y Derechos Humanos en Venezuela, OEA/Ser.L/V/II., Doc.54, 30 de diciembre de 2009, párr.341.

⁵³ Cfr. Agencia de Comunicación de Niños, Niñas y Adolescentes(ACNNA) Ecuador, *La niñez y la adolescencia en los medios impresos en el Ecuador, Informe 2007-2008*, Quito-Ecuador, Julio 2009, págs.10 y 11

- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Comunicado de Prensa* N° 29/07, Washington DC, 25 de mayo de 2007.
- _____, *Comunicado de Prensa* R41/09, Relatoría Especial, 26 de junio de 2009.
- _____, *Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión*, 108° período ordinario de sesiones, 2000.
- _____, *Informa Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión*. 2009.
- Constitución de la República de Ecuador
- Constitución Unión Internacional de Telecomunicaciones.
- Convención Americana de Derechos Humanos.
- Correa Henau, Nestor Raúl, *La libertad de informar y sus derechos conexos, en Medios de información y Comunicación*, Caballero, Doriz Réniz, edit., Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2003.
- Corte Europea de Derechos Humanos, *Case Of Groppera Radio Ag And Others V. Switzerland*, 28 March 1990. Application no. 10890/84.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, *La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, Serie A No. 5.
- _____, *Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73.
- _____, *Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) Vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No 182.
- _____, *Caso Kimel Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008 Serie C No. 17.
- Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, 26 de Agosto de 1789.
- Dworkin, Ronald, *Los Derechos en Serio*, Madrid, Ariel Derecho, 2002.
- Foster, McLean. *Gestión del espectro radioeléctrico*, Ginebra, Unión Internacional de Telecomunicaciones, 2005.
- Fundación Regional de Asesoría de Derechos Humanos, *Los derechos de la Comunicación: Reflexión, debate y práctica*, Quito, INREDH, 2004.
- Nestor Raúl, Correa Henau, *La libertad de informar y sus derechos conexos, en Medios de información y Comunicación*, Editora: Doriz Réniz Caballero, Pontificia Universidad Javeria, Bogotá, Colombia, 2003.
- Huley, Debora, *Estrella Polar: Los Derechos Humanos en la Sociedad de la Información*, Quito, Auditoría Democrática Andina, 2003.
- Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), *Declaración sobre los Principios Fundamentales relativos a la Contribución de los Medios de Comunicación de Masas al Fortalecimiento de la Paz*

y la Comprensión Internacional, a la Promoción de los Derechos Humanos y a la Lucha contra el Racismo, el Apartheid y la Incitación a la Guerra, Ginebra, 28 de noviembre de 1978.

Organización de las Naciones Unidas, *Cumbre Mundial sobre la Sociedad de la Información: Declaración de Principios*, Asamblea General, Resolución 56/186, Ginebra, 2003.

_____, *ABC de las Naciones Unidas*, Nueva York, Departamento de Información Pública de las Naciones Unidas(DIP), 2004.

_____, *Mecanismos internacionales para la promoción de la libertad de expresión, Declaración conjunta sobre Diversidad en la radiodifusión*, diciembre de 2008.

Organización de los Estados Americanos y Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Democracia y Derechos Humanos en Venezuela*, OEA/Ser.L/V/II., Doc.54, 30 de diciembre de 2009.

Organización de los Estados Americanos y Unión Internacional de Telecomunicaciones, *Libro Azul de Políticas de Telecomunicaciones para las Américas*, Washington DC, 2004.

Organización de los Estados Americanos, *Declaración De Santo Domingo: Gobernabilidad Y Desarrollo En La Sociedad Del Conocimiento*, AG/DEC. 46 (XXXVI-O/06), 6 de junio de 2006.

Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua española*, Madrid, Espasa-Calpe, 21a. ed., 1992.

La comunicación, un derecho necesario para el Buen Vivir

Ana María Acosta

Sumario

1. Presentación. 2. El papel actual de la comunicación y los medios. 3. Breve historia del derecho a la comunicación. 4. De la libertad de individuos a expresarse, al Derecho de los pueblos a comunicarse. 5. El derecho a la comunicación en el Ecuador. 6. Cambio de modelo comunicacional: La comunicación en el Buen Vivir. 6.1. Estructura y poder. 6.2. Ideología, sentidos, cosmovisión. 6.3. Personas, pueblos y ciudadanía. 7. Bibliografía.

1. Presentación

Para gran parte de la sociedad ecuatoriana, la palabra derechos aún suena a una realidad extraña. Si bien la aprobación de la Constitución 2008 por la mayoría de ecuatorianos y ecuatorianas fue una demostración de esperanza de cambio, está claro que las transformaciones no dependen solamente de un texto constitucional, como lo dice Alberto Acosta, presidente de la Asamblea Constituyente 2008:

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. Una Constitución, sin embargo, no hace a una sociedad. Es la sociedad la que elabora la Constitución y la adopta casi como una hoja de ruta.¹

La apropiación de la Constitución ha sido una tarea difícil, más aún la sensibilización sobre conceptos como el Buen Vivir o Sumak Kawsay tomados de la cosmovisión indígena, que representan un cambio de modelo y exigen repensar las necesidades sobre un nuevo derecho consagrado y que casi se nos

¹ Alberto Acosta, *El Buen Vivir en el camino del post-desarrollo Una lectura desde la Constitución de Montecristi*, Octubre 2010.

olvida que es derecho: el Derecho a la Comunicación.

El presente trabajo realiza un recorrido histórico por los principales planteamientos de la comunicación y cómo estos se han reflejado en acciones de cambio, cuenta el camino seguido en Ecuador desde la constitución del 98 hasta la constitución 2008 para que la comunicación sea reconocida como un derecho dentro del Buen Vivir y reflexiona sobre las implicaciones de este reconocimiento para un cambio de modelo no sólo estructural sino de construcción de sentidos comunicacionales y sociales, en esa lucha por el poder simbólico.

2. El papel actual de la comunicación y los medios

Una profesora, en una escuela pública para niños marginales en Estados Unidos, pidió a sus alumnos que le dijeran los derechos que tenían en la *democracia americana*, la del *sueño*, sí esa, la de *la libertad*. Los niños la miraban como si hablara en otro idioma, hasta que un niño de 8 años, que pocos minutos antes había dicho que de grande quería tener todas las armas del mundo porque eran “cool”,² levantó la mano. La maestra feliz de que alguien rompiera el silencio le dio la palabra, el niño con voz fuerte dijo: “yo tengo derecho a permanecer callado”.³

Es indiscutible que en la actualidad, la comunicación es “la figura emblemática de las sociedades del tercer milenio.”⁴ La presencia de los medios de comunicación, como generadores de ideología, conocimientos, saberes, sentidos y símbolos en las sociedades del mundo moderno, es cada vez más fuerte:

[...] el desarrollo de los medios de comunicación crea nuevas formas de acción e interacción y nuevos tipos de relaciones sociales, formas que son completamente diferentes del tipo de interacción cara a cara que ha prevalecido a lo largo de la historia de la humanidad.

[...] el desarrollo de los media está fundamentalmente interrelacionado con las transformaciones institucionales más importantes que han dado forma al mundo moderno.⁵

² Palabra en ingles que significa: bueno, chévere, lo mejor.

³ Alexandra Pelosi, *Homeless: The Motel Kids of Orange County*, documental de la cadena HBO, 2010.

⁴ Armand Mattelart y Michele Mattelart, *Historia de las Teorías de la comunicación*, 1a. ed., 1997.

⁵ John B Thompson, *Los media y la modernidad Una teoría de los medios de comunicación*, Barcelona, Paidós, 1a. ed., 1998.

Pero, en el Ecuador y América Latina, este mundo moderno llega por partes. Los avances tecnológicos en la informática y las comunicaciones están produciendo nuevas formas de representar el mundo y la realidad, a tal velocidad que muchas realidades no alcanzan a tomar su paso:

En América Latina y el tercer mundo el tema del acceso a las tecnologías es complejo. Se producen otras formas de ver el mundo que no necesariamente corresponden a la realidad de las regiones más pobres del planeta.⁶

A pesar de las contradicciones y la variabilidad de los tiempos, la comunicación, por su ubicuidad, es figura esencial para el entendimiento de las sociedades actuales. Los medios aparecen como el elemento constitutivo para comprender las nuevas dinámicas sociales y políticas. La influencia de las tecnologías de la información modifica la forma de convivencia social, cultural y su relación con el poder y la política. La plaza, el parque, la esquina y hasta la iglesia, que antes eran el lugar de encuentro para intercambiar información y promover las discusiones públicas, son reemplazadas por los centros comerciales y los medios de comunicación, donde se ejerce una relación menos personal:

La esfera política se construye en los medios. Su funcionalidad da cuenta que el poder “se mira y no se toca” reafirmandose el alejamiento entre el productor y el receptor de los mensajes. Los hacedores de los contenidos puestos a circular, ejercen el derecho de la comunicación desde el nuevo púlpito de la modernidad: los medios.⁷

Pierre Bourdieu afirma que en la actualidad el escenario mediático se convierte también en un escenario político, donde las diferentes corrientes políticas confrontan y se encuentran, haciendo de los medios, parte de la lucha por el poder:

La lucha política apunta esencialmente a conservar o transformar esos principios, a reforzar o modificar la visión del mundo social. Los periodistas juegan así un rol central, ya que entre todos los productores de discursos

⁶ Lola Vázquez, y Napoleón Saltos, *Ecuador: su realidad*, Quito, Fundación José Peralta, ed. 2007-2008, 2008, p.323.

⁷ Raquel Escobar, *Comunicación y protesta urbana. En Comunicación en el Tercer Milenio: Nuevos escenarios y tendencias*, en Iván Rodrigo Mandizábal y Leonela Cucurella, edit., Quito, Abya – Yala, 2001.

son quienes disponen de los medios más potentes para hacerlos circular e imponerlos. Ocupan de este modo una posición privilegiada en la lucha simbólica por hacer ver y hacer creer.⁸

Thompson llama a esto “la lucha por el poder simbólico” donde la efectivización del Derecho a la Comunicación, por parte de los actores históricamente excluidos, adquiere mayor importancia y su presencia no podía pasar desapercibida en la nueva estructura institucional planteada en la nueva Constitución.

3. Breve historia del derecho a la comunicación

Los *mass media* de difusión universal han puesto por las nubes el precio de la libertad de expresión: cada vez son más los opinados, los que tienen el derecho de escuchar, y cada vez son menos los opinadores, los que tienen el derecho de hacerse escuchar.⁹

Los derechos humanos, son producto de la lucha social de los seres humanos por mejorar su calidad de vida y la de su comunidad, pueblo o nacionalidad. Cada derecho responde a un proceso social impulsado por un determinado grupo en un momento histórico. El derecho a la comunicación no es la excepción. Si bien es un concepto que varios autores lo denominan un “derecho emergente”¹⁰ o “en construcción” este derecho responde a la necesidad de integrar a las diferentes conquistas sociales referentes a la Libertad de Opinión, de Expresión, de Prensa y de Información, de forma que se responda a las demandas del contexto actual de forma integral. Es así que:

(...) este derecho abarca todas las libertades, pero, además, aporta tanto para los individuos como para las sociedades, las nociones de acceso y participación a la información y de corriente bilateral de la información, nociones todas necesarias, como bien comprendemos ahora, para el desarrollo armonioso del ser humano y de la humanidad¹¹

⁸ Pierre Bourdieu, *Pensamiento y Acción*, Buenos Aires, 3a. ed., 2003.

⁹ Eduardo Galeano, *La escuela del mundo al revés*, Madrid, Siglo XXI, 1999.

¹⁰ María Paula Saffón, *El derecho a la comunicación: un derecho emergente*, Bogotá, Centro de Competencia en Comunicación para América Latina, 2007, 26.03.11 en: <http://190.12.9.188/2009/12/21/17/45/2779a7ee-e927-431f-8825-edf79e654cc0.pdf%20>.

¹¹ Cfr. “Iniciativas ciudadanas por el derecho a la comunicación”, en *Revista Latinoamericana de Comunicación Chasqui*, N. 64, Quito, CIESPAL, 1998, p. 30, en Marco Navas, *Los Derechos de la Comunicación*, Quito, Fundación INREDH/Punto de Comunicación,

El Derecho a la Comunicación busca integrar a los derechos a la Libertad de Expresión, de Prensa y de Información en un nuevo contexto donde la comunicación y los medios, cada vez más, adquieren un papel trascendental en la creación de nuevas formas de acción e interacción nuevos tipos de relaciones sociales y nuevos mundos simbólicos.¹² Estos retos son distintos de aquéllos por los cuales fueron creados y han sido interpretados los derechos clásicos.

4. De la libertad de individuos a expresarse, al Derecho de los pueblos a comunicarse

El derecho a la Libertad de Expresión y de Pensamiento nace en los albores del mundo occidental moderno, en el contexto de una emergente clase burguesa, que disputaba el poder con la monarquía y la iglesia, y miraba la necesidad de garantizar la expresión libre de ideas. Con los diferentes avances tecnológicos y la aparición de la imprenta a más de garantizar la palabra se requería proteger la posibilidad del medio de expresarse, es así que se reconoce la Libertad de Prensa. Estos derechos se conciben dentro de la ideología burguesa del *individualismo filosófico y el liberalismo económico*, procediendo de la tradición constitucionalista liberal, que exige al estado su no injerencia en la esfera privada. Así “[l]as nuevas libertades se basan, entonces, en una idea evidentemente individualistas y en la sociedad como la suma de individuos. Se trata de una concepción que hoy llamaríamos liberal.”¹³

Las Naciones Unidas en su primera Asamblea declaró a la Libertad de Información como la piedra de todas las libertades y un derecho humano fundamental, así estos derechos se incorporan dentro de los derechos civiles y políticos denominados de *primera generación*, que tienen como fundamento el principio de libertad.¹⁴ La Declaración Universal de los Derechos Humanos en su artículo 19 dice:

Todo **individuo** tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de

2a. ed., 2005.

¹² John B Thompson, *Los media y la modernidad Una teoría de los medios de comunicación*, Barcelona, Paidós, 1a. ed., 1998.

¹³ Marco Navas, *Los Derechos de la Comunicación*, Quito, Fundación INREDH/Punto de Comunicación, 2a. ed., 2005.

¹⁴ Rodrigo Trujillo, *Manual para Defensores y Defensoras de los Derechos Humanos y la Naturaleza*, Quito, Fundación INREDH, 2010.

investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión.¹⁵

La visión de este derecho está limitada a garantizar a los individuos la expresión libre de ideas, pero especialmente a los actores de los medios de comunicación, contra las posibles interferencias de las autoridades estatales o los poderes públicos.

La circulación de la información desde la visión liberal es comprendida dentro de un libre mercado donde debe existir libre competencia de ideas, así la información es entendida como mercancía que debe estar fuera de toda traba. Esta visión limitó el accionar del Derecho a la Libertad de Expresión a propietarios de los medios de comunicación que en el Ecuador como en América Latina están íntimamente relacionados con los poderes económicos. Así, este derecho se confunde con otros de corte civil y privado, como lo dice Luigi Ferrajoli:

Esto es el fruto de una confusión conceptual que deviene de hablar de “libertad de prensa” cuando en realidad es “libertad de la propiedad de los medios (...) la tradición liberal siempre ha confundido con las libertades cuando son cosas diferentes. Por ejemplo, se confunde lo que es la propiedad de los medios y lo que es la libertad de prensa.”¹⁶

Las críticas a esta forma de concebir el derecho a la Libertad de Expresión y en sí el modelo dominante de la comunicación, tomaron fuerza en los 70 con las teorías críticas de la comunicación. Los gobiernos revolucionarios de aquella época miraron la importancia de la comunicación para las diversas transformaciones sociales.

La Libertad de Expresión y la Libertad de Prensa pasan a ser analizadas desde el condicionante de la propiedad de los medios de comunicación, es por eso que los gobiernos encaminan acciones directas sobre la propiedad de los medios, para democratizar el acceso y así evitar la imposición de una ideología dominante encaminada principalmente a posicionar el “*american way of life*” es decir el estilo de vida estadounidense.

A nivel internacional se promueve el informe MacBride, también conocido como “*Voces Múltiples, Un Solo Mundo*”, un documento de la Organización de

¹⁵ Declaración Universal de los Derechos Humanos.

¹⁶ Luigi Ferrajoli, “Hay intereses muy fuertes para mantener las drogas prohibidas”, entrevista en *Revista Página 12*, 26.03.11, en: <http://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-105900-2008-06-12.html>.

las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (Unesco) publicado en 1980 y redactado por una comisión presidida por el irlandés Seán MacBride. Este informe puso énfasis en corregir la desigualdad y los desequilibrios en términos de comunicación, información y cultura:

Entre un mundo rico e influyente y un mundo pobre y progresivamente irrelevante. Proclamando que la libertad de información -de emisión y de recepción- no podía reducirse a la libertad del mercado informativo y hacía necesarios y exigibles el pluralismo y la diversidad. Afirmando el derecho de todas las comunidades y culturas a proyectar su propia voz en *un nuevo orden, un sólo mundo, voces múltiples*.¹⁷

Este informe sugiere un *Nuevo Orden Mundial de la Información y la Comunicación*, NOMIC que implique el desarrollo de un equilibrio mundial en el ámbito de la información y de la comunicación.

En esos años setenta, voces hasta entonces descartadas de los hemisferios internacionales hicieron escuchar sus opiniones sobre el ordenamiento del mundo, tanto al nivel económico como comunicacional. No es posible aislar el Informe del trasfondo geopolítico que legitima la irrupción de otra visión del mundo distinta a la que estaba acostumbrada la propia UNESCO desde los años cincuenta [...] Lo que empieza a resquebrajarse es el paradigma evolucionista de la pareja desarrollo-subdesarrollo y su concepto informacional y lineal de la historia, extraño a la idea de la diversidad y de la creatividad de las culturas. La crisis de este retorno de la vieja ideología del progreso señala la crisis de los esquemas de la comunicación-modernización por difusión de las innovaciones a partir de un centro civilizador, que habían dominado las referencias de los ingenieros y planificadores sociales de la UNESCO durante más de dos decenios.¹⁸

En el contexto de este debate Jean D'Arcy propuso en 1979 el Derecho a la Comunicación, así sus palabras siguen vigentes al decir: “Vendrá el día en el que la Declaración Universal de los Derechos Humanos tendrá que incluir

¹⁷ Joan Manuel Tresserras, *Presentación: 25 años del Informe MacBride. Un diagnóstico audaz y controvertido sobre la comunicación*, 26.03.11, en: http://www.portalcomunicacion.com/informe_macbride/esp/articles_m_det.asp?id_content=13&id_article=1.

¹⁸ Armand Mattelart, *Una nueva lectura del Informe MacBride*, 26.02.11, en: http://www.portalcomunicacion.com/informe_macbride/esp/articles_m_det.asp?id_content=27&id_article=15.

un derecho más amplio que el del derecho del *ser humano*¹⁹ a la información [...] este es el derecho de los seres humanos a comunicarse”.²⁰

Desde esta nueva perspectiva, el Derecho a la Comunicación implica una transformación de la mirada liberal e individualista en la que hasta el momento se han basado los derechos a la Libertad de Prensa y a la Información. El ejercicio del Derecho a la Comunicación no puede estar subordinado a las tendencias del mercado, es por eso que este derecho exige también redistribución y democratización del acceso, producción y los canales por donde circula la comunicación.

5. El derecho a la comunicación en el Ecuador

En el 2004, cuando INREDH²¹ junto a Punto de Comunicación publicó el libro *Los derechos de la comunicación*, el concepto *Derecho a la Comunicación*, estaba en un proceso de construcción y definición, dentro del Ecuador.

En aquella época regía la Constitución aprobada en 1998, la cual contenía algunos avances en unos derechos (para los Pueblos Indígenas, mujeres por ejemplo) pero en el marco económico predominó la visión privatizadora del Estado y sentó la base para la implementación de las subsiguientes políticas neoliberales que dominaron la escena gubernamental.

Esta Constitución de 1998 en el Capítulo IV *De los Derechos económicos, sociales y culturales* Sección 10a *De la Comunicación* decía:

Art. 81 El Estado garantizará el derecho a acceder a fuentes de información; a buscar, recibir, conocer y difundir información objetiva, veraz, plural, oportuna y sin censura previa, de los acontecimientos de interés general, que preserve los valores de la comunidad, especialmente por parte de periodistas y comunicadores sociales [...]

Los medios de comunicación social deberán participar en los procesos educativos, de promoción cultural y preservación de valores éticos. La ley establecerá los alcances y limitaciones de su participación.

Se prohíbe la publicidad que por cualquier medio o modo promueva la violencia, el racismo, el sexismo, la intolerancia religiosa o política y cuando

¹⁹ La cita original decía “los hombres” por una política de género y lenguaje incluyente de esta publicación, colocho “seres humanos”.

²⁰ Frase citada en el artículo de Carlos Camacho, *Un largo trecho: de la información a la comunicación*, en: www.geocities.com/carcam2000.

²¹ Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos.

afecte a la dignidad del ser humano.²²

En este artículo sobresale una visión de la comunicación limitada a los medios de comunicación, entendidos como *empresas de comunicación* y al ejercicio periodístico. No hay que asombrarse, esta era la visión predominante incluso en la academia de aquella época, *conocer y difundir información* donde los encargados de hacerlo eran los y las *periodistas objetivos e imparciales*, en unos medios con una estructura *naturalizada* y sin oportunidad a discutir, peor a transformar.

Las leyes relacionadas con la comunicación tenían igual visión. Así, las dos leyes centrales que tienen que ver con la comunicación: la Ley de Telecomunicaciones y la de Radiodifusión y Televisión, fueron promulgadas en un contexto de auge del neoliberalismo y la privatización del sector público.

La ley de Telecomunicaciones, promulgada en julio de 1992, se ubica y proyecta en una concepción tecno-mercantilista de las telecomunicaciones:

En efecto, para la legislación de telecomunicaciones no existen los ciudadanos, sino empresas proveedoras de servicios de telecomunicaciones y usuarios de los mismos, y lo que se está regulando no son contenidos y límites para el ejercicio de ciertos derechos relacionados con la comunicación, sino que son hechos fundamentalmente tecnológicos y comerciales, respecto de los cuales es preciso garantizar y defender la libre competencia entre los actores que intervienen en el mercadeo de la información y de sus tecnologías. Este enfoque es profundizado en las sucesivas reformas a la Ley de Telecomunicaciones, por lo que ahora mismo sigue siendo el enfoque predominante en la regulación y gestión del sector.²³

Por otro lado la Ley de Radiodifusión y Televisión, promulgada en 1975 mediante decreto supremo²⁴ durante la dictadura, es reformada en 1995 pero mantiene la visión de una institucionalidad jerarquizada y sin ningún mecanismo de participación. Esta ley también refleja una comprensión de la comunicación como una actividad comercial que requiere ciertas garantías tecnológicas, por lo que se preocupa de regular las concesiones, las potencias, la producción e incluso la propiedad comercial de los contenidos, colocando como una de las

²² Alberto Acosta, *El Buen Vivir en el camino del post-desarrollo Una lectura desde la Constitución de Montecristi*, Octubre 2010.

²³ Romel Jurado, *El proceso de elaboración de la Ley de Comunicación en Ecuador*, tomado del portal Programa de Legislación y Derecho a la Comunicación América Latina y el Caribe, AMARC, 2010.

²⁴ Decreto Supremo No. 256-A Registro Oficial No. 785 del 18 de abril de 1975.

atribuciones del Consejo Nacional de Radiodifusión y Televisión (CONARTEL):

g) Velar por el pleno respeto a las libertades de información, de expresión de pensamiento y de programación, así como al derecho de propiedad en la producción, transmisiones o programas, a que se refiere esta Ley;

h) Regular y controlar, en todo el territorio nacional, la calidad artística, cultural y moral de los actos o programas de las estaciones de radiodifusión y televisión.²⁵

En cuanto al reconocimiento de los medios de comunicación, esta ley solo reconocía dos clases de estación de televisión y radiodifusión: comerciales privadas y de servicio público, a estas últimas castigándolas como si se tratará de un servicio público en camino de ser desaparecido:

Art.8.-Son estaciones de servicio público las destinadas al servicio de la comunidad, sin fines utilitarios, las que no podrán cursar publicidad comercial de ninguna naturaleza. Están incluidas en el inciso anterior, las estaciones privadas que se dediquen a fines sociales, educativos, culturales o religiosos, debidamente autorizados por el Estado.²⁶

Esto significó que muchas *radios comunitarias* a pesar de ser eminentemente sociales, se inscriban bajo el nombre de *comerciales*, para mantener publicidad pagada, sin embargo, el tener una programación educativa, según este artículo, las hacía radios de *servicio público*, por lo que tenían la prohibición de recibir publicidad. Un juego de nunca acabar que limitó el trabajo de muchas propuestas de comunicación con fines sociales.

En 1996 la Coordinadora de Radios Populares y Educativas del Ecuador, plantea una reforma a esta ley, pero recién en el año 2002 la Comisión de lo Económico del Congreso Nacional analiza la Reforma y emite un informe donde expresa:

A los sectores marginados del Ecuador, se les impone un doble castigo: ser pobres y en consecuencia, estar negados a acceder al derecho de expresión, por la precariedad de sus ingresos que no les permiten cubrir los gastos que exigen para su funcionamiento mutilando el derecho de expresión y haciendo

²⁵ Ley de Radio y Televisión.

²⁶ Ley de Radio y televisión del Ecuador, Título II que habla sobre las Estaciones de Radiodifusión y Televisión, Capítulo I, Artículo 6.

que este sea una declaración en el papel.

Las presentes reformas se orientan a suprimir las injusticias derivadas de la Ley y crear la certeza de que el Ecuador, en la práctica, camina en la construcción de una democracia real, de cara al nuevo milenio.²⁷

Así, finalmente la Ley reformada dice lo siguiente:

Art. 1.- a continuación del artículo 8, añádase tres incisos con los siguientes textos:

“Sin embargo las estaciones comunitarias que nacen de una comunidad u organización indígena, afro ecuatoriana, campesina o cualquier otra organización social; que su labor este orientada al fortalecimiento de la comunidad, a la consolidación intercultural y social, a la defensa de los valores humanos, históricos, artísticos, que afiancen la identidad nacional y vigoricen la vigencia de los derechos humanos, pueden realizar autogestión para el mejoramiento, mantenimiento y operación de sus instalaciones, equipos y pago de personal a través de donaciones, mensajes pagados y publicidad de productos comerciales.

Los requisitos, condiciones, potestades, derechos, obligaciones y oportunidades que deben cumplir los canales o frecuencias de radiodifusión y televisión de las estaciones comunitarias, serán los mismos que esta Ley determina para las estaciones privadas con finalidad comercial, en concordancia con lo prescrito por el numeral 10 del artículo 23 de la Constitución Política de la República.

Las utilidades que se perciben de la administración de estas emisoras deberán ser reinvertidas en ampliar los servicios, los sistemas o equipos de las mismas, o en actividades propias de la comunidad que representan.”²⁸

Pero estas escuetas reformas no significaron la transformación del modelo y estructura en cuanto a la comunicación predominante en el Ecuador:

[...] la construcción del Estado en el marco de la tradición liberal, que garantiza derechos de corte individual, ha propiciado la consolidación del poder fundamentado en tres ejes: el control financiero, el control de los actores políticos y el control de los medios de comunicación. Esta trilogía se expresa en la concurrencia de un poder financiero con dos vocerías, una en el ámbito de la política, con la creación de un partido político que responde al

²⁷ Gissela Dávila, *Una utopía convertida en realidad*, CORAPE, 26.03.11, en: www.comunica.org/onda-rural/docs/davilag.doc.

²⁸ Registro Oficial No. 699 del jueves 7 de noviembre del 2002.

interés del grupo económico; y una segunda vocería a través de una cadena de medios de comunicación.²⁹

Si bien la Constitución del 98 ya garantiza dentro del Capítulo II Derechos Civiles a todas las personas: “10. El derecho a la comunicación y a fundar medios de comunicación social y a acceder, en igualdad de condiciones, a frecuencias de radio y televisión”;³⁰ este parece ser un enunciado incompleto que no encuentra ningún piso institucional, legal, ni práctico donde caminar.

6. Cambio de modelo comunicacional: La comunicación en el Buen Vivir

Después de la Constitución del 98, el Ecuador tuvo que vivir: la peor crisis económica derivada del debacle del sistema bancario, el cambio de moneda del sucre al dólar, la caída de dos nuevos presidentes³¹ por levantamientos populares (indígenas y movimientos sociales en un caso, y ciudadanía sin liderazgos visibles en el otro), para que se conformara después de 10 años una nueva Asamblea Constituyente, encargada de modificar la Constitución.

Así, en el 2008 la Asamblea de Montecristi, construye una Constitución en plena crisis del modelo neoliberal, en un contexto latinoamericano de mayoritaria presencia de gobiernos progresistas,³² con una debacle del capital en los países llamados *desarrollados*.

La nueva Constitución del Ecuador recoge las demandas populares que se habían gestado durante años de movilización social contra las arremetidas neoliberales. Se fortalece el papel del Estado y se declara al *Ecuador un Estado Constitucional Social y Democrático de Derechos*, lo cual es un avance en cuanto a su exigencia.

En esta Constitución, la comunicación deja de ser vista como una cuestión instrumental y regida por las reglas del mercado, y se reconoce el Derecho a la Comunicación, como parte de los derechos del *Buen Vivir o Sumak Kawsay*, es

²⁹ Andrés Borja, David Cordero y Luís Ángel Saavedra, *Informe sobre la libertad de expresión en el Ecuador, Presentado a la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)*, Quito, Fundación INREDH, 2007.

³⁰ Constitución de la República de Ecuador, 1998.

³¹ Jamil Mahuad fue derrocado y huyó a Miami, donde actualmente es catedrático de Harvard. En el 2005 Lucio Gutiérrez fue derrocado después de fuertes protestas.

³² Venezuela con Hugo Chávez, Bolivia con Evo Morales, dos países que construyeron nuevas constituciones a través de Asamblea Constituyente al igual que Ecuador.

decir, como algo necesario para tener una vida digna, entendida de forma integral. Este es un concepto que viene de la Cosmovisión Indígena y marca una ruptura filosófica y teórica con las concepciones de desarrollo, basadas principalmente en el crecimiento económico. Como lo dice Alberto Acosta:

[...] El Buen Vivir no es una originalidad ni una novelería de la Constitución de Montecristi. El Buen Vivir forma parte de una larga búsqueda de alternativas de vida fraguadas en el calor de las luchas populares, particularmente indígenas, desde mucho antes de que acceda al poder político el presidente Rafael Correa.

[...] en el caso ecuatoriano queda en claro que la conquista del Buen Vivir está directamente vinculada con el conjunto de derechos, y que éstos para cristalizarse exigen cambios sustanciales de las tradicionales estrategias de desarrollo, las que, en realidad, deben ser conceptual y estructuralmente superadas. Esta es, a no dudarlo, una propuesta de vanguardia que tensiona el concepto de desarrollo en tanto opción post-desarrollista a ser construida: el Buen Vivir.³³

La Constitución rompe con la concepción clásica de los derechos, que priorizaba a unos derechos sobre otros, más bien los derechos se reconocen como interdependientes y de igual jerarquía, por lo tanto el Derecho a la Comunicación ocupa la misma importancia que el Derecho a la Salud, a la Educación o a la Vivienda, por ejemplo.

Así, la constitución del Ecuador a diferencia de la Constitución del 98 mira al Derecho a la Comunicación de forma integral, sustentándolo en tres pilares necesarios para ejercerlo:

- **Estructura–poder:** Los artículos que ponen atención a la propiedad y concentración de los medios de comunicación, la desmonopolización para democratizar la comunicación.
- **Ideología, sentidos, cosmovisión:** Los artículos que ponen atención al contenido de estos medios y su regulación.
- **Personas, pueblo, comunidad, ciudadanía:** Los artículos que ponen atención al acceso de las personas a la comunicación, a la libertad de expresión e información.

³³ Alberto Acosta, *El Buen Vivir en el camino del post-desarrollo Una lectura desde la Constitución de Montecristi*, Octubre 2010.

Estos tres pilares, así como los derechos se interrelacionan y son de igual importancia para ejercer el Derecho a la Comunicación.

6.1. Estructura y poder

El artículo 17 del *Capítulo segundo, Derechos del buen vivir, Sección tercera, Comunicación e información* como nunca antes en una constitución, pone énfasis en la propiedad de los medios de comunicación, como principal condicionante para ejercer la libertad de expresión:

Art. 17. El Estado fomentará la pluralidad y la diversidad en la comunicación, y al efecto:

1. Garantizará la asignación, a través de métodos transparentes y en igualdad de condiciones, de las frecuencias del espectro radioeléctrico, para la gestión de estaciones de radio y televisión públicas, privadas y comunitarias, así como el acceso a bandas libres para la explotación de redes inalámbricas, y precautelaré que en su utilización prevalezca el interés colectivo.

2. Facilitará la creación y el fortalecimiento de medios de comunicación públicos, privados y comunitarios, así como el acceso universal a las tecnologías de información y comunicación, en especial para las personas y colectividades que carezcan de dicho acceso o lo tengan de forma limitada.

3. No permitirá el oligopolio o monopolio, directo ni indirecto, de la propiedad de los medios de comunicación y del uso de las frecuencias.

Otro artículo que pone atención directa a la vinculación del poder económico en los medios de comunicación es:

Art. 310. Las entidades o grupos financieros no podrán poseer participaciones permanentes, totales o parciales, en empresas ajenas a la actividad financiera.

Se prohíbe la participación en el control del capital, la inversión o el patrimonio de los medios de comunicación social, a entidades o grupos financieros, sus representantes legales, miembros de su directorio y accionistas.

Para el cumplimiento de estos artículos la Asamblea Constituyente decretó varias acciones encaminadas a efectivizar el cumplimiento del mandato, como la creación de la Comisión para la Auditoría de Frecuencias de Radio y Televisión en noviembre del 2008. Esta comisión analizó la obtención de frecuencias entre los años 1995 y 2008. En mayo del 2009 presentó su informe

donde se evidencia un alto nivel de concentración de las frecuencias en: grupos económicos, grupos vinculados a partidos políticos y la iglesia. Solamente 19 familias controlan el espectro radioeléctrico.³⁴

Además, la Asamblea en su disposición transitoria ordenó que “las participaciones accionarias de las personas jurídicas del sector financiero, sus representantes legales y miembros de directorio y accionistas que tengan participación en el capital pagado de medios de comunicación social, deberán ser enajenadas en el plazo de dos años a partir de la entrada en vigencia de esta Constitución.”

Así, en el 2010 cumpliéndose 2 años de la entrada en vigencia de la constitución, los banqueros tuvieron que elegir entre los medios de comunicación o los bancos. Se detectaron 197 medios vinculados a grupos económicos que tuvieron que vender sus acciones. Para nombrar los principales:

- **El Grupos Egas:** formado por 92 empresas y representado por Fidel Egas dueño del Banco del Pichincha y único accionista del grupo Dinediciones (editorial que imprime las revistas Mundo Diners, Soho, Fucsia y Gestión) y Teleamazonas, uno de los canales de mayor oposición al gobierno, fue obligado a vender su acciones. Así, el 48 por ciento de las acciones pasaron a varios empleados del medio escogidos por Egas, a través de un fideicomiso manejado por Produfondos, el 30% de las acciones pasaron al Grupo mediático La República de Perú. El resto pasaron a “sus amigos” de Guayaquil y el restante 7 por ciento a “sus amigos” de Quito, también varios medios informaron que parte de las acciones fueron vendidas a la transnacional española Mediapro, dedicada a la producción de programas televisivos. Es decir, todo el lindo canal quedó entre familia, lo cual asegura, según Egas, que “la línea del canal no cambie”
- **El grupo Eljuri,** dueño del Banco del Austro, ETV Telerama y varias revistas
- **El grupo Canessa,** con participación en el Banco de Machala y de la cadena de Radio y Televisión Caravana. El principal accionista de este grupo decidió dejar la dirección del Banco de Machala y no perder el negocio de los medios de comunicación.

³⁴ Comisión de Auditoría, *Auditoría de las Concesiones de Frecuencias de Radio y Televisión*, Quito, 19 mayo 2009.

6.2. Ideología, sentidos, cosmovisión

Si bien la Constitución hace un esfuerzo por cambiar la visión hegemónica de la comunicación a través de diversos mecanismos, en cuanto la construcción de nuevos sentidos a través del sistema de comunicación, parece limitarse a los difundidos en la publicidad. Así dice:

Art. 19. La ley regulará la prevalencia de contenidos con fines informativos, educativos y culturales en la programación de los medios de comunicación, y fomentará la creación de espacios para la difusión de la producción nacional independiente.

Se prohíbe la emisión de publicidad que induzca a la violencia, la discriminación, el racismo, la toxicomanía, el sexismo, la intolerancia religiosa o política y toda aquella que atente contra los derechos.

Los medios de comunicación continúan reproduciendo la forma dominante de circulación de sentidos en el total del contenido y la programación. Si bien la publicidad es el espacio más evidente donde prevalecen los contenidos discriminatorios, la construcción de discursos y sentidos desde *otra visión* en los medios de comunicación es más compleja:

Es más bien un efecto global, un resultado del funcionamiento de todos los elementos que intervienen en un hecho comunicativo. El sentido no se limita a las temáticas abordadas ni a ningún otro elemento aislado, sino que se involucra todos los aspectos del hecho comunicativo, incluyendo por supuesto las condiciones de emisión de los mensajes. El sentido no es algo que sólo esté en el mensaje que nosotros producimos como emisores, sino que también depende de la emisión del receptor.³⁵

Además el buscar un cambio de modelo también en los medios de comunicación implica la modificación de los patrones dominantes de discriminación y modelo de vida consumista, ajena completamente al planteamiento del Buen Vivir.

La difusión global de ciertos patrones de consumo, en una pirueta de perversidad absoluta, se infiltra en el imaginario colectivo, aún de aquellos amplios grupos humanos sin capacidad económica para acceder a ese consumo,

³⁵ Eliseo Verón y Silvia Sigal, *Perón o muerte. Los fundamentos discursivos del fenómeno peronista*, Buenos Aires, Legasa, 1968, p. 15-16.

manteniéndolos presos del deseo permanente de alcanzarlo. Recuérdese que hoy los grandes medios de comunicación, en un paralelismo con las prácticas inquisidoras del Medioevo, marginan lo que no debe ser, al negar espacios para su publicación.³⁶

6.3. Personas, pueblos y ciudadanía

El *Capítulo segundo, Derechos del buen vivir, Sección tercera, Comunicación e información* pone atención al acceso y exigencia del derecho de todas las personas a la comunicación, así dice:

Art. 16. Todas las personas en forma individual o colectiva, tienen derecho a:

1. Una comunicación libre, intercultural, incluyente, diversa y participativa, en todos los ámbitos de la interacción social, por cualquier medio y forma, en su propia lengua y con sus propios símbolos.
2. El acceso universal a las tecnologías de información y comunicación.
3. La creación de medios de comunicación social, y al acceso en igualdad de condiciones al uso de las frecuencias del espectro radioeléctrico para la gestión de estaciones de radio y televisión públicas, privadas y comunitarias, y a bandas libres para la explotación de redes inalámbricas.
4. El acceso y uso de todas las formas de comunicación visual, auditiva, sensorial y a otras que permitan la inclusión de personas con discapacidad.
5. Integrar los espacios de participación previstos en la Constitución en el campo de la comunicación.

Estos derechos involucran a varios actores y es uno de los temas que se encuentra más tierno en el país y es donde se asienta el camino futuro.

En Ecuador no existe una tradición de exigencia del derecho a la comunicación, las organizaciones y movimientos sociales históricos que han levantado propuestas de transformación social, no colocan a la comunicación como una prioridad en sus agendas políticas. Esto ha hecho que el debate acerca del Derecho a la Comunicación se limite al conflicto: medios de comunicación - gobierno, excluyendo del debate a las personas, colectivos, organizaciones, movimientos, ciudadanía.

El movimiento de radios comunitarias, que en otro países ha llevado

³⁶ Alberto Acosta, *El Buen Vivir en el camino del post-desarrollo Una lectura desde la Constitución de Montecristi*, Octubre 2010.

la batuta de las reivindicaciones en cuento a la comunicación, en el Ecuador está marcado por la presencia predominante de la Iglesia, como propietaria de las concesiones. Si bien estas radios, tienen una historia vinculada al trabajo de educación y trabajo comunitario de la corriente de la Teología de la Liberación, que tuvo su auge en los años 70 y 80, muestran su limitante frente a las nuevas dinámicas sociales y el apareamiento de nuevos actores sociales, cada vez más diversos.

Las comunidades sociales, entendidas como personas con objetivos en común, más allá de la ruralidad, no han tenido un espacio en el espectro radio-eléctrico. En las grandes ciudades los colectivos y organizaciones diversos han quedado fuera de la disputa por el acceso a los medios de comunicación. Como lo dice Rosa María Alfaro,

[L]a esencia del Derecho a la Comunicación es que la gente se valore más. Eso es lo que necesitamos, que la gente se sienta ciudadana de un país, que la comunicación le ayude a sentirse ciudadana o ciudadano, que no es cualquiera. Es un ciudadano que tiene derechos, varios, no solo comunicativos. Pero los derechos comunicativos deben ser la expresión de un conjunto de derechos que la gente sabe que tiene.³⁷

La Constitución nos ofrece un camino por donde circular, las nuevas instituciones y legislación que se creen en torno a este derecho, deben ser coherentes con los fundamentos planteados, pero en sí son las personas de forma individual o colectiva las que deben exigir, ejercer y llenar de voces el silencio en cuanto a los mecanismos de participación efectiva para hacer realidad el Derecho a la Comunicación en una sociedad de Buen Vivir.

7. Bibliografía

- “Iniciativas ciudadanas por el derecho a la comunicación”, en *Revista Latinoamericana de Comunicación Chasqui*, N. 64, Quito, CIESPAL, 1998.
- Acosta, Alberto, *El Buen Vivir en el camino del post-desarrollo Una lectura desde la Constitución de Montecristi*, Octubre 2010.
- Alfaro, Rosa María, *El derecho a la comunicación hace que la gente se valore más*, En-

³⁷ Rosa María Alfaro, *El derecho a la comunicación hace que la gente se valore más*, Entrevista realizada por Raúl Salvador R., en www.ciespal.net, 26.03.11, en <http://www.ciespal.net/mediaciones/index.php/entrevistas/149-rosa-maria-alfaro-el-derecho-a-la-comunicacion-hace-que-la-gente-se-valore-mas.html>.

- trevista realizada por Raúl Salvador R., en www.ciespal.net, 26.03.11, en <http://www.ciespal.net/mediaciones/index.php/entrevistas/149-rosa-maria-alfaro-el-derecho-a-la-comunicacion-hace-que-la-gente-se-valore-mas.html>.
- Borja, Andrés, Cordero, David y Saavedra Luís Ángel, *Informe sobre la libertad de expresión en el Ecuador, Presentado a la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)*, Quito, Fundación INREDH, 2007.
- Bourdieu, Pierre, *Pensamiento y Acción*, Buenos Aires, 3a. ed., 2003.
- Camacho, Carlos, *Un largo trecho: de la información a la comunicación*, en: www.geoci-ties.com/carcam2000.
- Comisión de Auditoría, *Auditoría de las Concesiones de Frecuencias de Radio y Televisión*, Quito, 19 mayo 2009.
- Constitución Política de la República de Ecuador de 1998.
- Dávila, Gissela, *Una utopía convertida en realidad*, CORAPE, 26.03.11, en: www.comunica.org/onda-rural/docs/davilag.doc.
- Declaración Universal de los Derechos Humanos.
- Decreto Supremo No. 256-A Registro Oficial No. 785 del 18 de abril de 1975
- Escobar, Raquel, *Comunicación y protesta urbana. En Comunicación en el Tercer Milenio: Nuevos escenarios y tendencias*, en Mandizábal, Iván Rodrigo y Cucurella, Leonela, edit., Quito, Abya – Yala, 2001.
- Ferrajoli, Luigi, “Hay intereses muy fuertes para mantener las drogas prohibidas”, entrevista en *Revista Página 12*, 26.03.11, en: <http://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-105900-2008-06-12.html>.
- Galeano, Eduardo, *La escuela del mundo al revés*, Madrid, Siglo XXI, 1999.
- Jurado, Romel, *El proceso de elaboración de la Ley de Comunicación en Ecuador*, tomado del portal Programa de Legislación y Derecho a la Comunicación América Latina y el Caribe, AMARC, 2010.
- León Osvaldo, “Iniciativas ciudadanas por el derecho a la comunicación”, en *Chasqui, Revista Latinoamericana de Comunicación*, Quito, CIESPAL, N. 64, dic. 1998.
- Ley de Radio y Televisión
- Mattelart, Armand *Una nueva lectura del Informe MacBrid*, 26.02.11, en: http://www.portalcomunicacion.com/informe_macbride/esp/articles_m_det.asp?id_content=27&id_article=15
- Mattelart, Armand y Mattelart, Michele, *Historia de las Teorías de la comunicación*, 1a. ed., 1997.
- Navas, Marco, *Los Derechos de la Comunicación*, Quito, Fundación INREDH/Punto

- de Comunicación, 2a. ed., 2005.
- Pelosi, Alexandra, *Homeless: The Motel Kids of Orange County*, documental de la cadena HBO, 2010.
- Registro Oficial No. 699 del jueves 7 de noviembre del 2002.
- Reguillo Rossana, “Un malestar invisible: derechos humanos y comunicación”, en *Chasqui Revista Latinoamericana de Comunicación*, Quito, CIESPAL, N. 64, dic. 1998.
- Saffón, María Paula, *El derecho a la comunicación: un derecho emergente*, Bogotá, Centro de Competencia en Comunicación para América Latina, 2007, 26.03.11 en: <http://190.12.99.188/2009/12/21/17/45/2779a7ee-e927-431f-8825-edf79e654cc0.pdf%20>
- Thompson, John B, *Los media y la modernidad Una teoría de los medios de comunicación*, Barcelona, Paidós, 1a. ed., 1998.
- Tresserras, Joan Manuel, *Presentación: 25 años del Informe MacBride. Un diagnóstico audaz y controvertido sobre la comunicación*, 26.03.11, en: http://www.portalcomunicacion.com/informe_macbride/esp/articles_m_det.asp?id_content=13&id_article=1
- Trujillo, Rodrigo, *Manual para Defensores y Defensoras de los Derechos Humanos y la Naturaleza*, Quito, Fundación INREDH, 2010.
- Vázquez, Lola y Saltos Napoleón, *Ecuador: su realidad*, Quito, Fundación José Peralta, ed. 2007-2008, 2008.
- Verón, Eliseo y Sigal, Silvia, *Perón o muerte. Los fundamentos discursivos del fenómeno peronista*, Buenos Aires, Legasa, 1968.

Recursos naturales, constitucionalismo y derechos

Wilton Guaranda Mendoza

“El Estado garantizará que los mecanismos de producción, consumo y uso de los recursos naturales y la energía preserven y recuperen los ciclos naturales y permitan condiciones de vida con dignidad”.
(Art. 408 C.R.E.)

Sumario

1. Antecedentes. 2. Estado Constitucional y Recursos Naturales. 3. Limitaciones y circunstancias desfavorables para una gestión efectiva de los recursos naturales. 3.1. Limitaciones y circunstancias políticas. 3.2. Limitaciones y circunstancias jurídicas. 3.3. Limitaciones y circunstancias económicas. 4. La explotación de los recursos naturales y su evidente confrontación con la protección de los derechos constitucionales. 4.1. La explotación de los recursos y los derechos de participación y consulta. 4.2. La explotación de los recursos y el derecho humano al agua. 4.3. La explotación de los recursos y el derecho al ambiente sano. 4.4. La explotación de los recursos y la protección de grupos y áreas naturales intangibles. 4.5. La explotación de los recursos y el derecho al territorio. 4.6. La explotación de los recursos y los derechos de la naturaleza. 5. Conclusiones. 6. Bibliografía.

1. Antecedentes

A menudo pensamos en la relación que existe entre los recursos naturales, la Constitución y los derechos dentro de una sociedad. A primera vista pareciera un asunto de estricta cuestión económica, sin embargo, las ciencias políticas y sociales nos indican que existen una gran conexión entre estos conceptos y, más aún, entre aquellos con la pobreza, el bienestar, la seguridad y la paz. Como decía Wangari Maathai, Premio Nobel de la Paz 2004: “El ambiente es muy importante para la paz, porque cuando destruimos nuestros recursos, se vuelven escasos y luchamos por ellos”. Por consiguiente, en la medida en que una sociedad logra tener soberanía y capacidad de decidir de forma eficiente el destino de sus

recursos naturales tendrá la posibilidad de lograr niveles de bienestar colectivo que garanticen tanto la seguridad en sus diversas expresiones como la paz social.

Quizás uno de los temas que más ha puesto en evidencia la confrontación política interna en el Ecuador, sobre todo dentro de los grupos que se identifican con el movimiento de izquierda, es el relacionado a la posibilidad de desarrollar nuevos frentes de explotación de recursos naturales, como la minera y la explotación de los campos petroleros Ishipungo, Tambacocha, Tiputini, más conocido como ITT, que según sus proponentes se convertirá en el sustento de la economía nacional de las próximas décadas al explotar cerca de 850 millones de barriles de petróleo.

Estas confrontaciones se generan en el marco de la propuesta de poner en marcha un nuevo modelo de desarrollo económico y social que se base en una política sustentable y humana, en donde la explotación de los recursos naturales esté acorde con la preservación de la naturaleza y se permita ejercer la capacidad de las comunidades y pueblos de generar su propio modelo de bienestar que cambien los conceptos del neoliberalismo de desarrollo, riqueza, progreso, por otros criterios como el buen vivir, el bienestar, la solidaridad y la complementariedad. Este nuevo modelo está explícito en la propuesta de conservación del Parque Nacional Yasuní, pero este se torna complejo y contradictorio cuando se habla del famoso plan B que radica en extraer el petróleo.

Esta confrontación por los recursos naturales se da en doble vía. Primero entre los grupos que a pesar de estar de acuerdo en la explotación de los recursos naturales, difieren en su sistema de explotación, pues cuestionan el papel preponderante del capital privado sobre el capital estatal y procuran una nacionalización de los recursos naturales en términos de que sea el estado el propietario de los recursos y quien ejecute su explotación. La segunda confrontación se da entre quienes sostienen que la explotación de los recursos naturales es la única forma —o la formas más próxima— de salir del subdesarrollo contra quienes apuestan porque se conserve las riquezas naturales para estimular la protección de los ecosistemas así como las culturas y las diversas formas de vida que existen en las zonas de mayor riqueza natural. Esta última confrontación ha sido más evidente dentro del contexto nacional y ha provocado fricciones no sólo entre quienes comparten determinados idearios políticos o económicos sino entre los integrantes del gobierno quienes por no compartir la concepción de explotación han tenido que retirarse del camino de la revolución ciudadana.¹

¹ La renuncia de Alberto Acosta a la presidencia de la Asamblea Constituyente y su posterior desapego del gobierno por el tema minero, ley de aguas e ITT, la renuncia de Mónica

A este escenario de confrontaciones por la minería y el petróleo se integran otros recursos naturales como el agua y la biodiversidad cuya utilidad trasciende el aspecto económico, por ser uno de los componentes del ambiente que, a la vez de mantener el equilibrio ecológico y la vida en el planeta, son fuentes principales para la satisfacción de nuestras necesidades humanas, pues hasta ahora la ciencia no ha encontrado otros elementos naturales que reemplacen la bondad que proporcionan el agua y la biodiversidad para la permanencia de la vida humana y natural.

Vale preguntarse, si la vigente Constitución ha sido construida en un nivel tal que garantiza una armonía entre la explotación de los recursos naturales y la práctica de los derechos que ella reconoce. La pregunta la trataremos de responderla en las siguientes líneas en donde analizaremos cual es el rol de la Constitución en esa perversa competencia por los recursos naturales y en que forma la vigencia de los derechos que la Constitución reconoce dependen de la gestión y explotación de dichos recursos.

2. Estado Constitucional y Recursos Naturales

La vigente constitución ha traído grandes avances en la relación con los recursos naturales. Si comparamos los mandatos constitucionales que la Constitución anterior tenía respecto de la actual, podemos notar que el grado de participación que la actual Constitución otorga al Estado para la gestión de los recursos naturales así como el status jurídico-político que le concede a los recursos naturales es inmensamente superior y garantista. No hay que olvidar que la actual constitución está creada bajo la propuesta de apostar a lo público antes que a lo privado y fija su mirada en una explotación que integre los componentes ambientales, económicos, sociales y culturales, para hacer posible la práctica del buen vivir. Por esta razón, cuando se define el objeto y principal obligación del estado aparece la protección del patrimonio cultural y natural del país (art. 3 Num. 7) como uno de los objetivos y derechos a garantizar. Esto se une al concepto de soberanía alimentaria, energías renovables, intangibilidad de áreas naturales protegidas y prohibición de transgénicos.

La gestión de los recursos naturales se basa en el concepto del *Sumak*

Chuji a las filas de Alianza País, entre otras cosas por no recibir respaldo a la propuesta de reconocer en la Constitución el consentimiento previo, libre e informado; y, la renuncia de Fander Falconí a la cancillería por una crítica del gobierno al planteamiento del fideicomiso para el ITT, demuestran esta confrontación interna de PAIS.

Kamsay o buen vivir. El “buen vivir” expresa, refiere y concuerda con aquellas demandas de “*décroissance*” de Latouche, de “convivialidad” de Iván Illich, de “ecología profunda” de Arnold Naes. El “buen vivir” también recoge las propuestas de descolonización de Aníbal Quijano, de Boaventura de Souza, de Edgardo Lander, entre otros. El “buen vivir”, es otro de los aportes de los pueblos indígenas del Abya Yala, a los pueblos del mundo, y es parte de su largo camino en la lucha por la descolonización de la vida, de la historia, y del futuro, y como tal se desarrollan en un marco lógico distinto al de un modelo de desarrollo económico neoliberal, pues lo que busca en esencia dentro de la actual constitución, es ejecutar un concepto de desarrollo distinto.

Si bien la Constitución de la República presenta grandes avances en el tema de protección de derechos humanos y ambientales al promover un nuevo modelo de desarrollo basado en el Buen Vivir o *Sumak Kamsay*, la incursión de la empresa privada sobre el estado influye para que se hayan adoptado políticas y modelos que tienden cada vez a monopolizar la gestión y aprovechamiento de los recursos naturales y pongan en práctica un conjunto de instrumentos jurídicos y políticos que imposibilitan el funcionamiento de ese nuevo modelo.

Esta incursión se evidencia en los procesos hegemónicos diseñados por las empresas transnacionales y los sectores poderosos de los Estados que han conformado alianzas y estructuras formales y no formales que penetran e invaden los planos económicos, políticos, ideológicos, jurídicos, culturales y educativos de la sociedad, basados en la desigualdad económica social, y en los tratados comerciales injustos.

La evidencia más elocuente de esta relación injusta la podemos evidenciar en los temas minero, petrolero y maderero, en los cuales se han construido relaciones políticas, económicas y jurídicas que han estado vigentes durante mucho tiempo y que a pesar de que las relaciones de poder han variado al haberse aprobado una nueva constitución, estos *modus operandi* continúan presentes por ser estructuras enraizadas en todos los espacios del poder público.

Durante las últimas décadas hemos asistido a un sistema jurídico que se caracterizó por asegurar una situación de desigualdad material en los ámbitos económicos, sociales y ambientales en la explotación de los recursos naturales, pues desde el inicio se establecieron condiciones desfavorables para su aprovechamiento, mermando la capacidad soberana del estado y permitiendo que a través de la legislación sectorial se establezcan límites permisibles para la contaminación, una injusta participación del estado en el aprovechamiento económico de los recursos, débiles obligaciones tributarias para las empresas, injusto tratamiento en las relaciones laborales, una inocua aplicación de las obligaciones ambientales,

etc. De esta forma, las leyes minera, petrolera, de aguas y forestal eliminaron las regalías, privatizaron la producción, exoneraron la comercialización, fomentaron la erradicación del control ambiental del Estado, entre otras cosas.

Para garantía del pueblo ecuatoriano, la Asamblea Nacional Constituyente consideró necesario la expedición de varias resoluciones que al menos pusieron en suspenso esta situación deplorable. Uno de esas acciones bondadosas de la Asamblea Constituyente fue la expedición de un Mandato Constituyente conocido como mandato minero mediante el cual se decidió declarar la extinción sin compensación económica de todas las concesiones mineras que en la fase de exploración no habían realizado ninguna inversión en el desarrollo del proyecto, que no habían presentado su respectivo estudio de impacto ambiental o que no realizaron los procesos de consulta previa, también se archivaron las concesionarios que no habían cancelado las patentes de conservación en el plazo establecido en la Ley Minería, y aquellas concesiones que fueron otorgadas a ex funcionarios del Ministerio de Minas y Petróleos.

El mandato minero abrió la discusión al interior del gobierno y en los sectores sociales acerca de la necesidad de empezar o no a desarrollar en el Ecuador nuevos frentes de explotación de recursos extractivos, como la minería a gran escala, sobre todo porque la propuesta de la constituyente era establecer un nuevo orden social y económico basado en la construcción de medidas alternativas al desarrollo económico dependiente exclusivamente de los recursos del subsuelo. Este escenario de discusión fue propicio para la aprobación de los textos correspondientes al régimen del buen vivir y los recursos naturales, que posteriormente fueron ratificados en referéndum por el pueblo ecuatoriano y que actualmente son parte integrante de la actual Constitución.

Con la aprobación de la vigente constitución, el aprovechamiento de los recursos naturales debe transitar por la ruta trazada en el nuevo marco constitucional, caracterizado por el establecimiento de un estado constitucional de derechos y justicia, el establecimiento de un régimen económico basado en el *Sumak Kawsay* o buen vivir y el reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos. Esta trilogía implica un nuevo enfoque en el reconocimiento y aplicación de los derechos, una nueva forma en las relaciones económicas, políticas y sociales y el establecimiento de un sistema de protección ambiental que incluye la incorporación de la naturaleza como un nuevo sujeto en las relaciones economía-ambiente-sociedad.

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, no podía ser cuestionada, a menos que se demostrara su inconstitucionalidad.

Con el cambio de paradigma, el Estado mantiene una relación horizontal respecto a las personas 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.

La actual Constitución establece un “Estado de derechos” que se fundamenta en los derechos colectivos y ambientales, donde el Estado se convierte en garante y actor de los mismos, desplazando la prioridad dada a las garantías individuales de la anterior constitución. Esta Constitución permite en esencia, aunque no se evidencie mayormente en la práctica, la desarticulación del modelo de estado de derecho y economía social de mercado para pasar de una “constitución de libertades” a una “constitución del bienestar” transversalmente adornada por la filosofía comunitaria ancestral del “buen vivir” de los pueblos indígenas, recogido explícitamente en el texto *Sumak Kawsay*.

Para llevar adelante esta nueva forma de relaciones, la Constitución ha incorporado conceptos como la soberanía sobre los recursos naturales y la sustentabilidad como norma de aprovechamiento. La biodiversidad, el agua, los recursos del subsuelo, y los conocimientos asociados a la naturaleza, dejan de ser objetos y se convierten en derechos en sí mismos tanto para las personas como para la propia naturaleza. De esta forma, el Estado se constituye en el propietario de los recursos naturales los mismos que tienen la calidad de inalienables, imprescriptibles e inembargables.²

Debido a la calidad de propietario que ostenta el Estado sobre los recursos naturales, ejerce por consiguiente, la soberanía sobre dichos recursos, por

² Artículo 408, Constitución de la República del Ecuador de 2008.

lo cual debe ejecutar de forma directa la gestión y ejecución de los proyectos a través de la creación de empresas públicas, pero como no siempre esto es factible, el estado podrá delegar dicha iniciativa a las empresas mixtas, en donde siempre deberá tener mayoría accionaria. Sólo por excepción, el estado podrá delegar a la iniciativa privada o a las empresas de economía popular o solidaria la gestión de los recursos naturales. Pero en esta gestión, el estado tampoco dejará de percibir menos del 50% de los beneficios que reporte dicha actividad.

Un aspecto adicional que debe recalcar es la asignación que la Constitución otorga a determinados recursos dentro de la categoría de sectores estratégicos por su decisiva influencia económica, social y ambiental para los ecuatorianos. Los recursos que el Estado establece como estratégicos son: la energía en todas sus formas, las telecomunicaciones, los recursos naturales no renovables, el transporte y la refinación de hidrocarburos, la biodiversidad y el patrimonio genético, el espectro radioeléctrico, el agua, y los demás que determine la Ley. Esta declaratoria tiene sus circunstancias a analizar debido que los recursos naturales al convertirse en sectores estratégicos permiten al Estado tanto la puesta en marcha de políticas y programas para hacer efectiva la propiedad sobre los recursos y su uso en términos soberanos, pero al mismo tiempo le otorgan la posibilidad de movilizar recursos económicos, la institucionalidad administrativa e incluso la fuerza pública para proteger los recursos naturales que se hallan en el subsuelo, circunstancias que en el contexto de la lucha social por la defensa de los derechos humanos y de la naturaleza se vuelve compleja debido a que el uso que se pueda dar a esos elementos pueden ser desproporcionados y pueden conllevar a la criminalización de la protesta social, en beneficio de los entes privados que tiene interés en su explotación.

Un aspecto importante que se debe destacar en este análisis es el tema de soberanía sobre los recursos naturales. Pues bien, el avance de las ciencias políticas y económicas, especialmente las relacionadas con las relaciones internacionales y los procesos de globalización, han provocado que el concepto tradicional de soberanía haya sufrido cambios sustanciales en su definición. Del concepto tradicional de soberanía considerada como la “manifestación que distingue y caracteriza al poder del Estado por la cual se afirma su superioridad jurídica sobre cualquier otro poder, sin aceptar limitación ni subordinación que cercene su facultades ni su independencia dentro de su territorio y posesiones”.³ Hemos llegado a considerar a la soberanía como un concepto moderno que incluye al-

³ Guillermo Cabanellas de las Cuevas, *Diccionario Jurídico Elemental*, Buenos Aires, Helia, 1998.

gunos aspectos como la despolitización de la política estatal hacia una política de carácter regional o globalizante, el desprendimiento de la rigidez jurídica interna hacia la comprensión y aceptación de un sistema regional y universal de derechos y una práctica cotidiana de procesos de carácter económico y cultural que están en constante interlocución.

La soberanía de hoy es tomada como un rasgo de poder preeminente sobre la sociedad y su cuestionamiento de fondo comenzó después de la Segunda Guerra Mundial. En el campo jurídico, por ejemplo, se incluyeron a las organizaciones y a los individuos y ya no sólo a los Estados, como sujetos de Derecho Internacional. Las diferentes Declaraciones sobre Derechos del Hombre que garantizaron derechos humanos de manera universal a los individuos, por encima de las contravenciones que pudieran existir en los Estados Nacionales, controvertían uno de los principios de poder el Estado: tener el monopolio jurídico sobre los ciudadanos, al existir ahora normas a las cuales podía y puede apelar la sociedad.⁴

Estas circunstancias nos permiten afirmar que estamos frente a una debilitada y cada vez limitada capacidad de los estados para tomar decisiones a *mutuo propio*, sobre todo cuando estas decisiones tienen relación con derechos humanos, derecho ambiental y explotación de los recursos naturales, en donde deben observar las obligaciones de hacer y no hacer que el estado se ha obligado en el concierto internacional. Es decir, estamos frente a una eminente relativización del concepto de soberanía en la cual no puede considerarse la voluntad del Estado como el máximo depositarios de las decisiones de poder en sí mismo, sino que debe observarse que la soberanía del estado reposa en el pueblo, cuya voluntad, también tiene restringida dicha soberanía, puesto que sus decisiones no pueden afectar los derechos universal y estatalmente reconocidos ni la justicia constitucional.

Una de las formas por las cuales se muestra esta relativa forma de ejercicio de la soberanía es por la vigencia de los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos. El sistema internacional de protección de derechos humanos ha evolucionado tanto, que cada día se positivizan y establecen un sinnúmero de derechos a favor de las personas y grupos de diversa índole,

⁴ Marcos Rojas Figueroa, *Soberanía de los estados en el Sistema Interamericano ante el proceso de globalización*, conferencia pronunciada en Washington DC el 16 abril 2001 en el Colegio Interamericano de Defensa, 20.11.10, en: <http://library.jid.org/en/mono40/rojas.htm>.

sobre las cuales los estados no pueden tomar decisiones que afecten la vigencia de esos derechos. Si bien los estados y los gobiernos tienen la libertad de establecer un régimen jurídico y político en torno a la protección de los derechos de las personas, esta libertad no puede vulnerar o inobservar los derechos humanos que están protegidos por los instrumentos internacionales. Esta situación se torna más evidente en los casos en los cuales la explotación de los recursos naturales amenaza con poner en riesgo la vigencia de los derechos de un determinado grupo de personas, a quien el régimen internacional de protección de derechos humanos ha considerado como grupo de protección otorgándoles derechos específicos que los estados deben observar, como es el caso de los derechos de los pueblos indígenas, personas en movilidad o personas con enfermedades catastróficas.

Otra de las formas en que ese concepto tradicional de soberanía se ve relativizada es por la propia Constitución del Estado, pues en ella se establecen principios y garantías que demandan decisiones de los gobiernos que deben primeramente observar el respeto de los derechos por sobre cualquier decisión política, por muy legítima que esta parezca.

La limitación de la soberanía absoluta también se ve reflejada por la injerencia de transnacionales y organismos internacionales públicos y privados, pues en la práctica los sectores de poder económico vinculados al capital transnacional inciden sobre las decisiones de los gobiernos, a quienes en ocasiones obligan a diseñar políticas que pueden estar incluso en contra de sus propias constituciones, pero que son ejecutadas por la presión política o económica que ejercen estos grupos.⁵

Quizás una de las formas más modernas de limitar esa soberanía estatal absoluta, es la participación social, pues en ella se ve expresada la capacidad que tienen las sociedades y pueblos de limitar el poder omnipotente del Estado, al establecer que toda decisión que el Estado tome, respecto de determinadas actividades como las de impacto ambiental, tengan que ser consultadas a la comunidad.

⁵ Un caso ejemplificador son las cartas de intensión suscritas entre los Estados y el Fondo Monetario Internacional, en las cuales los estados fuera de la decisión soberana de sus ciudadanos, se obliga a determinadas acciones a cambio de recibir préstamos que oxigenen sus precarias economías. Igual situación sucede con la presión ejercida por las transnacionales para la suscripción de tratados bilaterales de comercio como los TLC.

3. Limitaciones y circunstancias desfavorables para una gestión efectiva de los recursos naturales

Para llevar a la práctica los mandatos constitucionales respecto de la soberanía y propiedad sobre los recursos naturales, existen algunas limitaciones y circunstancias desfavorables tanto a nivel político, legal y económico, que contribuyen a que la gestión de los recursos naturales siga transitando por el mismo camino en el que ha estado durante la conocida larga noche neoliberal.

3.1. Limitaciones y circunstancias políticas

A nivel político hemos asistido a un escenario de discursos a nivel regional que promueven la inversión extranjera, la transferencia de tecnologías, el apoyo en sectores estratégicos, etc., discursos que en la práctica contribuyen a la reducción de la capacidad de gestión del Estado sobre los recursos y estimulan a que la presencia de las transnacionales se fortalezca más, pues a mayor presencia de capital extranjero, mayor será el grado de dependencia económica que el Estado crea al respecto.

Otro aspecto en donde evidenciamos la degradación de la soberanía sobre los recursos naturales es a través de las políticas públicas, como en el otorgamiento de concesiones⁶ o el mantenimiento de las mismas a favor de empresas de capital transnacionales para el desarrollo de los principales yacimientos de recursos. Por ejemplo en el Ecuador tenemos que los principales yacimientos de oro y cobre en Quinzacocha, Panantza San Carlos, Mirador, Fruta del Norte, etc., están concesionados a empresas transnacionales como EXCA, ECUACORRIENTES, IAM GOLD Y KINROSSE AURELIAM, que son propietarias de los recursos existentes en dichos yacimientos. De la misma manera, una gran mayoría de bloques petroleros siguen concesionados a empresas extranjeras como REPSOL, PETRORIENTAL, PETROBRAS, etc. Si comparamos el mandato constitucional que determina una propiedad sobre los recursos naturales no renovables a favor del estado, con la práctica administrativa de otorgar y mantener concesiones a favor de transnacionales, en los proyectos

⁶ La concesión es un acto administrativo que otorga un título minero, sobre el cual el titular tiene un derecho personal transferible y confiere a su titular derecho exclusivo para prospectar, explorar, explotar, beneficiar, fundir, refinar, comercializar y enajenar todas las sustancias todas las sustancias minerales que puedan existir y obtenerse en el área de dicha concesión.

de mayor transcendencia económica, detectamos un estancamiento en la visión de soberanía sobre los recursos que promueve el gobierno.

Al ser la concesión un título que otorga derechos a su titular para el desarrollo, exploración, explotación, comercialización y utilidad de los recursos naturales, todo el esfuerzo que realiza el Estado estará en función de los intereses de los grupos económicos que poseen las concesiones, pues aunque la intervención del Estado en fomentar procesos de actividades sostenibles sea un discurso legítimo, detrás de esto están intereses de los grandes concesionarios que requieren garantías para su inversión, garantías que no solamente son políticas sino también jurídicas y sociales.

El desalojado de ciento de pequeños mineros en la zona de Conguime y Jerusalén, donde coincidentalmente se encuentran los proyectos Mirador y Fruta del Norte, evidencian que la política del gobierno nacional a la vez que estimula una “minería responsable” trata también de limpiar los obstáculos que se presenten para el normal desarrollo de las actividades mineras transnacional, pasando de vista que, sin dejar de cuestionar los repudiados métodos de explotación minera que utilizan los pequeños mineros y mineros artesanales, los trabajadores mineros son ecuatorianos y bajo una visión sistemática de regulación en términos de igualdad, deberían tener un trato y atención similar al que se les dedica a los grandes proyectos mineros.

Otra circunstancia que se debe analizar dentro de las políticas estatales que coadyuvan a la restricción de la soberanía de los recursos, es la aplicación parcial del Mandato Minero, en el cual hubo disposiciones que detuvieron su aplicación a determinadas compañías que, a pesar de poseer más de tres concesiones mineras, de no haber cancelado a tiempo sus patentes de conservación o de no haber obtenido licencias ambientales, no fueron archivadas, provocando una verdadera situación de desigualdad e inseguridad jurídica respecto de las empresas a las que si se les aplicó el referido mandato.

Sin embargo, las acciones que el gobierno ha realizado a favor de promover la protección ambiental, y sobre todo, la equidad en el acceso a la riqueza, parecen haber opacado la crítica de algunos sectores de la política nacional que se han conformado con el análisis de coyuntura y han perdido de vista un aspecto fundamental: El cambio de modelo para la gestión de los recursos naturales. Y es hasta cierto punto entendible puesto que, hasta antes de la llegada al poder del gobierno de Rafael Correa, el discurso sobre el petróleo y la minería era que estos no debían ser explotados por transnacionales, debido a que estas se llevaban los recursos sin que el Estado reciba los beneficios que le correspondían. No obstante, con el advenimiento de la Asamblea Constituyente y la aprobación de

la vigente constitución, esta postura cambió sustancialmente y pasamos de la crítica a la gestión de los recursos naturales a la crítica sobre la necesidad de explotar esos recursos, es decir del discurso de “fuera las transnacionales” pasamos a la propuesta de “abajo el modelo extractivista de explotación de los recursos naturales.” Y ese es el escenario en donde se debe medir la efectividad de la actual gestión gubernamental, no solo porque sea un asunto que esté de moda, sino porque así lo determina la actual Constitución al establecer un cambio de modelo de desarrollo, en donde la soberanía energética —entiéndase como tal al petróleo, minería, electricidad—, no debe sacrificar la soberanía alimentaria, los derechos de la naturaleza, ni el acceso al agua, que son los principales recursos afectados por la política extractiva.

3.2. Limitaciones y circunstancias jurídicas

En lo que al aspecto legal de refiere, el sistema jurídico ha establecido los límites de la participación del Estado en el aprovechamiento económico de los recursos, las obligaciones tributarias de las empresas, las relaciones laborales, las obligaciones ambientales, etc., que según como esté configurada la relación estado-empresa puede ser protectora de los derechos soberanos de los países o fijar condiciones absolutamente favorables a las empresas.

En este contexto, el sistema jurídico de los países cumple la función de minimizar o maximizar los límites de aprovechamiento de los recursos naturales e inclusive de establecer las condiciones de ese aprovechamiento, que según la capacidad soberana de los estados puede ser conveniente o no a los intereses nacionales.

En el caso del Ecuador, observamos como en los sectores estratégicos, la ley, al desarrollar los contenidos de la constitución respecto a la soberanía de los recursos naturales, ha establecido disposiciones que tienden hacerla cada vez más compleja y estimulan una mayor participación del ente privado. Veamos algunos ejemplos: La Constitución establece que la gestión de los recursos naturales no renovables estará a cargo de empresas públicas, y por excepción será llevada por las empresas privadas. Sin embargo, la Ley de Minería no establece una prelación en esta participación y permite una gestión conjunta en las mismas condiciones y garantías. Lo mismo sucede dentro de las reformas de la Ley de hidrocarburos. En definitiva, en ninguna parte de las leyes sobre recursos no renovables se definen en qué casos se podrá realizar la delegación a la iniciativa privada. El legislador, al omitir establecer en la ley los casos en los cuales excepcionalmente el Estado podrá delegar actividades mineras a la iniciativa privada,

deja abierta a interpretaciones arbitrarias la “excepcionalidad” para la gestión de los recursos naturales.

Sin embargo, el Ejecutivo pretendió, mediante la reforma a la Ley de Hidrocarburos, incorporar una disposición que establecía los casos en los cuales era factible la delegación a la iniciativa privada. La reforma incluía tres casos en los cuales operaría esta delegación:

- Cuando se trate de actividades de alto riesgo, previo informe de la Secretaría de Hidrocarburos.
- Cuando por el monto de la inversión, previo informe del Ministerio Sectorial se determine y justifique la necesidad de delegar el ejercicio de la actividad a la iniciativa privada.
- Cuando se determine que las empresas públicas de hidrocarburos no tengan la capacidad técnica y económica para el desarrollo de las actividades o cuando por factores técnicos, operativos, logísticos o de cualquier otra índole no sea conveniente que las mismas sean desarrolladas por las empresas públicas.

Esto se interpretó es el sentido que la tendencia era convertir la excepcionalidad constitucional para la iniciativa privada en una regla general de aplicación directa, la misma que tiene su punto más alto de concreción en la celebración de los contratos de explotación y o de prestación de servicios en el sector minero,⁷ en donde se puede evidenciar que los contratos sólo sirven para ser utilizados en los casos en los que el Estado sea el propietario de las concesiones mineras. Por el contrario, los contratos de explotación se utilizan cuando el concesionario minero particular haya reportado el inicio de la etapa de explotación. En dichos contratos, el Estado recibe tan solo regalías por la explotación minera que tal como están diseñadas en la ley, no reporta un beneficio equivalente al menos del 50% del beneficio. Felizmente estas causales de excepcionalidad no fueron acogidas por el órgano legislativo.

⁷ En los contratos de explotación, el Estado recibe tan solo regalías de las empresas por la explotación del recurso, regalías que dependen del precio base que se fije (por barril o kilo de metal, dependiendo el caso) dentro del contrato. Mientras que en los contratos de prestación de servicios, el Estado paga a la empresa contratista un valor fijo por barril o kilo de metal, según corresponda, que se haya explotado y puesto al comercio.

3.3. Limitaciones y circunstancias económicas

En el tema económico, existe mucha tela que cortar, pues el otorgamiento de concesiones y la firma de contratos para la explotación del recurso generalmente han sido celebrados en desmedro de la economía nacional. Por ejemplo, dentro de las reglas para el pago de regalías se incluyen valores que no deberían ser consideradas como beneficios de la actividad como son el pago del impuesto al IVA e impuesto a la renta, pues estas son obligaciones tributarias que corresponden a todas las personas naturales o jurídicas, sin embargo, tal como están diseñadas en la ley permiten que estas sean consideradas dentro de los beneficios que las empresas reportan al Estado, estimulando al mismo tiempo, que las empresas reduzcan su nivel de utilidad para evadir el pago de regalías.

En otros casos, de forma directa se incluyen disposiciones que merman la capacidad de utilidad para el Estado, por ejemplo, en el cambio de modelo de contrato de la Ley de Hidrocarburos se establece que el margen de soberanía para el Estado no será inferior del 25% de los ingresos brutos de la actividad. Lo cual nos parece una verdadera afrenta a la disposición constitucional que en el artículo 408 establece que el estado no dejará de percibir menos del 50% de los beneficios en el aprovechamiento de los recursos.

4. La explotación de los recursos naturales y su evidente confrontación con la protección de los derechos constitucionales

4.1. La explotación de los recursos y los derechos de participación y consulta

Se reconoce y garantizará a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de conformidad con la Constitución y con los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos, los siguientes derechos colectivos:

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;

Si no se obtuviese el consentimiento de la comunidad consultada, se procederá conforme a la Constitución y la ley.

(Art. 57 Num. 7 C.R.E.)

Toda decisión o autorización estatal que pueda afectar al ambiente deberá ser consultada a la comunidad, a la cual se informará amplia y

oportunamente.

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.

(Art. 398 C. R. E.)

Los derechos de participación y la consulta en la explotación de recursos naturales se expresan en la ejecución de la conocida consulta previa libre e informada, que se compone de dos categorías: como derecho difuso y como derecho colectivo. La primera que tiene como fuente la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo, se refiere a la consulta previa para la protección del ambiente como derecho difuso, ejercida por la ciudadanía en general; y, la segunda que tiene como fuente el Convenio 169 de la OIT hace referencia a la consulta para actividades de prospección, explotación y comercialización de recursos naturales no renovables que se encuentren en territorios indígenas.

Estas dos categorías están contenidas en el marco constitucional ecuatoriano. Para la primera categoría, esto es, la consulta ambiental difusa del artículo 398 de la Constitución. Mientras que para la segunda categoría, es decir, la consulta de carácter colectivo, el artículo 57 Num. 7 de la Constitución.

A pesar de que la dogmática constitucional establece diferencias entre ambas consultas, el Ecuador no posee buenas experiencias en la aplicación efectiva de los procesos de consulta que consideren estas categorías. Una de las causas principales se debe a que la aplicación de los procesos de consulta previa, sobre todo cuando se trata de consultas realizadas a pueblos y nacionalidades indígenas, tienen relación a recursos con grandes intereses económicos y políticos, como es el petróleo y la minería. El primero, el principal recurso que genera rentas al Estado; y el segundo, el recurso más promocionado por el actual gobierno para salir del subdesarrollo. Ambos son extraídos de las zonas más importantes de biodiversidad y cultura del Ecuador, pues en estos espacios se encuentran las más relevantes áreas protegidas del Ecuador (Yasuní, Cuyabeno, Napo-Galeras, Podocarpus, etc.) y están asentadas comunidades indígenas ancestrales (Shuar, Kichwas, Waoranis, Tagaeri-Taromenane, etc.). Esta desafortunada coincidencia de recursos, culturas y ecosistemas provoca colisiones entre la lógica de extracción estatal y el ideal de desarrollo económico comunitario, en el cual el primero se sitúa por encima de los derechos de la naturaleza y los pueblos indígenas, convirtiendo los derechos de éstos últimos en una especie de categoría marginal de protección.

A pesar de ser una obligación constitucional, la consulta previa es un tema que tratan de evadir algunos gobiernos y la empresa privada porque se la considera un mecanismo utilizado por las comunidades para oponerse a los proyectos. Esta posición ha provocado que la Consulta Previa se convierta en una simple 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. Lo cual ha provocado que la vigencia del derecho a la consulta no haya sido resuelta por autoridades del Ecuador sino que ha sido recomendada por organismos internacional, como la Comisión Interamericana, como ha sucedido en el caso Sarayacu contra Ecuador.⁸

La Constitución del 2008 incluye a la consulta previa como parte de los derechos de participación democrática, por lo cual se entiende que ésta debe estar regida por los principios de aplicación de los derechos de participación que la 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 hacer efectiva la materialidad de sus efectos, es decir, para que las comunidades y ciudadanos afectados participen y decidan.

Esta postura ha sido abiertamente cuestionado por los órganos del poder político quienes caracterizan al proceso de consulta como una oportunidad para informar sobre los proyectos y a lo sumo deliberar sobre la firma de convenios de compensación social, lo cual es cuestionado por las comunidades consultadas, en especial las indígenas quienes demandan que en el proceso de consulta previa, el Estado debe lograr el consentimiento de la comunidad, caso

⁸ En este caso, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos presentó una demanda en contra del Estado ante la Corte Interamericana por considerar que el ingreso de una petrolera con aquiescencia del estado a los territorios del Pueblo Sarayaku sin haber consultado a la comunidad, constituye una violación al derecho a la propiedad de los Pueblos indígenas sobre el territorio que está asociado a la obligación de consultar a los Pueblos sobre tales asuntos.

contrario, el proyecto no sería legítimo. Bajo este análisis, la consulta previa se vuelve compleja cuando debatimos si su objetivo es que la comunidad participe, llegue a un acuerdo o logre el consentimiento acerca de las medidas propuestas, como dice el artículo 6 del convenio 169 de la OIT.⁹

La Constitución establece disposiciones claras al respecto y señala con nitidez en el artículo 398 que “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”. Sin embargo, tratándose de consulta a Pueblos Indígenas, es importante tener en consideración las disposiciones del artículo 57 Num. 7, que establece “si no se obtuviese el consentimiento de la comunidad consultada, se procederá conforme la Constitución y la Ley”. Y la Constitución establece que para el caso de Pueblos Indígenas son aplicables tanto los derechos establecidos en el texto constitucional como aquellos establecidos en los Instrumentos Internacionales. Para tal efecto, vale tomar nota de lo dispuesto por el Art. 6 Num. 2 del Convenio 169 de la OIT que hace referencia a 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”, así mismo debe valorarse las consideraciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que en el caso *Saramaka contra Surinam*, interpretando el Art. 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, estableció:

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 [...]¹⁰

En definitiva, el derecho de los Pueblos, en especial de los Pueblos

⁹ El Art. 6 núm. 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.

¹⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam*, Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 28 de noviembre de 2007, Serie C No. 172, párr. 135.

y Nacionalidades Indígenas, no puede quedar subsumido a la decisión de la autoridad, es decir del mismo Estado, porque de darse tal situación, la consulta previa pasaría a constituirse en un simple requisito para la ejecución de proyectos y perdería la característica de derecho.

La forma más clásica de decidir sobre los recursos era tener la sospecha de la utilidad económica que este reportara a lo largo de su explotación, sin embargo con el reconocimiento de los derechos colectivos, especialmente los derechos al ambiente y los derechos de las comunidades indígenas, estas decisiones deben ser consultadas a las comunidades afectadas, para que en la construcción de la propuestas de desarrollo se tomen en consideración las opiniones y criterios de los afectados. Por lo tanto, la decisión sobre la explotación de los recursos no debe descansar en la simple formula de costo-beneficio sino que deben considerarse, sobre todo, que su explotación no afecte derechos protegidos y que tenga como finalidad el bienestar social antes que el beneficio económico.

4.2. La explotación de los recursos y el derecho humano al agua

El derecho humano al agua es fundamental e irrenunciable. El agua constituye patrimonio nacional estratégico de uso público, inalienable, imprescriptible, inembargable y esencial para la vida.

(Art. 12 C.R.E.)

La sustentabilidad de los ecosistemas y el consumo humano serán prioritarios en el uso y aprovechamiento del agua.

(Art. 411 C. R. E.)

La soberanía energética no se alcanzará en detrimento de la soberanía alimentaria, ni afectará el derecho al agua.

(Art. 15 C. R. E.)

Los ríos, cuencas y ecosistemas acuáticos son el motor biológico de la tierra. El agua es la fuente de vida de todo ser vivo del planeta, constituye un elemento vital para la naturaleza y para la existencia de los seres humanos, hasta el momento no hay estudios que demuestren que existan seres que no necesiten de este elemento natural para vivir, de allí la importancia que tiene el garantizar que el agua que consumen los seres vivos en general sea adecuada y no comprometa su existencia.

Es importante recordar que la explotación de los recursos naturales, especialmente la minería y el petróleo, requieren del consumo de grandes cantidades de agua,¹¹ impactando seriamente sobre cuerpos de agua, sean estos

¹¹ Según datos de algunos analistas se considera que después de la industria azucarera, la del

lagunas, riachuelos, ríos o mares que se ven impactados tanto en las fases de descargas naturales y/o por efectos de derrames “accidentales” o provocados.

En la Amazonía donde existen las reservas más grandes de agua dulce de todo el país, muchas fuentes de agua se encuentran amenazadas por diferentes tipos de contaminación. Por ejemplo, en el proceso de explotación petrolera varios millones de litros de petróleo y desechos tóxicos (bien sea por derrames accidentales, vertidos premeditados o por el proceso de lluvia ácida consecuencia de la quema de gas asociado) han sido (y están siendo) eliminados directamente al entorno, provocando la contaminación de la mayoría de los ríos (fuentes de abastecimiento de agua para muchas comunidades), del suelo y de la atmósfera.

Estos derrames y descargas de petróleo, han provocado cambios en la calidad del agua por la incorrecta disposición de desechos sólidos y líquidos. Estos elementos al mantenerse durante mucho tiempo en el agua, forman capas de crudo en las profundidades de los ríos que al ser removidas generan contaminación de otras fuentes cercanas. Tan solo en el período comprendido desde 1972 hasta 1993, por citar un ejemplo, más de 30 mil millones de galones (114 mil millones de litros) de desechos tóxicos y petróleo sin refinar fueron descargados hacia las tierras y vías fluviales de la amazonia ecuatoriana.¹²

El mismo estudio señala que el 75% de la población estudiada usa el agua contaminada. Un agua fétida, salada, de color y/o con petróleo en superficie. Esta agua contaminada se bebe, se usa para cocinar y bañarse, no por el desconocimiento de peligros, sino porque la población ha quedado sin ninguna otra opción para el consumo.

Estos datos evidencian una clara situación de violación de derechos humanos vinculados con el acceso seguro al agua en condiciones de calidad y cantidad. Recordemos que el ejercicio del derecho al agua está constituido sobre la base de la calidad y cantidad de agua a que tenga acceso la población, así el Comité de las Naciones Unidas sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales adoptó una Observación General sobre el derecho al agua referido al artículo 11 de la Pacto Internacional sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en dicha observación se considera las bases legales del derecho al agua en los términos siguientes:

[E]l derecho humano al agua atribuye a toda persona el derecho a tener

petróleo es la que más agua consume.

¹² Adolfo Maldonado y Alberto Narváez, *Ecuador ni es, ni será ya, país amazónico. Inventario de impactos petroleros*, Quito, Acción Ecológica, 2003.

acceso a agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y adquirible para el uso personal y doméstico. Una cantidad adecuada de agua salubre es necesaria para prevenir la muerte por deshidratación, para reducir el riesgo de enfermedades relacionadas con el agua y para ser proporcionada para el consumo, los alimentos, y los requerimientos de higiene personales y domésticos.

Bajo los criterios del Pacto podemos señalar que el derecho al agua está claramente dentro de la categoría de garantías esenciales para asegurar un nivel de vida adecuado, por lo que su acceso seguro y gratuito se convierte en condición fundamental para la supervivencia. Este derecho al agua es por lo tanto amplio, no se refiere al derecho sobre el agua potable o de consumo, sino a todas aquellas formas en las cuales el no tener acceso al agua, impida por ejemplo, tener acceso a riego de la producción en los campos, el agua para la vida de los peces, agua para recrearse, etc.

Por lo tanto, el Estado para asegurar la vigencia del derecho humano al agua debe ejecutar políticas públicas que conlleven a que la población pueda disponer de una cantidad suficiente de agua tanto para consumo, producción y recreación con los estándares máximos para ser consumida, así mismo que sea de fácil acceso, y que la población al acceder al agua no tenga que renunciar al consumo de otros bienes vitales, en tal caso, el acceso al agua debe ser enteramente gratuito.

Las experiencias de contaminación vividas por las comunidades de la amazonia ecuatoriana por efectos de la contaminación petrolera, avivan el temor de que la misma situación dramática tengan que sufrir las comunidades que se ubican cerca de los proyectos de explotación minera, más aún cuando los datos científicos dan muestras que la explotación de minería a cielo abierto no sólo que consume inmensas cantidades de agua, sino que por la característica de la minería al aire libre, deben deforestarse grandes extensiones de territorio para construir los socavones de extracción minera, con la consecuente interrupción de los cursos de agua, especialmente en zonas de alta pluviosidad, como la amazonia. Lo preocupante en el Ecuador es que la mayor parte de los yacimientos minerales y concesiones mineras se encuentran en las estribaciones de los Andes, cuyas áreas incluyen a millones de hectáreas de bosques nublados y de páramos, que juegan un rol crucial en la protección de las cuencas altas y medias de donde nacen la mayoría de los ríos del país que proveen de agua potable a millones de habitantes.

Esta situación pone en serio riesgo el ejercicio del derecho al agua a favor de las personas respecto del ejercicio legítimo del Estado de explotar los recursos naturales, sobre todo, porque no obstante el derecho que tiene el ejecutivo de

programar proyectos de desarrollo económico que posibiliten la obtención de recursos para financiar los costos que demanda la ejecución de políticas públicas respecto del cumplimiento de otros derechos como la salud, la educación, vivienda, obras de vialidad, etc., la puesta en vigencia de unos derechos no debe conllevar el sacrificio o vulneración de otros. Vale recordar que el artículo 318 de la Constitución establece una prelación u orden de ejercicio de derechos respecto del agua, en el cual claramente se dispone que “los recursos hídricos se destinaran a consumo humano, riego que garantice la soberanía alimentaria, caudal ecológico y actividades productivas, en este orden de prelación.”

Este orden de prelación no es facultativo sino imperativo, por lo tanto en cualesquiera de las decisiones que tome el Estado, y en donde esté en debate, este orden de prelación, el estado debe asegurar que en primer lugar se garantice el agua para consumo humano, posteriormente que el agua sea suficiente para garantizar el riego para la agricultura y ganadería, y que los caudales ecológicos no se vean afectados, de tal manera que actividades como la minería y la explotación de petróleo, en el marco de la vigente constitución que proclama que la “sustentabilidad de los ecosistemas y el consumo humano serán prioritarios en el uso y aprovechamiento del agua” (Art. 411 C.R.E), son totalmente incompatibles con los fines constitucionales del buen vivir y *Sumak Kawsay*, a menos que exista una certeza científica que demuestre que dichas actividades no van a poner en riesgo el acceso al agua de conformidad con el orden de prelación constitucional.

La falta de claridad en la ejecución de los proyectos de desarrollo de parte del Estado respecto a esta prelación ha desatado una serie de confrontaciones políticas tanto por la expedición de leyes que posibilitan el desconocimiento de esta prelación, como por las actuales políticas de desarrollo que no garantizan su pleno ejercicio, este es el caso de las leyes de minería y ley de aguas, ampliamente cuestionadas principalmente por el movimiento indígena y los regantes de agua, pues consideran que estos cuerpos normativos delimitan el amplio espectro constitucional sobre los derechos y facilitan la puesta en práctica de proyectos que vulneran los principios constitucionales de un desarrollo económico que debe estar en armonía con los derechos de la naturaleza y los derechos humanos.

4.3. La explotación de los recursos y el derecho al ambiente sano

Se reconoce el derecho de la población a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, que garantice la sostenibilidad y el buen vivir, *sumak kawsay*.

(Art. 14 C. R. E.)

El Estado promoverá la eficiencia energética, el desarrollo y uso de prácticas y tecnologías ambientalmente limpias y sanas, así como de energías renovables, diversificadas, de bajo impacto y que no pongan en riesgo la soberanía alimentaria, el equilibrio ecológico de los ecosistemas ni el derecho al agua.

(Art. 413 C. R. E.)

Desde hace cuatro décadas, el Ecuador ha basado el desarrollo de su economía en la explotación de recursos naturales no renovables, especialmente el petróleo, en donde la Amazonía ha sido objeto de explotación por parte de corporaciones nacionales e internacionales. En las primeras décadas se impulsó la exploración petrolera con la colaboración de corporaciones extranjeras, sin embargo, el país no contaban con regulación eficiente en materia ambiental, por lo que esta actividad tuvo que atravesar el tamiz de las consideraciones ambientales y sociales que la legislación estableció, dejando como herencia pasivos ambientales y una deuda ecológica incalculable que ni la legislación y las políticas del gobierno han podido dar respuestas efectivas para resarcirla, menos aún para frenar la voraz arremetida de esta actividad que está provocando una suerte de *ecologicidio* sobre la fauna y flora nativa, y una calamitosa situación de salud y bienestar sobre las comunidades que habitan las zonas de explotación.

Por el contrario, los últimos años se han caracterizado por una nueva política de apertura al capital extranjero, particularmente para la extracción petrolera y minera. Una nueva ola de capitales frescos han entrado en el país en tiempos cuando el petróleo ya está escaseando, y aparece una nueva intensión de explotar la amazonia a través de la minería a cielo abierto o a gran escala. La intensión de explotar el Yasuní, la construcción de una industria petroquímica en Manabí, la expansión de las fronteras petroleras en más de la mitad de las provincias del Ecuador, unido al desarrollo minero de los principales proyectos estratégicos del gobierno, muestran que estamos frente a un nuevo escenario de explotación de recursos, por ahora cobijado por el discurso de la modernidad, seguridad ambiental, sustentabilidad y repartición de la riqueza.

El propósito de iniciar nuevos frentes de explotación petrolera y minera bajo normas de estricta responsabilidad ambiental, lejos de ser una propuesta coherente con el deber ser de toda actividad extractiva, resulta incompatible con la propuesta constitucional de desarrollar un estado plurinacional, de derechos y justicia, que persigue el buen vivir o *Sumak Kawsay*. Esta incompatibilidad se debe a que la composición del Estado no lo permite, pues al ser el Ecuador un Estado con cerca de 17% del territorio nacional constituido por Áreas Naturales

Protegidas. Y otra buena parte de territorio perteneciente a territorio intangible y territorios colectivos, pertenecientes a comunidades indígenas, se conjugan un conjunto de bienes jurídicos de protección fundamentales (áreas protegidas, pueblos indígenas, pueblos en aislamiento voluntario, agua, biodiversidad y derechos de la naturaleza) los cuales merecen una atención especial por constituir parte del patrimonio cultural, naturales y estratégico del Estado. Más aún la propuesta de desarrollar estos nuevos frentes de explotación de recursos con lógicas de eficiencia ambientales resulta dudosa debido a las respuestas lógicas que la naturaleza muestra frente a la explotación,¹³ y sobre todo a la situación actual de la justicia, la legislación y la institucionalidad ambiental.

En efecto, dentro de las fases de exploración, explotación, industrialización, comercialización y abandono de una actividad petrolera, se generan factores con consecuencias desagradables para el ambiente y las personas, debido al incumplimiento reiterado de los límites permisibles en el uso de químicos, calidad de tubería, descargas de agua, depósitos de lodos de perforación, etc. Los cuales son insuficientemente controlados o no tienen ningún tipo de control de parte de la autoridad ambiental e hidrocarburífera, afectando grandes áreas de territorio que involucra la destrucción de toda la biodiversidad del sector, dañan gravemente la ictiofauna fluvial y la flora de las riveras de los ríos, afectando las fuentes de aguas, terrenos de cultivos, desaparición de especies sensitivas, mermando los ciclos vitales y la calidad de vida de los habitantes.

Similar situación se presenta en la actividad minera, en donde desde la fase de exploración, se generan impactos ambientales como cuando se realiza la preparación de los caminos de acceso, mapeos topográficos y geológicos, el montaje de campamentos e instalaciones auxiliares, trabajos geofísicos, investigaciones hidrogeológicas, aperturas de zanjas y pozos de reconocimiento, tomas de muestras, etc. Durante la fase de explotación, los impactos que se producen están en función del método utilizado. En las zonas de bosque, la sola deforestación de los suelos con la consiguiente eliminación de la vegetación, más aún en los casos de minas de cielo abierto, tiene impactos a corto, mediano y largo plazo. La deforestación no solo afecta el hábitat de cientos de especies endémicas (muchas llevadas a la extinción), sino el mantenimiento de un flujo

¹³ Recordemos los casos de mineros atrapados por la naturaleza en Chile, Ecuador, Colombia y otros países del mundo, casos que se han presentado independientemente del sistema moderno de explotación. Así mismo los casos de desastres petroleros como los sucedidos en el Golfo de México, en donde se supone que existe la mejor tecnología de explotación del mundo.

constante de agua desde los bosques hacia los demás ecosistemas y centros urbanos. La deforestación de los bosques primarios causa una rápida y fluida escorrentía de las aguas provenientes de las lluvias, agravando las crecidas en los periodos de lluvia debido a que el suelo no puede contener el agua como lo hace en presencia de las masas boscosas. Además del área perturbada por la socavación, el desgaste que las minas provocan en la superficie por la erosión y colmatación (sedimentación del lecho de los cursos de agua) consiguientes, se ve agravado por los montones de residuos de roca sin valor económico (a los que se llama material estéril), que suelen formar enormes montañas a veces más grandes que la superficie sacrificada para la socavación.

Ahora bien, el problema práctico, que toda gestión ambiental enfrenta, es como proteger el ambiente y al mismo tiempo garantizar un nivel de desarrollo, de manera que sea consistente con el bienestar humano a escala global. Esta problemática concreta ha querido ser resuelta a través de una variedad de regulaciones, controles y sanciones que intentan que las actividades desarrolladas sean sustentables; sin embargo, las estructuras del poder político, conducen a un empleo inadecuado de los recursos económicos y las reservas naturales, lo que impide tanto la satisfacción de las necesidades básicas de la población, como el manejo sustentable de los recursos naturales remanentes para garantizar el bienestar de las generaciones futuras. Más allá de las estructuras políticas, prevalece una concepción filosófica que reduce a la naturaleza a un mero instrumento productivo, o peor aún, a un reservorio ilimitado de recursos aprovechables por la economía.

Si bien es cierto, dentro de la estructura constitucional el concepto de desarrollo sustentable, es la brújula de toda la protección ambiental, en el Ecuador se establecen determinados principios para el desarrollo de las actividades económicas y las relaciones entre el ambiente y las actividades del ser humano. Surge entonces la pregunta: ¿Cuál ha sido el papel de los gobiernos respecto del desarrollo sustentable en las actividades hidrocarburíferas desde hace cuarenta años para que estas disposiciones constitucionales se cumplan?

Pues bien, la respuesta es que, aunque se han adoptado los principios de protección ambiental dentro de la constitución y legislación secundaria, en la práctica el comportamiento que ha tenido el Estado, especialmente en la explotación de recursos naturales no renovables, no ha sido del todo sustentables y respetuoso con los derechos ambientales, esto se evidencia en que los indicadores del desarrollo de estas actividades son la pérdida de gran cantidad de biodiversidad y elementos culturales. Solo con mirar las zonas petroleras podemos reconocer el gran acumulado de pasivos ambientales producto del depósito de aguas de

formación, derrames de crudo sin remediación, contaminación acústica, etc., que han provocado que las áreas naturales, la biodiversidad y la salud de las personas de la región amazónica estén en emergencia, aunque no se las haya declarado oficialmente. Igualmente la utilización de tierras para monocultivos, con su consecuente uso extensivo de químicos y la intensificación de la contaminación ambiental relacionada al tratamiento de desechos, son evidencias de que el Estado está lejos de cumplir sus responsabilidades ambientales.

La actual Constitución de la República del Ecuador ha establecido en su estructura orgánica y dogmática fuertes disposiciones que establecen un marco novedoso de protección ambiental. El establecimiento del derecho al ambiente sano como un derecho humano, y más recientemente el reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos, empiezan a cuestionar la eficacia de los instrumentos para prevenir y sancionar los daños ambientales. Mediante la vigente estructura constitucional, el ejercicio del derecho humano a un ambiente sano y el derecho a la naturaleza a su existencia mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales dependen de la interlocución de diversos factores como el agua, el desarrollo de energías alternativas, el buen vivir, que garantice un modelo sustentable de desarrollo, ambientalmente equilibrado y respetuoso de la diversidad cultural, que conserve la biodiversidad y la capacidad de regeneración natural de los ecosistemas y asegure la satisfacción de las necesidades de las generaciones presentes y futuras, en los términos señalados en el artículo 395 numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador. Este mandato constitucional, dentro de un estado constitucional de derechos y justicia no puede ser interpretado como simples aspiraciones de bienestar sino que deben ser asumidas como parte integrante del bloque de constitucionalidad que le otorga lógica pragmática a la Constitución y a un Estado que proclama el buen vivir y la sustentabilidad ambiental como norma básica.

El derecho al ambiente, al estar articulado a la satisfacción de otros derechos como la salud, la propiedad, la integridad física, demanda del Estado la puesta en práctica de un sinnúmero de acciones políticas y jurídicas que proteja dicho bien jurídico colectivo, esta posibilidad se ve limitada debido a que dentro de los procesos de explotación de los recursos no se toma en consideración la interrelación de estos derechos, y se asume que el proyecto de desarrollo por si mismo constituye bienestar y satisfacción de derechos, inobservando un conjunto de principios y procedimientos que la constitución ha establecido para lograr un desarrollo sustentable que permita el buen vivir de la sociedad. Por ejemplo escasamente se percibe en el Estado la puesta en práctica del principio de precaución, esto es, la posibilidad de interrumpir un determinado proyecto

que amenace seriamente con alterar irreparablemente el ambiente. Igual situación sucede con el acceso a la información, que muchas veces se ve limitada por que el Estado no proporciona información relevante sobre las características y riesgo potenciales de un proyecto.

4.4. La explotación de los recursos y la protección de grupos y áreas naturales intangibles

Los territorios de los pueblos en aislamiento voluntario son de posesión ancestral irreductible e intangible, y en ellos estará vedada todo tipo de actividad extractiva.

La violación de estos derechos constituirá delito de etnocidio, que será tipificado por la ley.

(Art. 57 C. R. E.)

Se prohíbe la actividad extractiva de recursos no renovables en las áreas protegidas y en zonas declaradas como intangibles, incluida la explotación forestal. Excepcionalmente dichos recursos se podrán explotar a petición fundamentada de la Presidencia de la República y previa declaratoria de interés nacional por parte de la Asamblea Nacional, que, de estimarlo conveniente, podrá convocar a consulta popular.

(Art. 407 C. R. E.)

El Ecuador presenta una *sui generis* relación entre los recursos naturales de aprovechamiento industrial, los recursos naturales de protección ecológica y el patrimonio cultural. Esta situación se debe a que la mayor cantidad de recursos de petróleo y minería se encuentran en las áreas naturales con protección especial en donde coexisten áreas naturales protegidas y pueblos indígenas con protección especial, como los pueblos en aislamiento voluntario en el área protegida denominada Parque Nacional Yasuní. De esta forma, mientras el Ecuador mantiene un interés importante en preservar los espacios naturales que le ubican como uno de los países con mayor diversidad natural y cultural del planeta, con más de 40 áreas naturales protegidas y más de 12 nacionalidades indígenas, al mismo tiempo tiene intereses en explotar los recursos naturales del subsuelo que desafortunadamente reposan en esos sitios de protección cultural y natural.

Frente a estas dos realidades, los gobiernos de turno no han dudado en aprovechar e intervenir de ante mano en la explotación de esos recursos, aún por encima del concepto de conservación y protección de las áreas naturales y cultura que el mismo Estado fija a través de la Constitución, las Leyes, los Decretos Ejecutivos, Acuerdos Ministeriales, etc. Unos casos para ejemplificar esta

afirmación es lo que sucede con la Reserva de Producción Faunística Cuyabeno en Ecuador, que cuenta con un alto registro de biodiversidad pero también con depósitos de petróleo que se están explotando por Petroecuador. Autores como Kimerling reclama que la reserva solo existe en el papel porque en la realidad es un área abierta a la explotación petrolera. Situación similar sucede con el Parque Nacional Yasuni, declarado patrimonio natural de la humanidad por la UNESCO, pero que ha venido siendo objeto de explotación petrolera,¹⁴ o la exploración avanzada dentro del bloque 20 del campo Pungarayacu que se sitúa dentro de la Reserva de Biosfera Sumaco y el Parque Nacional Sumaco-Napo-Galeras. La pregunta que nos surge inmediatamente es, ¿cómo hacer frente a la explotación ya instalada en reservas naturales sobre las cuales la actual constitución establece prohibiciones expresas de explotación?. Ciertamente que se deben efectuar mecanismos urgentes para dar por terminada la explotación de los recursos en dichas áreas, con el riesgo de que esta decisión traería confrontación entre los actores de las empresas transnacionales implantados en la zona y el gobierno nacional. Con una particularidad diferente la que se está asumiendo dentro del Parque Nacional Yasuní, que se ha convertido en el tema emblemático de desarrollo alternativo del actual gobierno, al establecer la iniciativa ITT cuya propuesta al mundo es la conservación de la riqueza natural dejando el crudo en tierra a cambio de compensaciones económicas.

Es importante señalar que nuestra Constitución establece prohibiciones expresas tanto de explotación de recursos no renovables en áreas naturales protegidas, así como en zonas declaradas como intangibles en donde exista evidencia de presencia de pueblos en aislamiento voluntario. Al igual que la situación problemática que ocurre con la consulta previa, dentro de la situación jurídica de la intangibilidad se han generado algunos criterios que tratan de confundir y debilitar la voluntad del constituyente al establecer esta categoría constitucional. Esta polémica se genera en torno a la excepcionalidad de la explotación de áreas naturales protegidas y zonas declaradas intangibles que establece el Art. 407 de la Constitución, en relación al Art. 57 (último inciso) que respecto a los Pueblos en aislamiento voluntario establece un rango similar de prohibición.

A propósito vale hacer algunas puntualizaciones: En primer lugar, en el caso del Art. 407 existe sin duda, una excepcionalidad mediante la cual es posible la explotación de los recursos en áreas naturales y aquellas declaradas como in-

¹⁴ Al efecto, el Estado Ecuatoriano desde el año 1996 entregó en concesión, para su explotación, el bloque 16 a favor de la compañía Repsol. Aunque dentro de la zona vienen explotando petróleo otras compañías como Petroriental, Andes Petroleum y Petrobras.

tangibles. Pero esta posibilidad es solo respecto de las áreas naturales protegidas en donde es posible encontrar dentro de los Planes de Manejo Ambiental, la declaratoria de determinados espacios como intangibles, debido fundamentalmente a que dentro de esos espacios naturales pudieran existir especies de flora o fauna, que requieren ser protegidos para preservar su existencia. En segundo lugar, la posibilidad de explotar los recursos naturales en dichas áreas protegidas, no se ejecuta por una simple petición del Presidente de la Republica, sino que esta petición debe ser lo suficientemente fundamentada. Esta fundamentación, a la vez debe ser analizada por la Asamblea Nacional, que en el ejercicio de su trabajo legislativo debe también fundamentar porque razones acepta el pedido presidencial de explotar recursos en áreas protegidas e intangibles y, finalmente, si es que la Asamblea considera que es un tema que demanda el pronunciamiento de lo/as ecuatorianos podrá someter el tema a consulta popular. En tercer lugar, cuando hablamos de zonas intangibles en donde existe presencia de Pueblos en Aislamiento Voluntario, la Constitución expresamente declarada vedada todo tipo de actividad en estas zonas, es decir que en este caso no se aplica lo determinado por el artículo 407, debido a que esta disposición es estrictamente para áreas naturales, y lo que regula el art. 57 es respecto a pueblos indígenas. De tal nivel es la prohibición de los pueblos en Aislamiento Voluntario que la misma constitución establece que la violación de estos derechos constituirá delito de etnocidio que será tipificado por la Ley.

Esta situación se vuelve compleja cuando dentro de las áreas protegidas confluyen pueblos en aislamiento voluntario como sucede en el Parque Nacional Yasuní, lo cual pudiera promover en los interesados en su explotación, meter en un mismo costal ambas categorías de protección, y ante la gran aceptación que ha tenido la iniciativa Yasuní ITT, se pretende vía consulta popular lograr el respaldo ciudadano para legitimar un proceso de explotación que estaría eliminando a los pueblos no contactados. Esta postura sería totalmente ilegítima, puesto que la Constitución al establecer expresamente como vedada la explotación en áreas declaradas intangibles no deja dudas al respecto, lo contrario sería actuar en contra del texto constitucional. Además no es legítimo que mediante una decisión del pueblo se violen derechos constitucionales.

Al respecto vale mencionar algunos criterios que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha desarrollado como condición para establecer restricciones admisibles en los derechos fundamentales, como el de propiedad, y que nos da una guía de cómo proceder en casos similares, como el caso de las áreas protegidas. La cita expresa lo siguiente:

Toda medida de restricción debe ser necesaria para la consecución de un objetivo legítimo en una sociedad democrática, de conformidad con el propósito y fin de la Convención Americana. Por lo tanto, es necesario analizar la legitimidad de la utilidad pública y el trámite o proceso que se empleó para perseguir dicho fin. [...] Las razones de utilidad pública e interés social a que se refiere la Convención comprenden todos aquellos bienes que por el uso a que serán destinados, permitan el mejor desarrollo de una sociedad democrática. De manera análoga al interés social, esta Corte ha interpretado el alcance de las razones de interés general comprendido en el artículo 30 de la Convención Americana (alcance de las restricciones), al señalar que [e]l requisito según la cual las leyes han de ser dictadas por razones de interés general significa que deben haber sido adoptadas en función del ‘bien común’ (artículo] 32.2 [de la Convención]), concepto que ha de interpretarse como elemento integrante del orden público del Estado democrático, cuyo fin principal es ‘la protección de los derechos esenciales del hombre y la creación de circunstancias que le permitan progresar espiritualmente y materialmente y alcanzar la felicidad’ (Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Considerandos, párr. 1).” Asimismo, este Tribunal ha señalado que los conceptos de “orden público” o el “bien común”, derivados del interés general, en cuanto se invoquen como fundamento de limitaciones a los derechos humanos, deben ser objeto de una interpretación estrictamente ceñida a las “justas exigencias” de “una sociedad democrática” que tenga en cuenta el equilibrio entre los distintos intereses en juego y la necesidad de preservar el objeto y fin de la Convención.¹⁵

Esta sentencia de la Corte Interamericana nos invita a reflexionar profundamente sobre los límites que tienen las sociedades y los gobiernos para la explotación de los recursos, pues para sacrificar un área natural declarada en protección el fin de su explotación debe ser superior al fin que provocó su conservación, mas aun cuando de parte de las propias instituciones gubernamentales han reconocido que las actividades petroleras tienen un impacto negativo sobre la conservación de áreas protegidas, así como lo sostenido por el Programa del Hombre y la Biosfera de la UNESCO que determina que la explotación de hidrocarburos, quedaría en rigor, excluida de las zonas de conservación ecológica por su carácter insostenible, lo cual debería ser seriamente valorado por el estado al momento de intervenir áreas de conservación natural.

Esperamos que la protección de las áreas protegidas en el Ecuador

¹⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Salvador Chiriboga Vs. Ecuador*, Sentencia de Excepción Preliminar y Fondo, Sentencia de 6 de mayo de 2008, Serie C No. 179, párr. 73-75.

no quede en discursos políticos, sino que se conviertan en prácticas reales, sin embargo el riesgo es enorme puesto que dentro de las estructuras políticas de los sucesivos gobiernos prevalece una concepción filosófica que reduce a la naturaleza a un mero instrumento productivo, o peor aún, a un reservorio ilimitado de recursos aprovechables por la economía. Si el actual gobierno está decidido a gestionar la riqueza biológica del país, debe tener presente la necesidad de mirar en conjunto la totalidad de los recursos estratégicos yuxtapuestos en las áreas protegidas: hidrocarburos, minerales, biodiversidad, agua, pueblos, etc., tomando en cuenta que la naturaleza y la biodiversidad no pueden construirse sin el control social de los espacios colectivos, en la construcción social del saber que genere nuevos mecanismos de desarrollo. Como lo ha sostenido Eduardo Gudynas, la problemática ambiental implica siempre posturas políticas, sean estas explícitas o no. Incluso en la posición reduccionista de neutralidad política y refugio en la gestión técnica, se esconde una toma de partido por una posición política. Por lo tanto no hay políticas ambientales neutras, sino que las habrá conservadoras o progresistas, unas serán tradicionales y otras renovadoras, por lo tanto la postura del actual gobierno debe conducir a un renovado tratamiento de los recursos naturales que privilegie a los derechos de la naturaleza, como fuente principal de las condiciones que nos permitan vivir en ambientes saludables y renovables.

4.5. La explotación de los recursos y el derecho al territorio

Se reconoce y garantizará a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de conformidad con la Constitución y con los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos, los siguientes derechos colectivos:

Conservar y promover sus prácticas de manejo de la biodiversidad y de su entorno natural.

Mantener, proteger y desarrollar los conocimientos colectivos; sus ciencias, tecnologías y saberes ancestrales; los recursos genéticos que contienen la diversidad biológica y la agrobiodiversidad; sus medicinas y prácticas de medicina tradicional, con inclusión del derecho a recuperar, promover y proteger los lugares rituales y sagrados, así como plantas, animales, minerales y ecosistemas dentro de sus territorios; y el conocimiento de los recursos y propiedades de la fauna y la flora.

(Art. 57 C.R.E.)

Otro de los temas sensibles dentro de la explotación de recursos naturales es el relacionado a la territorialidad colectiva de los pueblos indígenas, montubios,

afroecuatorianos y comunas. Si bien la Constitución proclama una amplia gama de derecho relacionados a la protección del territorio colectivo, la puesta en práctica de proyectos de desarrollo extractivo vinculados con el petróleo y minería principalmente, presentan un sinnúmero de dificultades para que los derechos de las colectividades vinculados a la protección y manejo de sus territorios colectivo se desarrollen conforme a sus cosmovisiones y manejo ancestral, sobre todo para los Pueblos Indígenas, cuya relación con el territorio está ligada a aspectos culturales y de reivindicación histórica.

Esta situación se torna compleja debido a que como los sostiene el tratadista Pedro García Hierro, “[l]a territorialidad es uno de los ejes conceptuales de la plataforma de reivindicaciones indígenas, no únicamente en su condición de derecho colectivo indispensable sino como una verdadera dimensión existencial de cada pueblo. Su tratamiento jurídico reviste, por eso, una importancia determinante para el ejercicio del resto de los derechos que los pueblos proclaman”.¹⁶

Este carácter transgeneracional del derecho tiene la finalidad de permitir la continuidad histórica de un pueblo y que, por tanto, trasciende la voluntad dispositiva de la actual generación, lo que le hace indisponible (inalienable, inembargable) e indivisible conceptualmente (su división afectaría la naturaleza misma del bien), aunque divisible internamente en usos, temporales o definitivos, de acuerdo con prácticas definidas por el derecho consuetudinario de cada pueblo.¹⁷

En el Ecuador, la relación que ha existido entre las nacionalidades indígenas y el Estado por la gestión de los recursos naturales ha sido una relación de constante disputa, esto se atribuye principalmente a la visión que se tiene del territorio, así mientras para el Estado y la sociedad occidental que los sustenta, el territorio está ligado a la concepción tradicional de propiedad, en la cual se debe aprovechar lo que la naturaleza tiene en beneficio de las personas; dentro de concepción de 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

¹⁶ Pedro García Hierro, “Territorios Indígenas: Tocando las Puertas del Derecho”, en Sur-rallés, Alexandre y García Hierro, Pedro, edit., *Tierra adentro: Territorio indígena y percepción del entorno*, Lima, International Work Group for Indigenous Affairs (IWGIA), 2004, p. 277. Pedro García Hierro es abogado por la Universidad Complutense de Madrid y la Pontificia Universidad Católica del Perú ha trabajado durante los últimos 35 años con diversas organizaciones indígenas tanto peruanas como internacionales en temas relacionados con la identificación y desarrollo de derechos colectivos e impulso de reformas democráticas interculturales.

¹⁷ Id.

cultural y transmitirlo a las generaciones futuras.¹⁸ Como lo sostuvieron los indígenas de la comunidad Yakye Axa de Paraguay ante la Corte Interamericana “cada rincón de esta tierra, cada brillante espina de pino, cada playa arenosa, cada nube de niebla en las sombrías selvas, cada calvero, cada insecto que zumba; en el pensamiento y práctica de mi pueblo, todas estas cosas son sagradas”. De allí que el valor que tiene el territorio para las comunidades indígenas conlleva otras connotaciones que deben ser suficientemente valoradas por el Estado a la hora de ejecutar proyectos extractivos dentro de sus territorios, pues de lo contrario, se estarían vulnerando aquellos derechos establecidos por la Constitución y los Instrumentos Internacionales.

La experiencia en el Ecuador en el caso del manejo territorial indígena es devastadora, pues los elementos culturales vinculados a la territorialidad indígena ha sido uno de los aspectos que menos se ha sido tomado en consideración dentro de los planes de manejo ambiental y menos aun se ha considerado a estos dentro de los criterios para decidir sobre la idoneidad de ejecutar determinados proyectos que por su efectos socio ambientales, se constituyen en amenazas para la supervivencia de los pueblos indígenas.

En la ejecución de estos proyectos, muchos pueblos ya se han visto reducidos demográficamente por las perturbaciones ocasionadas por las consecuencias, directas o indirectas, principalmente de la explotación petrolera y la exploración minería. Algunos de estos pueblos tienen serias dificultades de supervivencia, como sucede con las nacionalidades Sionas, Secoyas, Cofanes, Waoranis, Tageri-Taromenane, que han tenido que desplazarse en áreas recónditas de sus territorios para situarse lejos de los efectos de la explotación petrolera.

Posiblemente una de las causas para que se produzca esta confrontación por el derecho a explotar los recursos de los territorios indígenas tenga relación a la visión que se tiene respecto de la propiedad de los recursos naturales, es decir sobre quién es el propietario de los recursos naturales en el Ecuador. Para responder esta pregunta es necesario reflexionar sobre dos premisas jurídicas básicas. La primera es que los recursos sobre el subsuelo son de propiedad de quien demuestra tener el dominio de la propiedad. Según las normas del derecho civil, “el dominio, que se llama también propiedad, es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella, conforme a las disposiciones de

¹⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 31 de agosto de 2001, Serie C No. 79, párr. 149.

las leyes y respetando el derecho ajeno, sea individual o social”.¹⁹ La segunda premisa es que los recursos del subsuelo son de propiedad del Estado, el mismo que para ejercer dicha calidad no requiere demostrar con documento público o privado el dominio del bien, pues constitucionalmente le pertenece, de conformidad con los artículos 1, 317 y 408 CRE, pero ¿La propiedad sobre los recursos faculta libertades absolutas de dominio y explotación? De conformidad a la doctrina y la jurisprudencia internacional que se trataban anteriormente, tener la propiedad sobre los recursos no implica la facultad para hacer lo que se quiera con ellos, pues esta propiedad está limitada por un sinnúmero de factores que limitan el ejercicio pleno, por un lado de la libertad personal para el disfrute de los recursos, y por otro lado, de la soberanía del Estado para la explotación de los recursos del subsuelo. Estos factores están relacionados a la protección de otros derechos que jurídica y socialmente deben ser más protegidos que el derecho a la propiedad individual y el desarrollo. Por ejemplo cuando en dicha propiedad pública o privada confluyen o dependen especies protegidas, patrimonios culturales, naturales o históricos, o sirven de sustento económico o ecológico. En este caso, no podría sostenerse que la sola propiedad es suficiente para decidir sobre los recursos, pues hay que tener en cuenta la pluralidad de factores que pueden depender de ese espacio natural, lo cual hacen necesaria realizar una valoración antes de tomar la decisión de iniciar la actividad.

En estos casos se debe tomar en cuenta, por ejemplo, lo sostenido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que en una Sentencia terminó que:

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.²⁰

¹⁹ Artículo 599 del Código Civil Ecuatoriano

²⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso de la Comunidad Mayagna...*, párr. 149.

4.6. La explotación de los recursos y los derechos de la naturaleza

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.

(Art. 71 C.R.E.)

El régimen de desarrollo tendrá los siguientes objetivos:

4. 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.

(Art. 276 C.R.E.)

Para la consecución del buen vivir, serán deberes generales del Estado:

1. Garantizar los derechos de las personas, las colectividades y la naturaleza.

(Art. 277 C.R.E.)

Otro de los aspectos que pone en amplio debate la necesidad de explotar recursos naturales extractivos tiene que ver con el reconocimiento que hace la vigente Constitución de la naturaleza como sujeto de derechos. Se reconoce a la naturaleza los siguientes derechos: El respeto integral de su existencia, el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos y el derecho a su restauración. Este nuevo paradigma de protección constitucional está guiada bajo la visión del *Sumak Kamsay*, cuyo objetivo es que las actividades de las personas sean económicamente viables, socialmente equitativas y ambientalmente sustentables.

La categoría que el Estado otorga a la naturaleza no es cualquiera, se trata de asumirla como un nuevo sujeto de derechos, lo cual implica que todos los actos que puedan poner en riesgo los derechos de la naturaleza deben ser de tal envergadura y lo suficientemente necesarios para que esos derechos protegidos no se vean afectados de forma legítima por la intervención del desarrollo humano. Esta situación se vuelve compleja cuando tratamos de interpretar cuales son las circunstancias en las cuales podemos determinar que existe una violación a los derechos de la naturaleza. ¿Acaso al cortar un árbol, matar un espécimen protegido, o desviar una fuente hídrica estamos vulnerando los derechos de la naturaleza? ¿Qué pasa con los procesos naturales propios de la naturaleza que posibilitan la destrucción de sus propias especies, como sucede con las sequías o el calentamiento global, o esto debe atribuirse también a la acción humana, y por lo tanto de debe restringirse todas las actividades que condujeron a tener el estado actual del planeta?

Reconocer derechos a la naturaleza no es nuevo dentro de la doctrina jurídica ambiental, pues se viene discutiendo hace mucho tiempo atrás la necesidad de incorporar un sistema de protección autónomo que convierta a la naturaleza como sujeto de derechos. A nivel internacional podemos destacar los trabajos interesantes que al respecto han realizado reconocidos teóricos como el estadounidense Christopher Stone quien propuso que los derechos deben extenderse a los bosques, océanos, ríos y hacia otros objetos naturales y al ambiente en general. Otro de los primeros proponentes modernos de la aproximación no antropocéntrica con el ambiente es el noruego Arne Naess que originó el movimiento de la ecología profunda (*Deep Ecology*). Estos autores que defienden los derechos de la naturaleza proponen un cambio de conciencia de la dominación humana sobre la naturaleza hacia el reconocimiento que la vida humana y no humana tiene igual y equivalente valor intrínseco.

Otorgar derechos a la naturaleza tiene implicaciones tanto jurídicas, políticas como ecológicas. Desde el punto de vista jurídico implica elevar el objeto de protección jurídica de los ecosistemas a sujetos de derechos, como fase superior del derecho ambiental, es decir que la naturaleza jurídica del derecho ambiental adquiere una doble dimensión (derechos ambientales de las personas y derechos de la naturaleza), pero unidos bajo la misma trayectoria. Si bien existe el derecho a vivir en un ambiente sano, el cual tiene su propio desarrollo normativo constitucional, este es un derecho de las personas a proteger la naturaleza que los cobija, ya que esta es su fuente de subsistencia y supervivencia, en cuyo esquema jurídico global se justifican y toleran los daños ambientales, en donde el papel de las leyes, simplemente codifican su contaminación y destrucción, permitiendo que el mismo sistema de acumulación del capital se auto regule y cuestione pues se asume a la naturaleza como objeto de propiedad y apropiación, siendo por tanto restrictivo y siempre subordinado a estructuras de propiedad o relaciones mercantiles. En cambio, los derechos de la naturaleza, establecen otra relación entre las personas-ambiente-economía, que además de establecer un régimen jurídico propio para la naturaleza, recoge una verdad que emerge de las más profundas tradiciones ancestrales para quienes la Naturaleza no es un “algo”, sino un “alguien” que nos procrea, nos nutre y nos acoge; que interlocuta con nosotros y con quien las comunidades establecen especiales relaciones de carácter espiritual de modo que al establecerse como sujeto de derechos mantiene un principio de jerarquía y especialidad en el cual la preservación de la naturaleza debe ser considerada por sobre los derechos o iniciativas económicas.

Desde un punto de vista político el establecimiento de los derechos de la naturaleza implica 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.

Desde el punto de vista ecológico, implica que el desarrollo debe conservar la diversidad, la complejidad y las funciones de los ecosistemas así como de las actividades humanas, regulando y limitando los efectos de estas actividades, según el caso, e implica avanzar hacia una sociedad justa en donde todos y todas gozan del mismo acceso, en general, al conocimiento, a los medios materiales, culturales y sociales necesarios para alcanzar el buen vivir.

5. Conclusiones

Para una gestión eficaz de los recursos naturales que no se interpongan sino que más bien sea un complemento para la vigencia de los derechos humanos y de la naturaleza que se encuentran establecidos en la Constitución, es indispensable que las autoridades públicas que explotan los recursos, tengan en consideración las limitaciones que existen dentro del marco constitucional cuando el modelo de desarrollo extractivo que se propone, afecta la integridad de los demás derechos constitucional protegidos. Esto se puede lograr a partir de la aceptación política de que en un modelo de desarrollo basado estrictamente en la explotación de los recursos del subsuelo, por su carácter contaminante, no es posible para la protección ecosistémica y cultural. Por lo tanto se deben construir alternativas de desarrollo que no dependan del subsuelo y que más allá del progreso económico y material tenga como finalidad el bienestar colectivo, que no sacrifique a unos ecuatorianos para beneficiar a otros. Una sociedad democrática debe construirse sobre la base del respeto de todos los derechos y sus decisiones deben respetar la interculturalidad y plurinacionalidad en sus diferentes enfoques para que no se trasformen en simples dictaduras de la mayoría.

Es necesario que el poder político reconozca que la infinita creación de necesidades artificiales que sostienen el crecimiento ilimitado del consumo está limitada por el criterio del *Sumak Kawsay*, y que en un estado constitucional de derechos y justicia, el fin del Estado es proteger los derechos de forma sistemática, interdependiente, complementaria, sin tener que sacrificar unos derechos por otros. Que en este rango de protección, la ejecución de proyectos que puedan contribuir a un crecimiento económico muchas veces necesarios en el contexto de la globalización y el capitalismo, no debe estar por encima de los derechos *ius cogens* de protección, es decir aquellos derechos relacionados con la dignidad, integridad física, y vida de los pueblos.

En el marco del desarrollo económico y la vigencia de derechos siempre se van a presentar colisión entre los derechos, esto parece estar más próximo en el caso de las excepciones constitucionales respecto de las áreas protegidas, zonas intangibles, transgénicos y consulta previa, para lo cual la Constitución establece ciertas pistas que podrían dar solución a estas antinomias sin llegar a confrontar a la sociedad, por ejemplo deben observarse y respetarse los principios de interpretación y aplicación de los derechos establecidos en el artículo 10 y 11 de la Constitución, así como el orden jerárquico de aplicación señalado en el artículo 425 de la carta magna. Puntualizando que en cualquiera de los casos, ni la voluntad de los gobernantes, ni la voluntad soberana del pueblo expresada en las urnas pueden permitir la vulneración de derechos que la constitución reconoce.

A pesar de estas confrontaciones, el tema de fondo tiene que ver no tanto en cómo se concibe los derechos sino como en la práctica se llevan a efecto los mismos. En este sentido podemos observar que mientras se discuten cuestiones de procedimiento, en la parte fáctica sigue predominando el modelo económico que ha acentuado una economía de carácter neoliberal donde predomina la concentración monopólica de capitales, recursos, tierras y materias primas, estableciendo desigualdades para el Estado respecto de las empresas privadas nacionales o transnacionales, permitiendo una mayor explotación de los recursos de forma directa y además permitiendo mayor contaminación con tecnología que por lo general no son aceptadas en los países de origen de las operadoras.

El régimen de protección ambiental ofrece grandes oportunidades para llevar adelante una gestión sustentable de los recursos naturales, principios como la precaución, *in dubio pro natura*, reversión de la carga de la prueba, imprescriptibilidad de acciones, podrían coadyuvar a que el desarrollo económico procure el buen vivir, esto es posible siempre y cuando las autoridades públicas y judiciales asuman estos principios y garantías de protección ambiental como normas que al estar vinculadas al bloque de constitucionalidad, son de obligatorio cumplimiento, más allá de las consideraciones económicas o políticas que se erijan al respecto.

6. Bibliografía

- Ávila Santamaría, Ramiro, Grijalva Jiménez, Agustín y Martínez Dalmau, Rubén, edit., *Desafíos constitucionales, la Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- Cabanellas de las Cuevas, Guillermo, *Diccionario Jurídico Elemental*, Buenos Aires, Heliasta, 1998.
- Código Civil ecuatoriano (Suplemento RO 104 de 20 de Noviembre de 1970).

- Convención para la Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural.
- Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales de la Organización Internacional de Trabajo (Ginebra, 27 de junio de 1989).
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 31 de agosto de 2001, Serie C No. 79.
- , *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*, Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 28 de noviembre de 2007, Serie C No. 172.
- , *Caso Salvador Chiriboga Vs. Ecuador*, Sentencia de Excepción Preliminar y Fondo, Sentencia de 6 de mayo de 2008, Serie C No. 179.
- García Hierro, Pedro, “Territorios Indígenas: Tocando las Puertas del Derecho”, en Surrallés, Alexandre y García Hierro, Pedro, edit., *Tierra adentro: Territorio indígena y percepción del entorno*, Lima, International Work Group for Indigenous Affairs (IWGIA), 2004.
- Guaranda, Wilton, *Estudio Comparado de Derecho Ambiental*, Quito, Fundación INREDH, 2009.
- , *Instrumentos Jurídicos para la protección y defensa de los derechos ambientales, aplicado a las actividades hidrocarburíferas*, Quito, INREDH, 2009.
- Gudynas, Eduardo, *El Mandato Ecológico. Derechos de la Naturaleza y Políticas Ambientales en la nueva Constitución*, Quito, Abya Yala, 2009.
- Ley de Hidrocarburos, Decreto Supremo 2967, Registro Oficial 711 de 15 de Noviembre de 1978.
- Ley de Minería, Publicada en el Registro Oficial NO. 517 del 29 de enero del 2009.
- Ley Reformativa a la Ley de Hidrocarburos, Registro Oficial No. 244 - martes 27 de julio de 2010 Suplemento
- Maldonado, Adolfo y Narváez, Alberto, *Ecuador ni es, ni será ya, país amazónico. Inventario de impactos petroleros*, Quito, Acción Ecológica, 2003.
- Rojas Figueroa, Marcos, *Soberanía de los estados en el Sistema Interamericano ante el proceso de globalización*, conferencia pronunciada en Washington DC el 16 abril 2001 en el Colegio Interamericano de Defensa, 20.11.10, en: <http://library.jid.org/en/mono40/rojas.htm>.

SECCIÓN III
Instituciones Constitucionales
y Participación

Participación ciudadana en el procedimiento legislativo, como concreción del principio de interculturalidad; y control previo de constitucionalidad de proyectos de ley, como garantía de la participación

Silvana Sánchez Pinto

Sumario

1. Necesidad de la participación ciudadana en el proceso de formación de las leyes. 2. Situación actual de la participación ciudadana en el proceso de formación de las leyes en el Ecuador. 3. Insuficiencia de los mecanismos de participación ciudadana en el proceso de formación de las leyes, evidenciado en un caso concreto. 4. Propuesta para superar las limitaciones de la participación ciudadana en el proceso de formación de las leyes. 5. Criterios para la participación ciudadana en el proceso de formación de las leyes. 6. Control previo de constitucionalidad de proyectos de ley por parte de la ciudadanía como garantía de la vigencia del derecho a la participación social en el proceso de formación de las leyes. 7. Control previo de constitucionalidad de proyectos de ley como ultima ratio. 8. Bibliografía.

1. Necesidad de la participación ciudadana en el proceso de formación de las leyes

Para el paradigma del Estado de Derecho legal decimonónico es central el concepto de soberanía de la ley, definida “como acto normativo supremo e irresistible al que [...] no es oponible ningún derecho más fuerte.”¹ En el Estado de Derecho legal se desconoce que la “política constitucional,” de cuya formulación también participan los legisladores, persiga “la realización de la Constitución.”²

El cambio de paradigma en el Derecho opera con la aparición del modelo del constitucionalismo contemporáneo, luego de la segunda posguerra mundial,

¹ Gustavo Zagrebelsky, *El Derecho Dúctil*, Madrid, Trotta, 4a. ed., 2002, p. 24.

² *Ibidem*, p. 14.

ante la evidencia de que el anterior modelo era insostenible al no haber logrado ser el dique a la arbitrariedad del ejercicio del poder, y determina la nueva centralidad en la Constitución con el reconocimiento de su supremacía y fuerza normativa; y, en ese sentido, la doctrina empieza a develar el carácter y naturaleza de la ley.

Así, Zagrebelsky establece que “la ley [...] es manifestación e instrumento de competición y enfrentamiento social; no es el final, sino la continuación de un conflicto [...] es un acto personalizado (en el sentido de que proviene de grupos identificables de personas y está dirigido a otros grupos igualmente identificables) que persiguen intereses particulares.”³

Este autor explicita la naturaleza de la ley como fruto de la permanente disputa de poder que se da en la sociedad; en la ley, finalmente, se expresan e identifican los resultados de esa disputa, quedan develados los intereses del grupo o los grupos de poder que han triunfado; al menos, los que transitoriamente han triunfado, hasta que nuevos conflictos se planteen.

Por ello, en esta batalla por el poder que es la construcción de una ley, es indispensable que los grupos de la sociedad a los que históricamente se les ha hecho ocupar los niveles inferiores de la jerarquía de poder puedan participar, desde su realidad y desde sus propias concepciones, en defensa de sus derechos en el proceso de formación de las leyes en equidad de condiciones con los grupos que siempre han detentado el poder.

El aporte de Pisarello es importante para analizar la función de la participación social en la garantía de los derechos. El autor establece, como parte de las garantías extrainstitucionales;⁴ y, a su vez, de las garantías indirectas, a las garantías de participación en el proceso legislativo y las delinea como “las audiencias públicas previas a la toma de decisiones o a la adopción de normas por parte de los parlamentos.”⁵

El mismo autor establece que el mecanismo participativo tiene especial relevancia para la “supervisión de la observancia por parte de los órganos políticos del contenido esencial de los derechos y de las obligaciones de no discriminación,

³ Ibídem, p. 38.

⁴ “Las garantías extrainstitucionales o sociales son aquellos instrumentos de tutela o de defensa de los derechos que [...] dependen fundamentalmente de la actuación de sus propios titulares [...] consisten en el ejercicio de derechos [...] de participación dirigidos a reclamar la satisfacción de aquellas necesidades e intereses básicos tutelados por los derechos [...]” Gerardo Pisarello, “Los Derechos sociales y sus garantías: por una reconstrucción democrática, participativa y multinivel,” en *Los Derechos Sociales y sus garantías, elementos para una reconstrucción*, Madrid, Trotta, 2007, p. 123.

⁵ Gerardo Pisarello, “Los Derechos sociales ...”, op. cit., p. 124.

no regresividad y progresividad.”⁶

Efectivamente, la finalidad de la participación ciudadana en el proceso de formación de las leyes es la de coadyuvar a promover la supremacía y la fuerza normativa de la Constitución, al exigir que los proyectos de ley se formulen, y se deliberen de conformidad con los valores, principios y reglas constitucionales; así como que estén acordes con los estándares de protección internacional de los derechos humanos, garantizando su vigencia.

Respecto de la situación de los derechos los grupos sociales que se encuentran en minoría frente a las decisiones mayoritarias, Agustín Grijalva establece que “una Constitución [y las leyes] no solo expresa o debe expresar intereses mayoritarios, sino que implica también procedimientos y límites para esta voluntad mayoritaria, tales límites son los derechos fundamentales, especialmente los derechos de los individuos y las minorías.”⁷

Recordando que las obligaciones estatales en materia de Derechos Humanos se concretan en las de respetarlos y garantizarlos; y, que la obligación de garantía contiene, a su vez, las obligaciones de promoción, prevención, investigación, sanción y reparación; una de las maneras para cumplir las obligaciones de promoción de los derechos humanos y prevención de sus violaciones, será la de garantizar las condiciones para la participación ciudadana en el proceso de formación de las leyes.

2. Situación actual de la participación ciudadana en el proceso de formación de las leyes en el Ecuador

La Constitución de la República del Ecuador de 2008,⁸ establece el procedimiento legislativo, como atribución de la Asamblea Nacional, de aprobar leyes como normas generales de interés común; los proyectos de ley pueden ser presentados por iniciativa de los asambleístas, del presidente, de otras funciones e instituciones del Estado en ámbitos de su competencia; y, de los ciudadanos y organizaciones sociales.

Se establece que quienes presenten proyectos de ley podrán participar en su debate.⁹

⁶ *Ibídem*, p. 124.

⁷ Agustín Grijalva, “Independencia, acceso y eficiencia de la justicia constitucional en Ecuador,” en Varios, *Un cambio ineludible: La Corte Constitucional*, Quito, Tribunal Constitucional, 2007, p. 59-60.

⁸ Constitución de la República del Ecuador de 2008, Arts. 132 a 140.

⁹ Constitución de la República del Ecuador de 2008, Art. 134, inciso final.

En cuanto al procedimiento para la aprobación de un proyecto de ley, la Constitución establece que debe ser sometido a dos debates; para lo cual, el proyecto debe ser distribuido a los miembros de la Asamblea Nacional y su extracto difundido públicamente,¹⁰ enviándose luego a la comisión correspondiente para su conocimiento y trámite.

Se señala que los ciudadanos que tengan interés en la aprobación del proyecto de ley, o que consideren que sus derechos pueden ser afectados por su expedición, podrán “acudir ante la comisión y exponer sus argumentos.”¹¹

Como puede evidenciarse, el derecho de participación de la ciudadanía en el procedimiento legislativo se agota con la participación ante la comisión y se restringe a la exposición de argumentos, sin que se establezca la obligación correlativa del legislativo de tomar en consideración tales argumentos al momento de redactar la versión definitiva de la ley, es decir que tengan una naturaleza vinculante para el legislador.

En consecuencia, debe analizarse la posibilidad de perfeccionar el mecanismo de participación ciudadana y las responsabilidades de la Asamblea Nacional con relación a ésta, durante todas las etapas de formación de la ley.

Igualmente, ante la formulación de un proyecto de ley, el ordenamiento jurídico ecuatoriano ha previsto el control previo de constitucionalidad a cargo del Ejecutivo¹² y la autotutela para el Legislativo, que tiene la obligación de adecuar formal y materialmente las leyes y demás normas jurídicas a los derechos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales.¹³

Sin embargo, no ha previsto que el control previo de constitucionalidad de los proyectos de ley pueda ser demandado por la ciudadanía ante la Corte Constitucional.

3. Insuficiencia de los mecanismos de participación ciudadana en el proceso de formación de las leyes, evidenciado en un caso concreto

Ante la situación descrita, puede evidenciarse que la participación de la ciudadanía en el procedimiento legislativo enfrenta limitaciones y es insuficiente para exigir el respeto y garantía cuando su “patrimonio jurídico”¹⁴ está directamente

¹⁰ Los proyectos de ley presentados se difunden de manera íntegra en la página electrónica de la Asamblea Nacional.

¹¹ Constitución de la República del Ecuador de 2008, Art. 137, inciso 2.

¹² Constitución de la República del Ecuador de 2008, Art. 139.

¹³ Constitución de la República del Ecuador de 2008, Art. 84.

¹⁴ Gustavo Zagrebelsky, *El Derecho...*, op.cit., p. 51.

amenazado.

Esto puede evidenciarse en el siguiente caso relativo a la presentación de un proyecto de ley que pretendió reinstaurar la inconstitucional figura de la denominada “detención en firme.”

Como antecedente, es necesario señalar que la Constitución Política de la República de 1998; instituyó,¹⁵ como una de las garantías del debido proceso, en materia penal, la caducidad de la prisión preventiva en seis meses, en las causas por delitos sancionados con prisión; y en un año, en delitos sancionados con reclusión.

Sin embargo, con la expedición de la Ley No. 101,¹⁶ se introdujo la figura de la denominada “detención en firme” en el Código de Procedimiento Penal, CPP, mediante el Art. 173 A, que estableció que, en el auto de llamamiento a juicio, el juez que conoce la causa deberá obligatoriamente ordenar la detención en firme del acusado.

Esta regla fue objeto de una declaratoria de inaplicabilidad en un caso concreto por el Juez Segundo de lo Penal de Cotopaxi;¹⁷ que fue resuelta por el Tribunal Constitucional,¹⁸ en noviembre de 2003, en el sentido de desechar la inconstitucionalidad del mencionado artículo, en base a una interpretación literal de la disposición, señalando que su significado “es claro, tiene significado legal, mantiene correspondencia, armonía y su genuino sentido con las demás normas del CPP”; el Tribunal no realizó una interpretación constitucional a fin de determinar la validez de la disposición a la luz de los principios constitucionales relativos a la supremacía constitucional, *pro homine*, y a la garantía del debido proceso de ser juzgado en un plazo razonable o a ser puesto en libertad.¹⁹

Posteriormente, en septiembre de 2006, el Tribunal Constitucional,²⁰ resolvió declarar la inconstitucionalidad de la “detención en firme,” rectificando la resolución anterior.

La Constitución de la República del Ecuador de 2008, en el Art. 77, nu-

¹⁵ Constitución Política de la República del Ecuador de 1998, Art. 24, numeral 8.

¹⁶ Publicada en el Registro Oficial No. 743, de 13 de enero de 2003.

¹⁷ De conformidad con el Art. 274 de la Constitución Política de la República del Ecuador de 1998.

¹⁸ En el caso No. 002-2003-DI del Tribunal Constitucional de Ecuador de 18 de noviembre de 2003.

¹⁹ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Arts. 9, numeral 3; y, 14, numeral 3; y Convención Americana de Derechos Humanos, Arts. 7, numeral 5; y, 8, numeral 1.

²⁰ Mediante Resolución del Tribunal Constitucional No. 02-2005-TC, de 26 de septiembre de 2006.

meral 9, establece como garantía, en caso de privación de la libertad, la caducidad de la prisión preventiva, en los mismos plazos que establecía la Constitución de 1998.

El 7 de octubre de 2009, la asambleísta Cynthia Viteri presentó ante la Asamblea Nacional, el siguiente proyecto de Ley Reformatoria del CPP y del Código Penal:²¹

Art. 2. Agréguese en el Art. 160, dentro del inciso correspondiente a las medidas cautelares de carácter personal, el siguiente texto: “(14) Detención obligada.”

En el Capítulo IV, La prisión preventiva. Arts. 167 a 173.

Art. ... (1). Detención obligada.- El juez de garantías penales, para garantizar la comparecencia del acusado en la etapa del juicio, ordenará la detención obligada cuando se dicte auto de llamamiento a juicio contra los autores y cómplices de un delito de acción pública sancionado con pena de reclusión.

Si el acusado tuviera ordenada prisión preventiva en su contra, el juez de garantías penales la cambiará por la detención obligada al momento de dictar el auto de llamamiento a juicio. [...]

Art. ... (2). Apelación.- Si se interpusiese recurso de apelación del auto de llamamiento a juicio, la orden de detención obligada no será suspendida.

Art. 4. Agréguese en el Art. 254, a continuación de la frase “Si estuviera bajo prisión preventiva”, el texto “o detención obligada”.

Este proyecto de ley atenta contra la coherencia intrínseca del ordenamiento jurídico que Zagrebelsky propugna, un sistema jurídico que “debe ser reconducible a principios y valores sustanciales unitarios”; en este caso, a la norma constitucional de la caducidad de la prisión preventiva y a los principios de progresividad y no regresividad en materia de derechos humanos,²² supremacía constitucional,²³ *pro homine*,²⁴ además que desconoce la existencia de un pronunciamiento del máximo órgano de control constitucional que declaró la inconstitucionalidad de la denominada “detención en firme.”

En un caso como éste, donde se presenta un proyecto de ley manifiestamente inconstitucional, el grupo social cuyo patrimonio jurídico está directamente amenazado; esto es, las personas privadas de la libertad, organizadas a nivel

²¹ Mediante oficio No. 062-ACVJ-09 de 5 de octubre de 2009.

²² Constitución de la República del Ecuador de 2008, Art. 11, numeral 8.

²³ Constitución de la República del Ecuador de 2008, Art. 424.

²⁴ Constitución de la República del Ecuador de 2008, Art. 11, numeral 5.

nacional en Comités de Internos e Internas, puede participar –de conformidad con la Constitución vigente– ante la comisión respectiva tan solo para expresar sus opiniones.

Este nivel de participación es manifiestamente insuficiente, ya que dichas opiniones no vinculan a la función legislativa; y, en el caso de que dicho proyecto se concretara en una ley, se cometerían violaciones de los derechos humanos a la libertad personal y al debido proceso; que, precisamente, una participación ciudadana eficaz en el procedimiento legislativo pudiera prevenir.

Como se ha indicado, el ordenamiento jurídico ha previsto únicamente control previo de constitucionalidad de los proyectos de ley por parte del Ejecutivo²⁵ y la autotutela del Legislativo, sin que el colectivo directamente afectado, pueda demandar directamente a la Corte Constitucional la realización de dicho control previo.

4. Propuesta para superar las limitaciones de la participación ciudadana en el proceso de formación de las leyes

Pisarello establece que el paradigma constitucional debe ser entendido como “el sistema de vínculos y controles a los poderes públicos y privados en beneficio de los derechos de las personas.”²⁶ En este caso, el sistema de control respecto de la constitucionalidad de proyectos de ley debe completarse con la participación de los grupos sociales en todas las etapas de formación de la ley para que se concreten sus derechos.

Esta participación en el procedimiento legislativo es necesaria más aún si consideramos la existencia de grupos sociales históricamente relegados de la participación política, entre los cuales se encuentran, por ejemplo, los grupos de atención prioritaria, con cuya concurrencia es indispensable contar para la garantía efectiva de sus derechos.

En ese sentido, es importante utilizar los mecanismos de la democracia participativa y deliberativa, debido a las deficiencias de la democracia representativa para garantizar la participación efectiva de estos grupos en el procedimiento legislativo.

El Estado constitucional tiene como forma privilegiada de partici-

²⁵ Constitución de la República del Ecuador de 2008, Art. 139.

²⁶ Gerardo Pisarello, “Globalización, Constitucionalismo y derechos: las vías del cosmopolitismo jurídico,” en Miguel Carbonell, *Estado constitucional y globalización*, México, Porrúa, 2003, p. 239.

pación política a la democracia deliberativa, la misma que es definida por Nino como “el proceso de diálogo y debate colectivo que permite adoptar decisiones mayoritarias,”²⁷ que salvaguarden la fuerza normativa de la Constitución y la vigencia de los derechos fundamentales; principalmente, como señala Gargarella, “de quienes pueden resultar afectados por esas decisiones”.²⁸

Respecto de la concepción de las decisiones mayoritarias, formulada por Nino, ya se indicó que tales decisiones mayoritarias tienen como límite los derechos fundamentales de las minorías.

En esta propuesta de considerar a la democracia deliberativa como marco para la participación ciudadana en el procedimiento legislativo, no se desconoce las limitaciones que conlleva su ejercicio; sin embargo de ello, coincidimos con Habermas en que “el procedimiento que representa la política deliberativa constituye la pieza nuclear del proceso democrático;”²⁹ a pesar de “las dificultades comunicativas, cognitivas y motivacionales a las que está sujeta la política deliberativa.”³⁰

Reconociendo, con Zagrebelsky, que “el derecho no puede separarse del ambiente cultural en que se halla inmerso y erigirse como sistema normativo independiente y autosuficiente; sino que es una parte, aunque importante, pero sólo una parte, nunca el todo,”³¹ es imprescindible que el Estado garantice, en el marco de la democracia deliberativa, la creación de mecanismos de participación ciudadana en todo el proceso de formación de proyectos de ley, respetando el principio constitucional de la interculturalidad,³² y que propicie la apertura al diálogo intercultural.

La interculturalidad es un principio constitucional que atiende a “la posibilidad de diálogo entre las culturas;”³³ es “la convivencia de culturas diferentes en su diferencia.”³⁴

²⁷ Carlos Santiago Nino, *La constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa Editorial, 1997, p. 180.

²⁸ Roberto Gargarella, “¿Judicialización de los derechos sociales?” en Marcelo Alegre y Roberto Gargarella, *El Derecho a la Igualdad, aportes para un constitucionalismo igualitario*, Buenos Aires, LexisNexis Argentina S.A., 2007, p. 131.

²⁹ Jürgen Habermas, *Facticidad y validez*, Madrid, Trotta, 1998, p. 372.

³⁰ *Ibidem*, p. 406.

³¹ Gustavo Zagrebelsky, *El derecho ...*, op.cit., p. 138.

³² Constitución de la República del Ecuador de 2008, Art. 1.

³³ Consejo Regional Indígena de Cauca, en Catherine Walsh, “Hacia una comprensión de la interculturalidad”, en *Tukari*, Guadalajara, 2009, p. 6.

³⁴ Patricio Guerrero, “La interculturalidad solo será posible desde la insurgencia de la ternura, notas para la aproximación a la interculturalidad”, en *Reflexiones sobre Interculturalidad*,

La realidad social está conformada por la interacción de distintas culturas, por lo que el Derecho debe propiciar los mecanismos para el reconocimiento de esta realidad y garantizar las condiciones que propicien el diálogo intercultural, a fin de que los derechos de todos puedan ser reconocidos, respetados y garantizados.

Este proceso de participación social intercultural entraña una voluntad de apertura de los distintos grupos sociales a escuchar a los otros y a compartir el espacio de deliberación democrática, con la finalidad de construir propuestas consensuadas ante la Función Legislativa cuando se delibera un proyecto de ley.

Esta Función, igualmente, debe tener la voluntad política de crear las condiciones objetivas para reconocer, respetar y garantizar que la participación y deliberación en el procedimiento legislativo de los diferentes grupos sociales se realice en el marco de la interculturalidad.

5. Criterios para la participación ciudadana en el proceso de formación de las leyes

Como se ha señalado, el proceso de formación de las leyes debe constituir un espacio donde se plasme la democracia deliberativa con plena participación ciudadana, en el marco del diálogo intercultural.

Los criterios que se consideran prioritarios para la participación de los grupos sociales en la deliberación de proyectos de ley son que los grupos sociales enfrenten situaciones de discriminación histórica a nivel político, económico, social o cultural,³⁵ y que acrediten que su patrimonio jurídico³⁶ está directamente amenazado por el contenido inconstitucional de un proyecto de ley.

Las condiciones objetivas que deben ser creadas por el Estado para el ejercicio del derecho a la participación ciudadana en el proceso de generación de las leyes, pasan por considerar el establecer la obligatoriedad de contar con la ciudadanía en todas las etapas del procedimiento legislativo y que las opiniones y aportes expresados sean debidamente atendidos, valorados y admitidos cuando defienden la vigencia de los valores, principios y derechos constitucionales.

Para lo cual, el Legislativo deberá convocar a los colectivos interesados en la tramitación del proyecto de ley, dejando autonomía para que éstos nom-

Escuela de Antropología Aplicada, Quito, Universidad Politécnica Salesiana, 1999, p. 9.

³⁵ María Luisa Rodríguez Peñaranda, *Minorías, acción pública de inconstitucionalidad y democracia deliberativa*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 28.

³⁶ Gustavo Zagrebelsky, *El Derecho, op.cit.*, p 55.

bren a su representante, a fin de que se les escuche y se atienda sus peticiones.³⁷

El Legislativo deberá integrar, de manera obligatoria, en el caso de expedirse la ley, en su versión definitiva, los criterios y argumentos de los grupos sociales participantes que promuevan y defiendan los valores, principios y derechos constitucionales; o, si los argumentos presentados por los grupos sociales son contrarios y suficientemente fundamentados, el Legislativo deberá abstenerse de expedir la ley.

6. Control previo de constitucionalidad de proyectos de ley por parte de la ciudadanía como garantía de la vigencia del derecho a la participación social en el proceso de formación de las leyes

En el caso de que el Estado no hubiere respetado, ni garantizado las condiciones objetivas para la participación de la ciudadanía en el proceso de formación de las leyes; es decir, cuando no ha convocado a los grupos sociales directamente interesados; no ha respetado su autonomía en la designación de sus legítimos representantes; no ha propiciado el diálogo intercultural entre los diferentes grupos; no los ha escuchado; o no ha tomado en consideración sus criterios para la determinación de los contenidos de la ley, estos grupos podrán ser titulares legítimos de la acción de inconstitucionalidad del proyecto de ley, que deberá ser conocida, con prioridad, por la Corte Constitucional.

Se reconoce así, a este control previo, la calidad de garantía de cumplimiento de todo el proceso de democracia deliberativa y participación ciudadana en la formación de las leyes.³⁸

La Corte Constitucional, al realizar el control previo, tendrá como obligación el prevenir que nazca al mundo jurídico una ley contraria a la supremacía y fuerza normativa de la Constitución, y cuyos contenidos amenacen los derechos humanos.

A la par, este nuevo tipo de control constitucional permitirá que la Función Legislativa actúe respetando y garantizando el derecho a la participación de la ciudadanía; a la vez que será una nueva herramienta para la prevención de violaciones a los derechos humanos.

La doctrina reconoce el rol de garantía que cumple la Función Jurisdiccional cuando los mecanismos de participación ciudadana ante el Poder Legis-

³⁷ Claudia Storini, docente de la materia de Argumentación Jurídica, tutoría de 9 de abril de 2010.

³⁸ Claudia Storini, tutoría de 9 de abril de 2010.

lativo han resultado ineficaces. Así, Pisarello señala que:

los espacios jurisdiccionales pueden concebirse como canales de crítica y disputa de actuaciones públicas y privadas vulneradoras de derechos; [...] sobre todo, cuando las sedes políticas ordinarias se encuentran bloqueadas y no ofrecen respuestas adecuadas para las minorías vulnerables, o para los grupos en situación de mayor urgencia.³⁹

Antonio Peña Freire comparte esta posición, al señalar a “la función de tutela judicial efectiva como un mecanismo para la defensa de los individuos, de las minorías y de sus derechos frente a la acción política mayoritaria, y para la expresión política de derechos e intereses olvidados por el legislador en sus valoraciones políticas.”⁴⁰

7. Control previo de constitucionalidad de proyectos de ley como *ultima ratio*.

El control previo de constitucionalidad de proyectos de ley debe ser ejercido por parte de los grupos sociales directamente interesados en el proyecto de ley, estricta y únicamente, cuando el Poder Legislativo no ha respetado las condiciones descritas en el acápite anterior; de lo contrario, se puede abrir un espacio para que otros grupos la utilicen con la finalidad de impedir la expedición de leyes; incluso, cuando en su tramitación se ha cumplido con los requisitos de participación ciudadana y cuando el contenido material del proyecto es constitucional.

Con este tipo de control previo de constitucionalidad se pretende además satisfacer la exigencia de justicia sustantiva a fin de que las normas legales tengan un carácter razonable y no arbitrario, lo que lleva a la equidad y a la justicia.⁴¹

8. Bibliografía

Código de Procedimiento Penal.

Consejo Regional Indígena de Cauca, citado por Catherine Walsh, “Hacia una comprensión de la interculturalidad”, en *Tukari*, Guadalajara, 2009.

³⁹ Gerardo Pisarello, “Los derechos ...”, *op.cit.*, p. 125.

⁴⁰ Antonio Peña Freire, “La garantía en los procesos jurídicos, la garantía en el momento judicial del Estado,” en *La garantía en el Estado constitucional de derecho*, Madrid, Trotta, 1997, p. 241.

⁴¹ Gustavo Zagrebelsky, *El Derecho ...*, *op.cit.*, p. 148.

- Constitución de la República del Ecuador de 2008.
- Constitución Política de la República del Ecuador, 1998.
- Convención Americana de Derechos Humanos.
- Gargarella, Roberto, “¿Judicialización de los derechos sociales?” en Marcelo Alegre y Roberto Gargarella, *El Derecho a la Igualdad, aportes para un constitucionalismo igualitario*, Buenos Aires, LexisNexis Argentina S.A., 2007.
- Guerrero, Patricio, “La interculturalidad solo será posible desde la insurgencia de la ternura, notas para la aproximación a la interculturalidad”, en *Reflexiones sobre Interculturalidad*, Quito, Universidad Politécnica Salesiana/ Escuela de Antropología Aplicada, 1999.
- Grijalva, Agustín, “Independencia, acceso y eficiencia de la justicia constitucional en Ecuador,” en Varios, *Un cambio ineludible: La Corte Constitucional*, Quito, Tribunal Constitucional, 2007.
- Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez*, Madrid, Trotta, 1998.
- Nino, Carlos Santiago, *La constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa Editorial, 1997.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- Peña Freire, Antonio, “La garantía en los procesos jurídicos, la garantía en el momento judicial del Estado,” en *La garantía en el Estado constitucional de derecho*, Madrid, Trotta, 1997.
- Pisarello, Gerardo, “Globalización, Constitucionalismo y derechos: las vías del cosmopolitismo jurídico,” en Miguel Carbonell, *Estado constitucional y globalización*, México, Porrúa, 2003.
- Pisarello, Gerardo, “Los Derechos sociales y sus garantías: por una reconstrucción democrática, participativa y multinivel,” en *Los Derechos Sociales y sus garantías, elementos para una reconstrucción*, Madrid, Trotta, 2007.
- Rodríguez Peñaranda, María Luisa, *Minorías, acción pública de inconstitucionalidad y democracia deliberativa*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005.
- Storini, Claudia, docente de la materia de Argumentación Jurídica, tutoría de 9 de abril de 2010.
- Tribunal Constitucional del Ecuador, resolución No. 002-2003-DI de 18 de noviembre de 2003.
- Tribunal Constitucional del Ecuador, resolución No. 02-2005-TC, de 26 de septiembre de 2006.
- Zagrebelsky, Gustavo, *El Derecho Dúctil*, Madrid, Trotta, 4a. ed., 2002.

La Defensoría del Pueblo del Ecuador.

Un nuevo modelo de gestión para la promoción y protección de derechos

Patricio Benalcázar Alarcón

“La responsabilidad de tutelar los DD.HH y derechos de la naturaleza tiene como prólogo sustantivo la independencia y la ética, pues, muchos de los conflictos, significarán confrontar el poder social, institucional o corporativo; allí se pondrá en juego la capacidad de liderazgo y coherencia de quien tenga la responsabilidad política de la Institución Nacional de Derechos Humanos en el Ecuador”.

Sumario

1. Antecedentes necesarios. **1.1.** Breve historial. **1.2.** Su historia en Ecuador. **2.** Los Derechos tutelados por la Defensoría del Pueblo. **3.** Atribuciones constitucionales. **3.1.** Patrocinio de las garantías jurisdiccionales y medidas cautelares y amicus curiae. **3.2.** Las medidas de cumplimiento obligatorio. **3.3.** Pronunciamientos públicos sobre acciones u omisiones que afecten o vulneren los derechos humanos o de la naturaleza. **3.4.** Propuesta para la discusión ¿Qué son los Informes Defensoriales? **3.4.1.** Informes Generales. **3.4.2.** Informes Temáticos. **3.4.3.** Informes de Seguimiento. **3.5.** La vigilancia del debido proceso y la lucha contra la tortura, el trato cruel, inhumano y degradante. **3.6.** Nuevas atribuciones defensoriales. **4.** Referentes de la nueva gestión defensorial. **5.** Bibliografía.

1. Antecedentes necesarios

1.1. Breve historial

La historia de las Instituciones Nacionales de Derechos Humanos, se remonta al referente europeo denominado Ombudsman escandinavo, el mismo que se constitucionaliza en 1809 en Suecia y cuyo mandato estaba dirigido a “controlar

los excesos de la Administración y la Justicia”,¹ esta representación lo hace al servicio directo de las personas y aunque sus decisiones no tengan poder jurídicamente vinculante, su accionar es complementario a los órganos de justicia. La ampliación de esta institución, cobra mayor énfasis luego de la segunda guerra mundial y en directa respuesta a las consecuencias que generó el fascismo en Europa.

Luego de la Segunda Guerra Mundial, podemos hablar de su universalización al ser incorporada a diversos ordenamientos jurídicos. Así tenemos en Gran Bretaña el “Parliamentary Commissioner for Administration”, en Francia el “Mediateur”, en Portugal el “Provedor de Justicia” y en España el “Defensor del Pueblo.”²

La incorporación del Defensor del Pueblo en España es necesario revisarla, pues es el referente para el desarrollo de esta institución en América Latina. La Constitución española prevé “que se trata de un Comisionado Parlamentario [...] con poderes de investigación sobre todas las Administraciones Públicas y con especial énfasis en la protección de los derechos fundamentales de las personas, además del control ordinario de la Administración y dando cuenta al Parlamento de su gestión. Por otra parte, la propia Constitución le reconoce y otorga la legitimación para recurrir ante el Tribunal Constitucional, tanto interponiendo el recurso de amparo en defensa de derechos individuales vulnerados, como el de inconstitucionalidad contra las normas legales que violen la Norma Fundamental, al tiempo que le posibilita para concurrir ante los tribunales ordinarios a través del hábeas corpus.”³

En América Latina, los antecedentes históricos de esta “figura” datan del siglo XI a XVI y conforme lo relata el profesor Alvaro Gil Robles, ex Defensor del Pueblo de España, en el Imperio Inca, “actuaba el Tucuyricuy (el que todo lo ve) encargado de vigilar la compleja administración y funcionamiento burocrático del Consejo Imperial”,⁴ comunicando sus informes a las jerarquías

¹ Gil Robles, Alvaro, *El Defensor del Pueblo y su impacto en España y América Latina. Antología Básica en Derechos Humanos*, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1994, p. 438.

² Red de Abogados del Instituto Regional de Asesoría en Derechos Humanos (INREDH), *La Defensoría del Pueblo. Aportes para la Paz*, Quito, Servicio Paz y Justicia del Ecuador, 1997, p. 35.

³ *Ibíd.*, p. 442.

⁴ *Ibíd.*, p. 448.

superiores del imperio, quienes podían destituir a los funcionarios en base a estos.

En la época de la colonia, el rol jugado por Fray Bartolomé de las Casas, dio lugar a la institucionalización del Protector de los Indios en el marco de la Cédula Real de 17 de septiembre de 1516. “De igual manera se dio este tipo de administración durante la época de la conquista y dominación española en el continente americano dentro del Cabildo. Fue la base jurídica y política para la consolidación del nuevo sistema y la organización social en la época de la colonia, la figura del ‘Procurador General’, en todas las ciudades, villas y poblados de las Indias. A decir de Robert Vega, podían nombrar un Procurador General, con la finalidad de velar por los intereses, derechos y justicia del pueblo frente al poder real.”⁵

En la época republicana, el referente más cercano lo tenemos en México, a través del llamado “Procurador de Pobres” que fue creado en 1847 e “integrado por tres Procuradores designados por el Gobierno. Tenían como función principal actuar en defensa de las víctimas de las injusticias y abusos de las autoridades.”⁶

Con la influencia del Defensor del Pueblo de España, consagrado constitucionalmente en 1978, se inicia un proceso en América Latina para incorporar esta figura; así Guatemala en 1985 (Procurador de Derechos Humanos), México en 1990 (Comisión Nacional de Derechos Humanos), en 1991 El Salvador (Procuraduría de Derechos Humanos) y Colombia (Defensor del Pueblo), Perú 1993.

Un hito importante a nivel internacional constituye la reunión técnica internacional relativa a las instituciones nacionales de derechos humanos (INDH), promovida en octubre de 1991 por el Centro de Derechos Humanos de Naciones Unidas, a la cual acudieron las INDH, Estados, las Naciones Unidas, organismos intergubernamentales y organizaciones no gubernamentales.

Este encuentro, tuvo como resultado la formulación de un conjunto de recomendaciones sobre la función y composición de las INDH, las cuales fueron tomadas por la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas en marzo de 1992, y que son los denominados Principios de París.

Debo destacar que los Principios de París, determinan con precisión que la competencia de las INDH está dirigida a la promoción y protección de derechos humanos, lo cual se amplía en Ecuador de cara a los derechos de la naturaleza; destacan también su carácter de órgano independiente y plural y

⁵ Red de Abogados del Instituto Regional de Asesoría en Derechos Humanos (INREDH), *La Defensoría del Pueblo*, p. 38.

⁶ *Ibíd.*, p. 38 y 39.

sugiere diversas atribuciones tanto en lo relativo a la atención de casos, como a su capacidad propositiva en la observancia de las políticas públicas.

1.2. Su historia en Ecuador

“Durante el Régimen del Arquitecto Sixto Durán Ballén (1994 – 1998) se presentó un conjunto de propuestas dirigidas a reformar distintas normativas y principios consagrados en la Constitución Política del Ecuador”;⁷ entre otras la de crear una institución especializada en promover, proteger y defender los derechos constitucionales. Las propuestas de reforma fueron presentadas por un grupo de notables en representación del Presidente de la República y del Foro Democrático a nombre de los movimientos sociales.

Las organizaciones de derechos humanos participamos activamente en este espacio, pero no llegamos a proponer y menos aún, concebir la institución de la Defensoría del Pueblo, el Procurador de Derechos Humanos o como quiera llamarse, bajo una perspectiva de mayor profundidad histórica, recogiendo experiencias vividas en nuestro continente, con una estructura y un funcionamiento concebido acorde a la realidad ecuatoriana.⁸

Lo mencionado se evidencia, puesto que el grupo de Notables designados por el Presidente de la República, concebían a la Defensoría del Pueblo como una instancia con especificidad funcional y programática; mientras el Foro Democrático lo concebía como una instancia dependiente del Tribunal de Garantías Constitucionales.⁹

Finalmente, el Congreso Nacional incorporó la figura de la Defensoría del Pueblo en la Constitución (Art. 29 de la codificación constitucional), como una institución gubernamental con autonomía política, económica y administrativa, con jurisdicción nacional, con la atribución de patrocinar recursos constitucionales que garanticen la vigencia y protección de los derechos humanos, como el hábeas corpus, hábeas data, recurso de amparo.

Su representante el Defensor del Pueblo, tendrá que cumplir con los mismos requisitos exigidos para ser magistrado de la Corte Suprema de Justicia y será elegido por el Congreso Nacional.

Las reformas constitucionales provenientes de la Asamblea Constituyente

⁷ *Ibíd.*, p. 41.

⁸ *Ibíd.*, p. 43.

⁹ *Ibíd.*

de 1997 y que dieron como resultado la Constitución de 1998, mantienen la figura de la Defensoría del Pueblo dentro del Capítulo VI, relativo a las Garantías de los Derechos; lo cual responde a la doctrina del mismo nombre; y en este caso de las Garantías Institucionales de los mismos, concibiendo a esta institución en los siguientes términos:

Art. 96. Habrá un Defensor del Pueblo, con jurisdicción nacional, para promover y patrocinar el hábeas corpus y la acción de amparo de las personas que lo requieran; defender y excitar la observancia de los derechos fundamentales que esta Constitución garantiza; observar la calidad de los servicios públicos y ejercer las demás funciones que le asigne la ley.

El Defensor del Pueblo, reunirá los mismos requisitos exigidos para ser magistrado de la Corte Suprema de Justicia; será elegido por el Congreso Nacional de fuera de su seno, con el voto favorable de las dos terceras partes de sus miembros, luego de haber escuchado a las organizaciones de derechos humanos legalmente reconocidas. Desempeñará sus funciones durante cinco años, podrá ser reelegido por una sola vez, y rendirá informe anual de labores al Congreso Nacional.

Durante 10 años, la Defensoría del Pueblo desempeño sus funciones en base al mandato Constitucional de 1998; sin embargo, contaba desde 1997 con la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo, que fue expedida por el Congreso Nacional el 21 de enero de 1997 y que entró en vigencia por el ministerio de la ley a partir de su publicación en el Registro Oficial No. 7 de 20 de febrero de 1997.

Durante este período ha desarrollado normativa de orden interno y reglamentario que establece los procedimientos para su funcionamiento, es así como en base a la Resolución No. 012-D-DP-1998, publicada en el Registro Oficial No. 72 del 23 de noviembre de 1998 expidió el Reglamento de Trámite de Quejas, Recursos Constitucionales y de las Demandas de Inconstitucionalidad de competencia del Defensor del Pueblo, actualizado por la Resolución No.002-D-DP-2003, de 7 de enero de 2003.

Con la llegada al poder del Presidente Rafael Correa Delgado, y como parte de su promesa de campaña, el 15 de abril de 2007, el Tribunal Supremo Electoral 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 ecuatorianas y ecuatorianos aprobamos la instau-

ración de una Asamblea Constituyente de plenos poderes.

La Asamblea Constituyente una vez instalada se organizó a través de 10 mesas de trabajo; la mesa 1 estuvo encargada de desarrollar lo relativo a “Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales”; en la cual se debatió el tema relativo a la Defensoría del Pueblo. Vale mencionar que cada mesa estaba compuesta por 13 miembros que representaban a las diversas fuerzas políticas presentes en la Asamblea. La Asamblea Constituyente 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 el país e incluso se realizó una video conferencia con las ecuatorianas y ecuatorianos en el exterior, domiciliadas en América Latina, Europa y EE.UU.; hechos sin precedentes en la historia constitucional del Ecuador.

El 5 de julio de 2008, la subcomisión de asambleístas¹⁰ nombrados por los miembros de la Mesa 1, presentaron al Presidente de la Asamblea Constituyente, Arquitecto Fernando Cordero, el texto discutido en segundo debate para que se la presente al pleno y se tramite su aprobación final.

El texto presentado fue el siguiente:

Art. 1. La Defensoría del Pueblo es un órgano de derecho público, con jurisdicción nacional, personería jurídica y autonomía administrativa y financiera. Su titular es el Defensor del Pueblo.

Funciona de manera desconcentrada a través de sus delegados en cada provincia y en el extranjero.

Art. 2. Corresponde a la Defensoría del Pueblo proteger y tutelar el cumplimiento de los derechos humanos de los habitantes del Ecuador y la defensa de los derechos de los ecuatorianos y ecuatorianas que están fuera del país. Son sus funciones, a más de las establecidas en la ley, las siguientes:

1.- El patrocinio de oficio o a petición de parte de las acciones de amparo constitucional, hábeas corpus, acceso a la información pública, hábeas data, incumplimiento, tutela defensorial, acción ciudadana y los reclamos por la mala calidad o indebida prestación de los servicios públicos y privados.

2.- Emitir medidas de cumplimiento obligatorio e inmediato en materia de protección de los Derechos Humanos; y solicitar juzgamiento y sanción ante la autoridad competente, por sus incumplimientos.

3.- Investigar, hacer seguimiento y emitir disposiciones sobre las acciones y omisiones de las personas naturales o jurídicas que presten servicios públicos.

¹⁰ Jaime Abril, Rosana Alvarado y Carlos Pilamunga.

4.- Ejercer y promover la vigilancia del debido proceso y prevenirla. Impedir de manera inmediata la tortura, el trato cruel, inhumano y degradante en todas sus formas.

Art. 3. Para ser designado Defensor del Pueblo es necesario cumplir con los mismos requisitos exigidos para los magistrados de la Corte Nacional de Justicia; acreditar amplia trayectoria en la defensa de los derechos humanos. El Defensor del Pueblo tiene fuero de Corte Nacional de Justicia y goza de inmunidad en los términos establecidos por la ley.

Finalmente el texto aprobado por la Asamblea Constituyente y ratificado en el referéndum aprobatorio del 28 de septiembre de 2008 y en vigencia desde el 20 de octubre de 2008 fue el siguiente:

Art. 214. La Defensoría del Pueblo será un órgano de derecho público con jurisdicción nacional, personalidad jurídica y autonomía administrativa y financiera. Su estructura será desconcentrada y tendrá delegados en cada provincia y en el exterior.

Art. 215. La Defensoría del Pueblo tendrá como funciones 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. Serán sus atribuciones, además de las establecidas en la ley, las siguientes:

1.- El patrocinio, de oficio o a petición de parte, de las acciones de protección, hábeas corpus, acceso a la información pública, hábeas data, incumplimiento, acción ciudadana y los reclamos por mala calidad o indebida prestación de los servicios públicos o privados.

2.- Emitir medidas de cumplimiento obligatorio e inmediato en materia de protección de los derechos, y solicitar juzgamiento y sanción ante la autoridad competente, por sus incumplimientos.

3.- Investigar y resolver, en el marco de sus atribuciones, sobre acciones u omisiones de personas naturales o jurídicas que presten servicios públicos.

4.- Ejercer y promover la vigilancia del debido proceso y prevenir, e impedir de inmediato la tortura, el trato cruel, inhumano y degradante en todas sus formas.

Art. 216. Para ser designado Defensora o Defensor del Pueblo será necesario cumplir con los mismos requisitos exigidos para las juezas o jueces de la Corte Nacional de Justicia y acreditar amplia trayectoria en la defensa de los derechos humanos. La Defensora o Defensor del Pueblo tendrá fuero de Corte Nacional de Justicia y gozará de inmunidad en los términos que establezca la ley.

El análisis de su contenido lo abordaremos posteriormente.

2. Los Derechos tutelados por la Defensoría del Pueblo

La Constitución de la República incorpora a la Defensoría del Pueblo como la institución cuyo mandato es 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; además, la hace parte de la Función de Transparencia y Control Social.

Las implicaciones de este mandato constitucional son varias, la primera tiene relación con la competencia de la Defensoría del Pueblo de tutelar los derechos desarrollados en la Constitución a partir de los principios de aplicación de los mismos, lo que incluye los derechos del buen vivir;¹¹ los derechos de las personas y grupos de atención prioritaria;¹² los derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades; los derechos de participación; los derechos de libertad; los *derechos de la naturaleza*; y los derechos de protección.

El catálogo de los derechos constitucionales hace relación a aquellos denominados *derechos humanos*; sin embargo, la mención de los *derechos de la naturaleza da un giro cualitativo en el tratamiento de éstos*, porque el sujeto de derechos ya no es el ser humano, lo que rompe la lógica antropocéntrica matriz de la construcción de las sociedades humanas. Es en esta parte donde se evidencia una segunda implicación para el trabajo tutelar de la Defensoría del Pueblo, es decir, incorporar como sujeto de derechos y por lo tanto de protección a la *naturaleza*, lo que demanda un replanteamiento conceptual y material, tarea no solo para la Defensoría, sino para la sociedad e institucionalidad ecuatoriana en su conjunto.

Por otra parte, la protección de los derechos de los habitantes del Ecuador, le obliga a velar por los derechos humanos de todas las personas, sin importar su condición; especial atención deberá tomarse en el caso de las personas de otro origen nacional, cualquiera sea su situación jurídica, regular o irregular de cara a la legislación nacional.

Así mismo, el mandato constitucional hace relación a la defensa de los derechos de las ecuatorianas y ecuatorianos que estén fuera del país. Al respecto surgen algunas interrogantes: ¿Es que la Constitución otorga jurisdicción y competencia extraterritorial a la Defensoría del Pueblo? ¿Estará facultada esta

¹¹ Agua y alimentos; ambiente sano; comunicación e información; cultura y ciencia; educación; hábitat y vivienda; salud; trabajo y seguridad social.

¹² Adultas y adultos mayores; jóvenes; movilidad humana; mujeres embarazadas, niños, niñas y adolescentes; personas con discapacidad; personas con enfermedades catastróficas; personas privadas de libertad; personas usuarias y consumidoras.

institución por sí y ante sí para intervenir a favor de nuestros compatriotas ante autoridades de los países de tránsito o destino? ¿la defensa de los derechos enunciada hace relación a todos los derechos o cuando se hayan vulnerado los derechos humanos?

Estas interrogantes y otras aún están presentes después de dos años de aprobada la Constitución de Montecristi; sin embargo, a nuestro entender la protección de los *derechos humanos* es extraterritorial en virtud del desarrollo de los mismos en el marco de la comunidad internacional y por el conjunto de obligaciones que los Estados se han planteado de cara a las personas que habitan sus territorios.¹³

Hay que afirmar que la obligación de protección de los derechos humanos de las ecuatorianas y ecuatorianos que están fuera del país, es una obligación del Estado ecuatoriano frente a la comunidad internacional y frente a los países sean de tránsito o destino migratorio, esto significa que el Estado ecuatoriano puede actuar legítimamente para resguardar los derechos humanos de sus nacionales a través de los canales e institucionalidad reconocida para el efecto, en otras palabras, a través de la representación oficial diplomática o consular existente; en ese sentido, el rol de la Defensoría del Pueblo como de cualquier otra institución es coadyuvante y cuando sea del caso de observancia a nuestra institucionalidad, cuando sus acciones u omisiones den lugar a la vulneración de los derechos humanos en cualquier país del mundo.

Debemos reiterar que la representación consular y diplomática del Ecuador está legitimada en el Derecho Constitucional, Internacional y legislación secundaria, para velar por los intereses y derechos de los nacionales en otros países; además por razones de orden práctico y capacidad institucional, la presencia del país en más de 170 lugares en el mundo, es posible gracias a la presencia de cónsules rentados o *ad honorem*, con quienes instituciones con rango Constitucional como la Defensoría del Pueblo u otras instancias creadas por decreto por los gobiernos de turno en el país, y cuyo mandato sea velar por nuestros compatriotas en el exterior, debemos coordinar y cooperar.

Lo mencionado anteriormente, deberá garantizar la conformación de un sistema integrado e interinstitucional de protección y promoción de los derechos

¹³ Aunque debemos reconocer que pese a estos avances, los Estados aplican y con firmeza el principio de “soberanía”, las razones de “seguridad nacional”, el otorgamiento de “ciudadanía” o no a los “no nacionales” bajo sus propias regulaciones nacionales o máximo regionales; en fin, las concepciones del Estado – nación superviven fuertemente inclusive en nuestro país, pese a las proclamas de “ciudadanía universal” que ya tienen rango constitucional.

humanos de las ecuatorianas y ecuatorianos que se encuentren en el exterior, liderado por el servicio exterior ecuatoriano. Esta perspectiva debería plasmarse con la elaboración de protocolos de intervención en diversos ámbitos y temáticas.

3. Atribuciones constitucionales

3.1. Patrocinio de las garantías jurisdiccionales y medidas cautelares y *amicus curiae*

La Constitución de la República en el artículo 215 establece las atribuciones¹⁴ defensoriales y destaca de manera particular:

El patrocinio, de oficio o a petición de parte, de las acciones de protección, habeas corpus, acceso a la información pública, habeas data, incumplimiento, acción ciudadana y los reclamos por mala calidad o indebida prestación de los servicios públicos o privados.

Esta atribución constitucional hace relación a las acciones de rango constitucional dirigidas a la protección eficaz e inmediata de los derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos y en consecuencia la demanda de reparación integral por los daños ilegítimos que se hayan producido contra las personas, los pueblos, las nacionalidades, las colectividades y la naturaleza.

La Constitución de la República en el artículo 215.1 y la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional en el artículo 9 literal b) le otorgan la denominada legitimación activa a la Defensoría del Pueblo por la cual de oficio o a petición de parte la institución nacional de derechos humanos podrá accionar en el sistema de justicia las garantías jurisdiccionales.

Debo destacar que en el marco teórico y jurídico de las garantías constitucionales, se encuentran las denominadas *medidas cautelares*, conforme lo prescribe el artículo 87 de la Constitución de la República en concordancia con lo dispuesto en el artículo 26 y siguientes de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, por lo cual la Defensoría del Pueblo podrá accionar ante la Administración de Justicia, de manera independiente o

¹⁴ La Constitución de la República faculta también a la Defensoría del Pueblo para presentar proyectos de ley, conforme lo dispone el artículo 134 numeral 4 en el ámbito de sus competencias.

conjunta con las acciones jurisdiccionales estas medidas. Las medidas cautelares están dirigidas a evitar o cesar la amenaza o violación de los derechos reconocidos en la Constitución y en instrumentos internacionales sobre derechos humanos; hay que destacar que el otorgamiento de las medidas cautelares, no constituye prejuzgamiento de fondo sobre los casos en concreto, ni tendrán valor probatorio en el caso de existir una violación de derechos.

Por otra parte, la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en el artículo 12 desarrolla la figura del *Amicus Curiae*, entendido como la comparecencia de terceros interesados en una causa en el marco de las garantías jurisdiccionales; pero también el artículo 85 y siguientes de la misma ley orgánica prevé que cualquier persona podrá intervenir para defender o impugnar la constitucionalidad de las disposiciones jurídicas demandadas en relación del control abstracto de constitucionalidad. En consecuencia, la Defensoría del Pueblo tiene la facultad de actuar como tercero interesado en este tipo de casos, cuando sea requerido o cuando lo considere pertinente.

Estas facultades constitucionales, son el primer referente para la acción defensorial; en el caso de las garantías jurisdiccionales, se cuenta ya con un marco legal y procedimental a través de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional aprobada por la Asamblea Nacional.

3.2. Las medidas de cumplimiento obligatorio

La Constitución de la República en el artículo 215.2 incluye como atribución constitucional:

2. Emitir medidas de cumplimiento obligatorio e inmediato en materia de protección de los derechos, y solicitar juzgamiento y sanción ante la autoridad competente, por sus incumplimientos.

Esta atribución constituye un hecho *sui generis* en el marco de las facultades de las instituciones nacionales de derechos humanos en América Latina y en el mundo; pues el poderoso valor vinculante de estas medidas, cuyo carácter es constitucional, coloca a la Defensoría del Pueblo al nivel de una autoridad *sendo* judicial. Es menester destacar que aún no se cuenta con un marco legal secundario que establezca directrices sobre las cuales se desarrolle esta atribución.

Quisiera exponer los puntos de vista de Francisco Hurtado, ex funcionario de la Defensoría del Pueblo, quien desarrolló un análisis detenido de esta atribución defensorial en diciembre de 2009.

[...]En el presente documento analizamos algunos elementos a tomar en cuenta para discutir y delinear qué entendemos por esta segunda facultad (en adelante medida de cumplimiento):

Principios de París y naturaleza de las Instituciones Nacionales de Derechos Humanos (INDH)

Los principios de París, reconocen de manera general que los dictámenes, informes, propuestas y recomendaciones que emiten las INDH tienen carácter consultivo, es decir no vinculante. Esta particularidad, que en muchos casos ha sido criticada, tiene su origen en la evolución histórica de estas instituciones.

En América Latina la principal función de las INDH se enmarca en la protección y tutela de los derechos humanos, y “no emplea directamente la coercitividad para el cumplimiento de sus recomendaciones, pues por su propia esencia y naturaleza, es una instancia que carece de atribuciones coercitivas o sancionadoras.”¹⁵

En efecto en ningún país existe precedente alguno sobre la posibilidad de dictar medidas de cumplimiento obligatorio.

Límites a la facultad de emitir medidas de cumplimiento

Para analizar esta facultad, resulta apropiado analizar aquellas facultades que han sido otorgadas a otras funciones, órganos o instituciones del Estado, las cuales no pueden ser asumidas o confundidas por la Defensoría del Pueblo en respeto al derecho a la seguridad jurídica (Art. 82 de la Constitución) en concordancia con el Art. 226 de la misma norma que establece que “las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúan en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley.”¹⁶

Estas funciones atribuidas a otras instituciones del Estado establecen límites jurídicos a la facultad de emitir medidas de cumplimiento:

Función Judicial.

La Constitución vigente dispone que “la potestad de administrar justicia emana

¹⁵ Hurtado, Francisco, *Competencias de la Defensoría del Pueblo*, documento inédito, 2009, p. 2.

¹⁶ Constitución de la República de Ecuador, Art. 226.

del pueblo y se ejerce por los órganos de la Función Judicial y por los demás órganos y funciones establecidos en la Constitución.”¹⁷ Tanto la Constitución¹⁸ como el Código Orgánico de la Función Judicial¹⁹ garantizan el principio de unidad jurisdiccional, en el que se prohíbe a que cualquier otra función u órgano del Estado ejercer funciones de justicia ordinaria. En consecuencia la facultad de emitir medidas de cumplimiento obligatorio e inmediato no pueden interferir en ningún proceso iniciado en sede judicial, menos aún modificar sentencias ejecutoriadas.

A mi entender, esta afirmación de Francisco Hurtado es correcta, pero si cuando por cualquier razón la Defensoría del Pueblo emite las medidas de cumplimiento obligatorio, previo al conocimiento de la causa por parte de la administración de justicia, estas deben ser respetadas, hasta cuando se resuelva el fondo del asunto en sede judicial.

Jurisdicción administrativa

Todas las personas tenemos derecho a dirigir quejas y peticiones individuales y colectivas ante cualquier autoridad²⁰ iniciando de ese modo un proceso administrativo que termina con la expedición de una resolución administrativa.²¹ Para ambos casos está prevista una etapa de impugnación.

Al respecto, la actual Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo vigente, en el Art. 18 contiene la prohibición de interferir mientras se sustancie un proceso administrativo, por lo que a la Defensoría tan sólo le compete vigilar el debido proceso.

Finalmente, si en caso una resolución administrativa ejecutoriada afecta derechos humanos, la Defensoría tiene facultad de iniciar cualquiera de las garantías jurisdiccionales que contiene la Constitución, como mecanismo efectivo para proteger derechos humanos.

La reflexión realizada anteriormente, respecto a la emisión de medidas de cumplimiento obligatorio por parte de la Defensoría del Pueblo, previo al inicio de procesos judiciales, cabe dentro de los procesos de carácter administrativo.

¹⁷ Constitución de la República de Ecuador, Art. 167.

¹⁸ Constitución de la República de Ecuador, Art. 168, numeral 3.

¹⁹ Código Orgánico de la Función Judicial, Art. 8.

²⁰ Constitución de la República de Ecuador, Art. 66 numeral 23.

²¹ La administración inicia en ciertos casos de oficio determinados procesos.

Jurisdicción Constitucional

La Corte Constitucional es el máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de la justicia constitucional, sus sentencias y autos tienen el carácter de definitivos e inapelables.²² En cuanto a las garantías jurisdiccionales previstas en la Constitución,²³ se reconoce legitimación activa a la Defensoría para su patrocinio²⁴, en concordancia con lo previsto en el Art. 9 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales.

Así, la jurisdicción constitucional se convierte en otro límite a la emisión de medidas de cumplimiento, puesto que la Defensoría no podría interferir mientras se resuelva una garantía jurisdiccional u otro proceso constitucional, sólo puede ser patrocinador de las mismas.

Adicionalmente, la Constitución reconoce dentro del capítulo de garantías jurisdiccionales la posibilidad 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.”²⁵

Al respecto la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional reconoce el derecho de cualquier persona a solicitar medidas cautelares²⁶ independiente o conjunta con cualquiera de las garantías jurisdiccionales. Por lo tanto, concluimos que, si el Art. 9 de la Ley Orgánica legitima al Defensor del Pueblo el patrocinio de las garantías jurisdiccionales, ha quedado legitimado para presentar medidas cautelares; por lo que la facultad de emitir medidas de cumplimiento no puede sustituir a la facultad de patrocinar medidas cautelares.

En general, el análisis de Hurtado busca garantizar que la seguridad jurídica y la potestad de administrar justicia constituyan el eje conductor para definir los límites de las medidas de cumplimiento obligatorio facultadas a la Defensoría del Pueblo; diré que en términos generales aquello es correcto; sin embargo, si las medidas de cumplimiento obligatorio son emitidas previo al inicio de cualquier acción jurisdiccional, a mi entender éstas deben ser respetadas hasta que se resuelva en sentencia el fondo de la causa. La fuerza de las medidas de cumplimiento obligatorio tiene carácter constitucional en materia de derechos

²² Constitución de la República de Ecuador, Arts. 429 y 440.

²³ Constitución de la República de Ecuador, Arts. 88, 89, 91, 92, 93 y 94.

²⁴ Constitución de la República de Ecuador, Art. 215 numeral 1.

²⁵ Constitución de la República de Ecuador, Art. 87.

²⁶ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, Arts. 26 a 38.

humanos; aunque por su procedencia son impugnables en sede contenciosa administrativa.

Recomendaciones para ejecutar las medidas de cumplimiento obligatorio

Tomando en cuenta los 3 límites jurídicos analizados, ahora analizamos en qué casos podría haber oportunidad de ejecutar esta medida, sin que represente interferencia en las facultades de otras funciones o instituciones del estado:

Precedentes jurisprudenciales de cumplimiento obligatorio

Tanto la Corte Nacional de Justicia como la Corte Constitucional tienen facultades para desarrollar el sistema de precedentes jurisprudenciales, la primera fundamentado en fallos de triple reiteración²⁷, y la segunda constituirá jurisprudencia vinculante²⁸ respecto de las garantías jurisdiccionales que resuelva y demás procesos constitucionales así como los casos seleccionados por la Corte para su revisión.

En los casos en que la Corte Constitucional o la Corte Nacional de Justicia hayan emitido estos precedentes jurisprudenciales, surge la posibilidad que aquellos que tengan que ver con la protección de derechos humanos, permitan a la Defensoría del Pueblo emitir una medida de cumplimiento obligatorio e inmediato de determinado precedente.

Para la emisión de esta medida debería tomarse en cuenta lo siguiente: Es obligatorio que el precedente del cual se va a exigir su cumplimiento tenga que ver con la protección de derechos humanos reconocidos en la Constitución y en tratados e instrumentos internacionales de derechos humanos.

Es obligatorio que se realice un análisis sobre la identidad fáctica entre el precedente judicial o constitucional de protección de derechos, si no es comprobada la Defensoría del Pueblo deberá abstenerse de dictar esta medida. Esta identidad está referida no sólo a los hechos sino también a los sujetos procesales.

Por ejemplo: Jurisprudencia obligatoria de la Corte Constitucional, la Corte ha seleccionado una resolución de acción de protección determinando obligatoriamente que un niño o niña nacida en Ecuador de padre o madre extranjera, tiene derecho a la nacionalidad ecuatoriana y la identidad, y por lo tanto incluye como contenido del derecho que la Dirección General del Registro Civil

²⁷ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, Art. 184, numeral 2.

²⁸ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, Art. 436, numeral 6.

y sus direcciones provinciales tienen la obligación de registrar a aquellos niños y niñas con la sola presentación de su documento nacional de identidad o pasaporte vigente, y prohíbe solicitar visa como requisito fundamental.

Queja presentada en la Defensoría del Pueblo: Un hombre cubano y su pareja ecuatoriana presentan una queja ante la negativa del Registro Civil de registrar a su hija nacida en Ecuador mientras la persona cubana no presente una visa o cédula de identidad de residente en Ecuador, pues su situación irregular impide el registro.

Debe tomar en cuenta lo previsto en el Art. 11 de la Constitución relativo a los principios de aplicación de los derechos.²⁹ En ese sentido no podría emitirse una medida de cumplimiento obligatorio de un precedente, cuando con posterioridad, el sistema universal o regional de derechos humanos, o las políticas públicas e incluso la ley eventualmente hayan superado progresivamente aquel precedente.

Deberán siempre ser motivadas en virtud de lo que establece en el literal l) del numeral 7 del Art. 76 de la Constitución.

Queda expresamente prohibido emitir medidas de cumplimiento obligatorio en caso de precedentes judiciales penales.

Delegación de cumplimiento de sentencias y acuerdos reparatorios

El Art. 21 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional permite que jueces y juezas deleguen a la Defensoría del Pueblo la ejecución y cumplimiento de las sentencias o acuerdos reparatorios que dicten al resolver garantías jurisdiccionales.

En el marco de esta competencia asignada a la Defensoría, esta podría ejecutarse bajo la forma de emisión de medidas de cumplimiento obligatorio e inmediato en materia de protección de derechos humanos.

En este caso la Defensoría no puede ordenar más allá de lo dispuesto por la sentencia o acuerdo reparatorio, y deberá motivar cada una de las medidas que dicte en cumplimiento de la delegación del juez o jueza.

Deberé insistir que la Defensoría del Pueblo, tiene una tercera opción para emitir las medidas de cumplimiento obligatorio y que nace del mandato constitucional y por *mutuo propio*, es decir, cuando los hechos que afecten o

²⁹ Principalmente el obligatorio e inmediato de los derechos, la prohibición de que las normas jurídicas inferiores limiten su ejercicio, el principio *pro homine*, el principio de cláusula abierta y el principio de progresividad.

vulneren los derechos humanos sean graves, inminentes y puedan ocasionar consecuencias irreparables. Estas medidas deberán ser emitidas, si no se hubiere interpuesto acciones constitucionales previamente deberán mantenerse y acatarse mientras no se resuelva el fondo de la causa en sede judicial o administrativa.

3.3. Pronunciamientos públicos sobre acciones u omisiones que afecten o vulneren los derechos humanos o de la naturaleza

El artículo 215.1 y 215.3 establecen; el primero en su última parte: *“y los reclamos por mala calidad o indebida prestación de los servicios públicos o privados”*; y, el segundo: *“Investigar y resolver, en el marco de sus atribuciones, sobre acciones u omisiones de personas naturales o jurídicas que presten servicios públicos”*.

La Constitución de la República, en su artículo 225 establece quienes conforman el sector público; haciendo referencia a:

- Los organismos y dependencias de las funciones Ejecutiva, Legislativa, Judicial, Electoral y de Transparencia y Control Social.
- Las entidades del régimen autónomo descentralizado.
- Los organismos y entidades creados por la Constitución o por la ley para ejercer potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado.
- Las personas jurídicas creadas por acto normativo de los gobiernos autónomos descentralizados para la prestación de servicios públicos.

Todos estos organismos y entidades están sujetos a diversos controles; por ejemplo para el manejo de sus cuentas, por la conducta de sus funcionarias y funcionarios en el ejercicio de sus funciones y en el manejo de los recursos públicos, por la afectación o vulneración de los derechos humanos y de la naturaleza que sus actos u omisiones generen.

En este último caso, le compete a la Defensoría del Pueblo no solo realizar un control, sino pronunciarse públicamente, emitiendo criterios que constituirán doctrina para la defensa de los derechos humanos y de la naturaleza; dentro de dicho pronunciamiento podrá emitir censura pública en contra de los responsables materiales e intelectuales de actos o comportamientos contrarios a los derechos mencionados.

Por otra parte, para abordar el tema de los servicios públicos y privados, debemos mencionar que las personas usuarias y consumidoras se encuentran dentro de las personas y grupos de atención prioritaria previstas en la Constitución

de la República;³⁰ para el efecto es necesario revisar las atribuciones previstas en la Ley de Defensa del Consumidor a la Defensoría del Pueblo.

En primer lugar, debo destacar que la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, jerarquiza las disposiciones de la ley como de “orden público y de interés social”, lo cual les da un rango jurídica, social y políticamente trascendente.

En ese marco, la Defensoría del Pueblo tiene la facultad de “[...] conocer y pronunciarse motivadamente sobre los reclamos y las quejas, que presente cualquier consumidor, nacional o extranjero, que resida o este de paso en el país y que considere que ha sido directa o indirectamente afectado por la violación o inobservancia de los derechos fundamentales del consumidor [...]”.³¹

Frente a este tipo de causas, la Defensoría del Pueblo puede promover la utilización de mecanismos alternativos para la solución de conflictos, como la mediación; la misma que puede plantearse en cualquier parte del proceso investigativo que lleva la institución nacional de derechos humanos; sin embargo, de no llegarse a un acuerdo entre las partes, “La Defensoría del Pueblo elaborará un informe en base del cual solicitará a las autoridades competentes la iniciación del respectivo proceso investigativo del que se podrá desprender la imposición de las sanciones establecidas en la presente Ley, así como la exigencia de que se dé cumplimiento a la obligación pendiente.”³²

Debo aclarar, que el informe emitido por la Defensoría del Pueblo, es un insumo para que el Juez de Contravenciones en base a la sana crítica lo valore antes de tomar una decisión.

El pronunciamiento de la Defensoría del Pueblo a través de informes

En diciembre de 2009, la Adjuntía Segunda de la Defensoría del Pueblo, previo a la realización de un Encuentro Nacional de ésta institución, puso en consideración un documento denominado “Informes Generales, Temáticos y de Seguimiento”, como un aporte para la discusión de nuevas formas por las cuales puede pronunciarse la Defensoría, pongo a consideración parte de dicho documento:

Los principios de París fueron aprobados por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de diciembre de 1993, y son la fuente internacional que fija estándares normativos para las Instituciones Nacionales de Derechos

³⁰ Constitución de la República de Ecuador, Capítulo Tercero, art. 52 y s.

³¹ Ley de Defensa del Consumidor, art. 81.

³² Ley de Defensa del Consumidor, art. 83.

Humanos (INDH), en este caso la Defensoría del Pueblo.³³

Los principios de París, de manera expresa entre las atribuciones que sugiere para las Instituciones Nacionales de Derechos Humanos hacen relación a la elaboración de Informes en el sentido siguiente:

1. “Presentar a título consultivo... recomendaciones... e informes sobre todas las cuestiones relativas a la protección y promoción de derechos humanos...abarcarán las siguientes esferas:

- Todas las disposiciones de carácter legislativo y administrativo, así como las relativas a la organización judicial, destinadas a preservar y ampliar la protección de los derechos humanos; a este respecto, la institución nacional examinará la legislación y los textos administrativos en vigor, así como los proyectos y proposiciones de ley y hará las recomendaciones que considere apropiadas para garantizar que esos textos respeten los principios fundamentales en materia de derechos humanos; en caso necesario, la institución nacional recomendará la aprobación de una nueva legislación, la modificación de la legislación en vigor y la adopción de medidas administrativas o su modificación;
- Toda situación de violación de los derechos humanos de la cual decida ocuparse;
- La elaboración de informes sobre la situación nacional en materia de derechos humanos en general o sobre cuestiones más específicas;
- Señalar a la atención del Gobierno las situaciones de violación de los derechos humanos en cualquier parte del país, proponer medidas encaminadas a poner término a esas situaciones y, en su caso, emitir un dictamen sobre la posición y reacción del gobierno;”³⁴

Debate en la Asamblea Nacional Constituyente

En el primer informe de mayoría relativo al rol de la Defensoría del Pueblo, elaborado por la Mesa No. 1, con fecha 3 de junio de 2008, en relación a la facultad de elaborar informes, en la parte titulada “Fundamentación”, establece que: “*entre las funciones del Defensor del Pueblo se establecen algunas innovadoras como el investigar y*

³³ Hurtado, Francisco, *Competencias de la Defensoría del Pueblo*, documento inédito, 2009, p. 2.

³⁴ Organización de las Naciones Unidas, *Principios relativos al Estatuto y Funcionamiento de las Instituciones Nacionales de Protección y Promoción de los Derechos Humanos*, Ginebra, Centro de Derechos Humanos, 1991.

elaborar informes independientes sobre el estado de los derechos humanos y la adecuación de las normas y prácticas a los estándares internacionales de derechos humanos [...].”

Adicionalmente, la propuesta normativa en el primer debate respecto a las atribuciones defensoriales establece:

5. Investigar y elaborar informes independientes sobre el Estado de los Derechos Humanos y la adecuación de las normas y prácticas a los estándares internacionales de Derechos Humanos en el Ecuador.

El informe de mayoría presentado el 5 de julio de 2008 para el segundo debate incluye la siguiente modificación respecto al mismo texto aprobado en el primer debate:

3. Investigar, hacer seguimiento y emitir disposiciones sobre las acciones u omisiones de las personas naturales o jurídicas que presten servicios públicos.

Finalmente, el texto constitucional del artículo 215 aprobado establece:

3. Investigar y resolver, en el marco de sus atribuciones, sobre acciones u omisiones de personas naturales o jurídicas que presten servicios públicos.

Como se puede observar la discusión constituyente sustenta la necesidad de que la Defensoría del Pueblo elabore Informes independientes en materia de derechos humanos y cuando desarrolla los textos normativos desde el primer debate hasta la aprobación final lo hace mencionando la atribución de investigación, misma que puede derivar en el pronunciamiento defensorial por casos o situaciones concretas, como en recomendaciones producto de los informes que realice.

Normativa defensorial

- *Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo*

La ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo vigente, es muy escueta respecto a las atribuciones de la Defensoría del Pueblo para la elaboración de Informes Generales, Temáticos o de Seguimiento. La única referencia expresa sobre el tema

es la establecida en el artículo 8 literal p) que dispone: “*Informar anualmente al Congreso Nacional sobre la situación de los derechos humanos en el Ecuador y de las labores de la Defensoría del Pueblo. Los informes también podrán ser presentados en cualquier momento cuando la gravedad del caso lo exija o el Congreso Nacional lo requiera.*”

Esta situación amerita una reforma integral de la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo.

- *Reglamento Orgánico Funcional de la Defensoría del Pueblo*

Con fecha 5 de agosto de 2009 el Defensor del Pueblo emitió la Resolución No. 057-D-DP-2009, por medio de la cual expide el Reglamento Orgánico Funcional de la Defensoría del Pueblo, instrumento que establece la reorganización interna de la Defensoría del Pueblo, adecuando su estructura orgánica funcional a la necesidad institucional y dirigida al cumplimiento de las atribuciones constitucionales.

En ese sentido, se plantean las siguientes atribuciones normativas relacionadas con la elaboración de Informes Defensoriales:

La Defensora o Defensor del Pueblo tendrá las siguientes atribuciones:

Art. 11. Deberes y Atribuciones:

Hacer públicas las recomendaciones, observaciones contenidas en los informes temáticos defensoriales y orientar a los y las habitantes del Ecuador y los ecuatorianos y ecuatorianas en el exterior sobre el ejercicio de sus derechos;

Informar anualmente a la Asamblea Nacional sobre la situación de los derechos humanos y de la naturaleza en el Ecuador y de las labores de la Defensoría del Pueblo de acuerdo a lo establecido en la Constitución y la Ley;

La Dirección Nacional de Protección:

Art. 33. Atribuciones y responsabilidades: [...]

Recomendar a la Defensora o Defensor del Pueblo la adopción de medidas de cumplimiento obligatorio e inmediato, de informes temáticos y acciones constitucionales que deban desarrollarse en el ámbito de sus competencias;

La Coordinación Nacional de Protección Prioritaria

Art. 35. Deberes y Atribuciones: [...]

Supervisar y evaluar las investigaciones defensoriales de casos particulares y/o informes regionales, para determinar la existencia de situaciones generales que puedan vulnerar derechos de las personas, para efectuar las recomendaciones e implementen las acciones que correspondan;

Proponer al Director Nacional de Protección de los Derechos Humanos y de la Naturaleza, proyectos de pronunciamientos defensoriales, medidas de cumplimiento obligatorio, informes temáticos y acciones de

garantías constitucionales, de situaciones defensoriales;

La Coordinación Nacional de Derechos de la Naturaleza y Ambiente

Art. 37. Deberes y Atribuciones: ...

c) Proponer al Director Nacional de Protección de los Derechos Humanos y de la Naturaleza, proyectos de pronunciamientos defensoriales, medidas de cumplimiento obligatorio, informes temáticos y acciones de garantías constitucionales, de situaciones defensoriales;

La Coordinación Nacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

Art. 39. Deberes y Atribuciones:

d) Supervisar y evaluar las investigaciones defensoriales de casos particulares y/o informes regionales, para determinar la existencia de situaciones generales que puedan vulnerar derechos de las personas, para efectuar las recomendaciones e implementen las acciones que correspondan;

Proponer al Director Nacional de Protección de los Derechos Humanos y de la Naturaleza, proyectos de pronunciamientos defensoriales, medidas de cumplimiento obligatorio, informes temáticos y acciones de garantías constitucionales, de situaciones defensoriales;

La Dirección Nacional de Promoción

Art. 41. Deberes y Atribuciones:

Proponer a la Defensora o Defensor del Pueblo informes temáticos y/o dictámenes sobre situaciones de derechos humanos y de la naturaleza;

La Coordinación Nacional de Investigación e Incidencia en Políticas Públicas

Art.- 45. Deberes y Atribuciones: La Coordinación Nacional de Investigación e Incidencia en Políticas Públicas...ejercerá los siguientes deberes y atribuciones:

Elaborar, junto con su equipo técnico, informes temáticos correspondientes en el ámbito de sus competencias y presentarlos al superior jerárquico;

La Coordinación Nacional de Transparencia e Información Pública

Art. 47. Deberes y Atribuciones:

f) Elaborar, junto con su equipo técnico, informes temáticos y presentarlos al superior jerárquico;

3.4. Propuesta para la discusión ¿Qué son los Informes Defensoriales?

Los Informes Defensoriales constituyen un mecanismo de protección y promoción de los derechos humanos y los derechos de la naturaleza que están dirigidos a observar y recomendar a cualquier órgano del sector público o a las personas privadas que actúen en ejercicio de una potestad e interés social y público el

respeto de estos derechos.

Los informes defensoriales podrán ser generales, temáticos y de seguimiento.

3.4.1. Informes Generales

Los informes generales son aquellos que hacen relación a la situación nacional de los derechos humanos y los derechos de la naturaleza, serán elaborados anualmente y contendrán:

- a. Análisis de contexto de país
- a. Situación de los grupos de atención prioritaria
- b. Situación de los derechos de la naturaleza y ambientales
- c. Situación de los derechos económicos, sociales y culturales
- d. Las conclusiones y recomendaciones de los informes temáticos semestrales y de los informes de situación general.

Los informes generales se elaborarán con los insumos que aporten las Delegaciones Provinciales, del Exterior, las Direcciones Nacionales de Promoción y Protección y sus respectivas Coordinaciones Nacionales.

3.4.2. Informes Temáticos

Los informes temáticos son aquellos que hacen relación a temas específicos, serán elaborados semestralmente y podrán referirse a:

- a. Estado de situación de los derechos humanos de un grupo de atención prioritaria,
- b. Estado de situación de un derecho económico, social o cultural;
- c. Estado de una situación que afecte los derechos ambientales y de la naturaleza;
- d. La afectación a los derechos humanos o a los derechos de la naturaleza de disposiciones normativas de cualquier órgano con facultad legislativa sea nacional, regional, provincial o local.
- e. La afectación a los derechos humanos o a los derechos de la naturaleza de disposiciones administrativas, políticas o programas públicos de cualquier órgano de la función pública nacional, regional, provincial o local.

3.4.3. Informes de Seguimiento

Los informes de seguimiento son aquellos que hacen relación a las obligaciones del Estado ecuatoriano respecto al cumplimiento de las recomendaciones de los órganos y comités de las Naciones Unidas, así como del Sistema Regional de Protección de Derechos Humanos en las Américas.

Los informes de seguimiento se elaborarán por las Coordinaciones Nacionales de Protección y Promoción en el ámbito de su competencia.

Los informes de seguimiento se presentarán en el período que corresponda al Estado ecuatoriano presentar su informe oficial a los organismos internacionales de derechos humanos, así como, anualmente con el carácter de informes de avance.³⁵

3.5. La vigilancia del debido proceso y la lucha contra la tortura, el trato cruel, inhumano y degradante

La última atribución constitucional otorgada la Defensoría del Pueblo, hace relación a dos temas; por una parte a la vigilancia del debido proceso, y por otra parte a la prevención de la tortura, el trato cruel, inhumano y degradante. Es preciso reconocer que en estas dos materias debe definirse con mayor precisión criterios, directrices y estándares para su adecuado manejo, eso no ha obstado para que su aplicación sea posible aún sin una base jurídico - procedimental, amparados en los principios de aplicación de los derechos humanos y de la naturaleza consagrados constitucionalmente.

En todo caso, la vigilancia del debido proceso, parte de los estándares desarrollados por la Comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos, relativos a la garantía de este derecho, tanto en sede judicial como administrativa. La vigilancia de este derecho humano requiere como mencionamos anteriormente de criterios más precisos tanto para su admisibilidad, como para el control efectivo; pues de lo contrario, la Defensoría del Pueblo se verá avocada a un innumerable cantidad de peticiones en toda materia judicial o administrativa, desde el inicio al fin de los procesos mismos; lo cual rebasará la capacidad de respuesta efectiva.

Respecto a la prevención de la tortura, tratos crueles, inhumanos y degradantes, a partir de la ratificación del Protocolo Facultativo de la Convención

³⁵ Benalcázar Alarcón, Patricio, *Informes Generales, Temáticos y de Seguimiento, Adjuntía Segunda de la Defensoría del Pueblo*, Quito, Defensoría del Pueblo del Ecuador, 2009.

Internacional contra la Tortura en este año 2010, se intensificó por parte de la Defensoría del Pueblo el desarrollo de propuestas dirigidas a la consolidación del mecanismo nacional de prevención estipulado en este instrumento internacional.

Durante el año 2010, la Defensoría del Pueblo conjuntamente con PRIVA organismo no gubernamental especializado en la temática ha desarrollado capacidades institucionales para realizar visitas in situ a los centros de privación de libertad, los mismos que no son solo los centros de detención por el cometimiento de infracciones, sino todos aquellos lugares donde las personas por diversas motivaciones se encuentran privadas de su libertad, como por ejemplo, centros de migrantes, refugiados, de rehabilitación de adictos, de atención a niños, niñas y adolescentes, psiquiátricos, entre otros; así como para elaborar informes de situación, que permitirán conocer el estado de situación concreta, las conclusiones y recomendaciones que se consideren pertinentes.

La Defensoría del Pueblo, aspira liderar el mecanismo nacional previsto en el Protocolo Facultativo de la Convención Internacional contra la Tortura; tanto por tener la facultad constitucional, cuanto por ser un órgano autónomo e independiente que le permite actuar con objetividad y libertad suficiente.

3.6. Nuevas atribuciones defensoriales

La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, expedida en septiembre de 2009, mediante Registro Oficial 2S 52: 22 de octubre de 2009... prevé en el artículo 21 que la Jueza o Juez podrá delegar el seguimiento del cumplimiento de las sentencias o acuerdos reparatorios de las garantías jurisdiccionales a la Defensoría del Pueblo; quien deberá informar de manera periódica sobre su cumplimiento a la jueza o juez correspondiente.

Finalmente, el artículo 436.6 de la Constitución de la República, dispone entre otras competencias de la Corte Constitucional, “expedir sentencias que constituyan jurisprudencia vinculante [...]” respecto de acciones de garantía jurisdiccional que sean seleccionadas; y en otros casos para su revisión; por lo que para su cumplimiento, el artículo 25 de la Ley Orgánica mencionada, prevé la selección de sentencias y el numeral 5 señala que “la Defensora o Defensor del Pueblo [...] podrá solicitar la selección de la sentencia tomando en cuenta los siguientes criterios: gravedad del asunto, gravedad del caso e inexistencia de precedente judicial, negación de los precedentes judiciales fijados por la Corte Constitucional, o, trascendencia nacional del asunto resuelto en sentencia [...]”.³⁶

³⁶ Defensoría del Pueblo del Ecuador, *Informe Anual del Defensor del Pueblo de Ecuador*,

4. Referentes de la nueva gestión defensorial

El elemento cualitativamente distinto de la nueva gestión defensorial está marcado por un proceso participativo y planificado de estrategias internas y externas, que le han permitido contar con el Plan Estratégico 2010 – 2014 plenamente articulado a los procesos de planificación del conjunto del Estado; así como con un nuevo modelo de gestión regulado por el Reglamento Orgánico Funcional y un Plan Operativo Anual 2010 de las Direcciones Nacionales de Protección y Promoción de Derechos Humanos y Derechos de la Naturaleza, unidades operativas que son parte de un engranaje mayor.

El Plan Estratégico permitió desarrollar la propuesta de la Defensoría del Pueblo proyectada hasta el año 2014, con una visión³⁷ y misión³⁸ específicas así como con un conjunto de líneas estratégicas³⁹ a implementar.

Para el desarrollo de estos lineamientos estratégicos y consolidar la visión y misión institucional, se diseñó un engranaje orgánico con los siguientes niveles: **el nivel ejecutivo institucional**, conformado por la o el Defensor/a del Pueblo y las dos adjuntías; **un nivel estratégico**, que incluye la Dirección Nacional de Planificación y Desarrollo Institucional; Dirección Nacional de Comunicación; Dirección Nacional de Cooperación y Relaciones Internacionales y Coordinación con la Función de Transparencia y Control Social; **un nivel consultivo y asesor**, conformado por el Consejo Consultivo Ciudadano;⁴⁰ Dirección Nacional de Au-

Quito, Dirección de Comunicación Social de la Defensoría del Pueblo, 2010, p. 36.

³⁷ **La visión:** “Durante los próximos cinco años la Defensoría del Pueblo de Ecuador se consolida como la Institución Nacional de Derechos Humanos, autónoma, plural, jurídica y ética que coadyuva a la construcción de una sociedad, una cultura, un Estado y una humanidad respetuosas de los Derechos Humanos y de la Naturaleza.”

³⁸ **La misión:** “Somos la Institución Nacional de Derechos Humanos que promueve y protege los derechos de las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos que habitan en el país, de las ecuatorianas y ecuatorianos en el exterior, y los Derechos de la Naturaleza, para propiciar la vida digna y el buen vivir”.

³⁹ Las líneas estratégicas a implementar son:

- Promoción de los derechos humanos y de la naturaleza.
 - Protección de los derechos humanos y de la naturaleza.
 - Formulación de políticas públicas.
 - Comunicación defensorial.
 - Control social y participación ciudadana.
 - Participación de la Defensoría del Pueblo en el sistema internacional.
- Desarrollo Institucional.

⁴⁰ Hay que destacar que el Consejo Consultivo Ciudadano, busca desarrollar el mandato constitucional previsto en el artículo 100, pero por sobre todo, busca tener una relación

ditoría Interna; Dirección Nacional Jurídica; Asesoría Nacional y Coordinación General; **un nivel operativo** conformado por las Direcciones Nacionales de Promoción y Protección; **y un nivel de apoyo**, constituido por Secretaría General; Dirección Nacional Administrativa; Dirección Nacional Financiera; Dirección Nacional de Recursos Humanos y Dirección Nacional de Sistemas y Tecnología

El modelo para la Protección y Promoción

La responsabilidad de tutelar los DD.HH y derechos de la naturaleza tiene como prólogo sustantivo la **independencia y la ética**, pues muchos de los conflictos, significarán confrontar el poder social, institucional o corporativo; allí se pondrá en juego la capacidad de liderazgo y coherencia de quien tenga la responsabilidad política de la Institución Nacional de Derechos Humanos en el Ecuador

En esa perspectiva, la protección y promoción de los derechos humanos y de la naturaleza, busca promover la interposición de las acciones de garantía constitucional y defensorial, reconociendo la necesidad de garantizar los principios de informalidad, inmediatez y gratuidad; a través de una estructura orgánica que dé respuesta a la interdependencia, indivisibilidad e igual jerarquía de los derechos, así como el desarrollo de estrategias de educación, formación, transparencia e incidencia en políticas públicas

La Defensoría del Pueblo, para una eficiente y eficaz promoción y protección de los derechos humanos y de la naturaleza establecerá la conformación de las Comisiones Regionales,⁴¹ Delegaciones Provinciales,⁴² así como las Delegaciones en aquellos países donde la presencia de compatriotas lo demande.⁴³ En la actualidad contamos con 24 delegaciones provinciales, 9

muy estrecha con las personas y organizaciones que desde la sociedad civil y organización popular puedan enrumbar el devenir independiente de la Defensoría del Pueblo.

⁴¹ Las comisiones regionales serán encargadas de ejecutar los programas y proyectos de promoción y educación en derechos humanos y de la naturaleza en Coordinación con la Dirección Nacional de Promoción, además se encargarán de supervisar, monitorear y evaluar las operaciones de protección de los derechos humanos y derechos de la naturaleza que realizan las delegaciones provinciales que integran su región y en coordinación con la Dirección Nacional de Protección.

⁴² Las delegaciones provinciales están encargadas de las operaciones de protección de los derechos humanos y derechos de la naturaleza.

⁴³ Las Delegaciones que se establezcan en el exterior cumplirán con las funciones de defensa de los derechos de las y los ecuatorianos que estén fuera del país, coadyuvando y vigilando al servicio exterior y demás instituciones del Estado con representación en el exterior. Las Delegaciones en el exterior desarrollarán sus actividades bajo las instrucciones de la Dirección

delegaciones cantonales y 2 delegaciones en el exterior.⁴⁴

El proceso que empezamos está lleno de retos y sobre todo de sueños por construir junto con la sociedad y sus distintos estamentos institucionales y organizacionales no solo un país, sino un mundo posible desde la solidaridad... veamos hasta donde nos lleva el camino.

5. Bibliografía.

Benalcázar Alarcón, Patricio, *Informes Generales, Temáticos y de Seguimiento, Adjuntía Segunda de la Defensoría del Pueblo*, Quito, Defensoría del Pueblo del Ecuador, 2009.

Código Orgánico de la Función Judicial
Constitución de la República del Ecuador

Defensoría del Pueblo del Ecuador, *Informe Anual del Defensor del Pueblo de Ecuador*, Quito, Dirección de Comunicación Social de la Defensoría del Pueblo, 2010.

Gil Robles, Alvaro, *El Defensor del Pueblo y su impacto en España y América Latina. Antología Básica en Derechos Humanos*, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1994.

Hurtado, Francisco, *Competencias de la Defensoría del Pueblo*, documento inédito, 2009.

Ley de Defensa del Consumidor.

Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

Organización de las Naciones Unidas, *Principios relativos al Estatuto y Funcionamiento de las Instituciones Nacionales de Protección y Promoción de los Derechos Humanos*, Ginebra, Centro de Derechos Humanos, 1991.

Red de Abogados del Instituto Regional de Asesoría en Derechos Humanos (INREDH), *La Defensoría del Pueblo. Aportes para la Paz*, Quito, Servicio Paz y Justicia del Ecuador, 1997.

Nacional de Protección y con la Coordinación Nacional de Protección Prioritaria.

⁴⁴ En EE.UU. e Italia.

SECCIÓN IV
Jurisprudencia e Interpretación
Constitucional

La noción “derechos fundamentales” en la jurisprudencia de la autodenominada Corte Constitucional ecuatoriana (La exclusión del derecho de propiedad de la acción extraordinaria de protección por no ser “derecho constitucional”)

Farith Simon Campana

Sumario

1. La confusión conceptual de la autodenominada Corte Constitucional.
2. Revisión general de la categoría “derechos fundamentales” en la jurisprudencia de Corte Constitucional (de transición).
 - 2.1. Derechos fundamentales como sinónimo de todas las clases de derechos.
 - 2.2. Como categoría más limitada y diferente a los “derechos constitucionales”.
 - 2.3. Como categoría diferente pero complementaria de los derechos constitucionales.
 - 2.4. Como una categoría diferenciada de derechos.
3. Algunas aclaraciones conceptuales sobre el uso de la categoría “derechos fundamentales”.
4. Breve análisis del tratamiento a los derechos en la Constitución del 2008.
 - 4.1. Denominaciones usadas para referirse a los derechos.
 - 4.2. Clasificación de los derechos humanos o de las personas.
- 4.3. “Fundamento” de los derechos.
5. A manera de conclusión.
6. Bibliografía.

1. La confusión conceptual de la autodenominada Corte Constitucional

El uso contradictorio y confuso de la categoría “derechos fundamentales” en la jurisprudencia de la Corte Constitucional de transición no es una mera anécdota, esto se traduce en la ampliación o restricción de la protección y garantía a los derechos¹ constitucionales.

Un análisis de las sentencias en las que se resuelven los recursos extraordinarios de protección –desde el momento en que se autodenominaron Corte

¹ A propósito de los problemas vinculados a la diversidad del “lenguaje de los derechos” y su relevancia se puede revisar el texto de Juan Antonio Cruz Parceró, *El lenguaje de los derechos. Ensayo para una teoría estructural de los derechos*, Madrid, Trotta, 2007.

Constitucional- pone en evidencia la incomprensión de ciertos conceptos y el uso “equivocado” algunas fuentes doctrinales (del neoconstitucionalismo y el garantismo).

Uno de los aspectos que más llama la atención al revisar la jurisprudencia de la Corte Constitucional es la intención-presente en muchos de sus fallos- de realizar análisis doctrinarios vinculados a los fundamentos teóricos de la nueva Constitución. Existen análisis claramente innecesarios en los que se despliega un arsenal de autores y teorías jurídicas para referirse a la aplicación de normas o instituciones constitucionales² en las que no existe disputa o duda de su alcance. Esos fallos se suelen centrar prioritariamente en la doctrina, por sobre las normas constitucionales. Se acumulan citas de autores como si fueran trabajos de carácter académico, muchas son parciales o sin análisis del alcance, contexto o ideología detrás de esas ideas o definiciones asumidas como propias.

Puntualizar estos temas no significa dejar de reconocer la aportación conceptual y jurídica que realizan algunas sentencias sobre aspectos en los que existían dudas, discrepancias³ o sobre el alcance de ciertos derechos.

En este artículo presentaré (1) una revisión general de la categoría “derechos fundamentales” en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, (2) contrastaré el uso de ese concepto en el nivel doctrinal, y (3) presentaré un análisis general de la manera en que los derechos están tratados en la Constitución ecuatoriana del 2008, esto para demostrar el impacto del uso de ciertos conceptos en la justificación de las opciones “morales” de los jueces constitucionales ecuatorianos, tomando como ejemplo concreto el derecho de propiedad.

Temporalmente el presente análisis cubre un período que va desde diciembre del año 2008 a marzo del 2010. Por un tema metodológico decidí centrarme en aquellas sentencias⁴ emitidas por la autodenominada Corte

² Por ejemplo la jerarquía constitucional, el valor de los instrumentos internacionales, la naturaleza “normativa” de la Constitución, la mera descripción del Ecuador como “estado constitucional de derechos y de justicia”, etc.

³ Ejemplo de esto son las sentencias en que se interpreta la naturaleza del recurso extraordinario de protección, las que se revisa la naturaleza de los acuerdos arbitrales y el papel de los jueces frente a estos, varias sentencias que estudian aspectos específicos del debido proceso, etc.

⁴ A lo largo de la Resolución de 20 de octubre del 2008, en que el Tribunal Constitucional asumió las competencias de Corte Constitucionales, se usa la categoría “derechos fundamentales”. Esta “confusión” presente de manera significativa en las “Reglas para Ejercicio de Corte Constitucional período de transición”, Resolución No. 1 de la autodenominada Corte Constitucional de 12 de noviembre del 2008, en la que se usa para referirse a las normas que contienen derechos como “derechos fundamentales” y para referirse a las nor-

Constitucional,⁵ pero el estudio de ese lapso de tiempo no ha sido exhaustivo.

2. Revisión general de la categoría “derechos fundamentales” en la jurisprudencia de Corte Constitucional (de transición)

La Corte Constitucional, en mi opinión, ha usado la categoría “derechos fundamentales” en cuatro formas diferentes: (a) un uso amplio para referirse a todas las clases de derechos y garantías; (b) como un concepto diferente y más limitado que los derechos constitucionales; (c) como una categoría diferente a los derechos constitucionales pero complementaria; y, (d) como una categoría específica de derechos.

2.1. Derechos fundamentales como sinónimo de todas las clases de derechos

La tendencia jurisprudencial mayoritaria es usar indistintamente diferentes denominaciones para referirse a los derechos, usando como concepto más general “derechos fundamentales” y como sinónimos “derechos humanos” o de derechos constitucionales.

Ejemplo de la equiparación de derechos fundamentales es la sentencia del caso No. 027-09-AN.⁶ Los jueces constitucionales expresan lo siguiente:

mas jurídicas internacionales en la materia como “tratados internacionales de derechos humanos”. En la Ley Orgánica de Garantías Constitucionales y Control Constitucional, publicada en Registro Oficial Suplemento No 52 de 22 de octubre del 2009, se usa la categoría “derechos y garantías fundamentales” en una sola ocasión (artículo 101), se privilegia el “derechos constitucionales”, en cambio la noción derechos humanos se la usa para referirse a los instrumentos y organismos de derechos humanos, sin embargo en unas pocas ocasiones se usa “derechos humanos” de manera sustancial (por ejemplo artículos 66, 142, 202). Se usa el concepto derechos sin adjetivos, derechos de la persona (artículo 2), derechos intangibles (artículo 123). Además se usa “derechos de los pueblos”, “derechos de la naturaleza”, “derechos de las mujeres”.

⁵ Los miembros del Tribunal Constitucional asumieron “el ejercicio provisional de las atribuciones constitucionales referentes al control, interpretación constitucional y administración de justicia en esa material mediante Resolución adoptada en la sesión de 20 de octubre del 2008, que fue publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 451, del 22 de octubre del 2008. He utilizado exclusivamente las sentencias en que se desarrolla de alguna forma el concepto “derechos fundamentales”.

⁶ Corte Constitucional de Ecuador, Sentencia de 9 de diciembre del 2009 (JP Nina Pacari Vega). En el mismo sentido y de manera textual se reproduce la cita en las Sentencias de los casos No. 0026-09-AN de 8 de octubre del 2009 (JP Nina Pacari Vega); No. 0005-09-

[...]Con el surgimiento del neo-constitucionalismo y de conformidad con la realidad ecuatoriana, es preciso e ineludible consolidar el control, la jurisdicción constitucional como una magistratura especializada capaz de poner límites a los poderes fácticos locales o externos, como fórmula primigenia para garantizar **los derechos fundamentales de las personas, los colectivos y del entorno ambiental**, como un órgano especializado que coadyuva a que nazca, crezca y se consolide el Estado Constitucional de Derechos, donde se reconoce la unicidad, universalidad e interdependencia de todos los derechos: individuales, económicos, sociales, culturales, colectivos y ambientales, para que todos los derechos sean para todas las personas y los pueblos.

La Corte Constitucional se encarga de la tutela de todos los derechos humanos y garantiza su efectiva vigencia y práctica, simplemente porque sin derechos humanos, efectivamente protegidos, no existe democracia y tampoco puede existir constitucionalidad moderna [...] (resaltado no consta en el original)

Como se puede ver del párrafo citado la Corte se habla de “derechos fundamentales” de las personas, colectivos y entorno ambiental (se entiende que se refiere a la naturaleza), después se presentan algunas denominaciones de los derechos que están contemplados en la Constitución, para finalmente referirse a la categoría “derechos humanos”.

Otro ejemplo es la Sentencia del Caso No. 0001-08-EE:⁷

En cuanto a la proporcionalidad de la limitación de los **derechos fundamentales**, es necesario reiterar que en un plano teórico el Estado tiene la obligación jurídica de reconocer y garantizar en toda circunstancia de tiempo y de lugar, ciertos derechos y sus garantías, ya que el simple reconocimiento de los derechos sin aquellas no tiene sentido.

La restricción de ciertos **derechos humanos**, debe ser entonces estar

IS de 29 de septiembre del 2009 (JP Nina Pacari Vega); No 0187-2009 de 6 de agosto del 2009 (JP Nina Pacari Vega); No. 0159-09-R de 15 de julio del 2009 (JP Nina Pacari Vega); No. 0177-09-EP de 13 de agosto del 2009 (JP Nina Pacari Vega); No. 1075-07-RA de 16 de junio del 2009 (JP Nina Pacari Vega); Nro. 0086-09-RA de 16 de junio del 2006 (JP Nina Pacari Vega); Nro. 0060-2009-RA de 16 de junio del 2009 (JP Nina Pacari Vega); No. 0126-09-EP de 1 de octubre del 2009 (JP Edgar Zárate Zárate); No. 1147-08-RA de 22 de julio del 2009 (JP Roberto Bhrunis); No. 1493-08-RA de 30 de junio del 2009 (JP Fabián Sancho Lobato); No. 0150-09-RA de 30 de junio del 2009 (JP Fabián Sancho Lobato); No. 0139-09-RA de 23 de junio del 2009 (JP Fabián Sancho Lobato); No. 0022-2009-RA de 24 de diciembre del 2009 (JP Nina Pacari Vega y Roberto Bhrunis Lemarie).

⁷ Corte Constitucional de Ecuador, Sentencia de 5 de diciembre del 2008 (JP Roberto Bhrunis Lemarie).

justificada y ser limitada y guardar estricta relación con los motivos o causas que lo originan y que sean oportunas, es decir que no debe existir otra alternativa para cumplir el fin. (resaltado no consta en el original)

Los derechos constitucionales se equiparan a los derechos fundamentales en varias sentencias, esto a partir de la definición de Ferrajoli:⁸

En el Estado Constitucional los actores judiciales tienen la obligación de hacer respetar las normas constitucionales sustanciales, las mismas que no son otra cosa que los **derechos constitucionales**, siendo todos nosotros titulares de aquellos derechos, radicando en esta titularidad la verdadera esencia de la democracia y de la soberanía popular. (el resaltado es nuestro)

[...] Son derechos fundamentales todos aquellos derechos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del estatus de personas, ciudadanos o personas con capacidad de obrar; cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica.

Es una paradoja que otros jueces ponentes usen la misma cita en contextos donde se afirma que: los “derechos constitucionales” comprenden un “universo” más amplio que los derechos fundamentales.

En varios fallos aparece la interpretación de que la noción derechos fundamentales ha evolucionado de contener exclusivamente a los derechos civiles y políticos y posteriormente se ha extendido a los derechos “Económicos, Sociales y Culturales o de los derechos de última generación”. Textualmente dice la Corte:

Tradicionalmente, desde el Estado Liberal francés, se asocia la noción de derechos fundamentales con los tradicionales derechos civiles y políticos, sin embargo, dentro de la dinámica que caracteriza al Derecho, y en especial a los Derechos Humanos, aquellos se hacen extensivos a otros derechos como los Económicos, Sociales y Culturales o de los derechos de última generación que, en su conjunto, constituyen una amalgama de derechos que deben ser protegidos por los jueces constitucionales⁹

⁸ Corte Constitucional de Ecuador, Sentencia del caso No. 0269-09-EP de 13 de enero del 2010 (JP Edgar Zárate).

⁹ Corte Constitucional de Ecuador, Sentencias de los casos No. 0031-08-EP de 23 de julio del 2009 (JP Ruth Seni Pinoargote); Caso No. 0038-08-EP (JP Edgar Zárate); y, Caso 0064-08-EP (JP Nina Pacari Vega).

En el mismo sentido de equiparación en jurisprudencia reiterada¹⁰ se afirma que:

Los **Derechos Constitucionales** son también los **derechos fundamentales** acogidos en tratados internacionales en materia de Derechos Humanos, que sin estar reconocidos en el texto constitucional, son de estricto cumplimiento por parte del Estado que los acoge y además se encuentran en el mismo rango que la Constitución (Bloque de Constitucionalidad). (resaltado no consta en el original)

2.2. Como categoría más limitada y diferente a los “derechos constitucionales”

Como respuesta a las “Reglas para Ejercicio de Corte Constitucional período de transición” en la que se usa únicamente la categoría “derechos fundamentales”, varios fallos¹¹ contienen la afirmación que debido al espíritu garantista el texto constitucional se habla de “derechos constitucionales”, como un universo más amplio de derechos contenido bajo la categoría derechos fundamentales. Así:

[...] la acción extraordinaria de protección pretende amparar los derechos que nos asisten a las personas, derechos que emanan de una visión amplia que no se limitan exclusivamente a **derechos fundamentales**, sino que en concordancia con las tendencias modernas del constitucionalismo, lejos de competir unos derechos con otros, siguiendo una suerte de “darwinismo jurídico”, lo que se pretende es que todos los **derechos constitucionales** sean protegidos por esta acción. (resaltado no consta en el original)

Una consecuencia directa del tratamiento que la Corte da a los derechos en estos fallos, es la afirmación de que es contrario al constitucionalismo -que “tiende a que los derechos coexistan armónicamente”- el uso del método de la ponderación, proponiendo como método alternativo de interpretación la “teoría

¹⁰ Corte Constitucional de Ecuador, Sentencias de los casos No 0027-09-IS de 24 de noviembre del 2009 (JP Patricio Pazmiño); No. 0007-09-IS de 8 de octubre del 2009 (JP Patricio Pazmiño); No. 0002-09-IS de 3 octubre del 2009 (JP Freddy Donoso).

¹¹ Corte Constitucional de Ecuador, Sentencias de los casos No. 0290-09-EP de 13 de enero del 2010 (JP Ruth Seni Pinoargote); No. 0031-08-EP de 23 de julio del 2009 (JP Ruth Seni Pinoargote); No. 0050-08-EP de 19 de mayo del 2009 (JP Nina Pacari Vega); No. 0177-09-EP de 13 de agosto del 2009 (JP Nina Pacari Vega); y, No. 0064-08-EP de 14 de mayo del 2009 (JP Nina Pacari Vega).

del contenido esencial de los derechos” para “armonizar derechos en pugna”. Señalo esta particularidad, ya que no es el objeto de este trabajo analizar los métodos de interpretación de la Corte, por la contradicción con la tendencia mayoritaria que privilegia el uso de la “ponderación”.

2.3. Como categoría diferente pero complementaria de los derechos constitucionales

El ejemplo más claro del tratamiento diferenciado, pero complementario de los derechos constitucionales y los derechos fundamentales, es la Sentencia del Caso No. 0007-09-IS. En éste fallo la Corte califica al derecho a la salud como “derecho fundamental e integral”, por tanto concluye, no puede ser negado bajo ninguna circunstancia por que se pueden violar otros “derechos fundamentales.”

Más adelante añade que se adquiere un compromiso en el respeto de los “derechos fundamentales y constitucionales” para finalizar advirtiendo que el establecimiento de limitaciones al acceso a programas de salud pueden “violentar otros tipos de derechos fundamentales o constitucionales.”¹²

Si bien los fallos no aclaran en que se diferencian las dos clases derechos (constitucionales y fundamentales) los hacen aparecer como diferentes, pero no contradictorios o excluyentes, sino complementarios.

2.4. Como una categoría diferenciada de derechos

Existen fallos en que se utiliza la categoría “derechos fundamentales” como una categoría diferenciada de derechos.

¹² “Es por este motivo que esta Corte asegura que el derecho a la salud es un derecho fundamental e integral que no puede ser negado bajo ninguna circunstancia, más aún cuando dicha negativa nace de una resolución que por sí viola ya otros derechos fundamentales vinculados. Por medio de este derecho, el Estado se ve obligado a garantizar el acceso permanente, oportuno y sin exclusión a programas de salud, lo que implica además una importante lucha contra las desigualdades existentes en la sociedad, por lo que no brindar dicha atención generaría su incumplimiento, además se adquiriría de esta manera el compromiso en el respeto de los derechos fundamentales y constitucionales, que implica proteger, garantizar real y efectivamente estos derechos de acuerdo con su sentido, espíritu, naturaleza y alcance, por lo que no pueden establecerse limitantes a la reparación, más aún cuando dichos limitantes pueden violentar otros tipos de derechos fundamentales o constitucionales y por tal no resulta concebible que las instituciones que brindan dicha atención se rehúsen a aceptar a una persona que la requiere de manera urgente.”

(i) Se ha hecho una diferenciación entre derechos fundamentales y patrimoniales. A partir de esta distinción se colige que los derechos patrimoniales -en particular el derecho de posesión y/o con el derecho de propiedad- no proceden para ser “ventilado[s] por vía constitucional, menos aún en una acción extraordinaria de protección.”

El análisis que la Corte realiza en la Sentencia del caso No. 0132-09-EP¹³ utiliza la propuesta de Luigi Ferrajoli en esta materia, pero al hacerlo de forma descontextuada se desdibujan de cierta forma su tesis que es un tema sobre el que volveré más adelante.

De manera textual se señala:

Así analizados y entendidos en su verdadera dimensión y diferenciación los derechos fundamentales y los derechos patrimoniales, se colige que, en el presente caso, el asunto de fondo se relaciona con el reconocimiento del derecho de posesión y/o con el derecho de propiedad, hecho que nos sitúa en un ámbito de derechos posesorios, de dominio, patrimoniales, que eventualmente y de manera expectante podría asistir a la accionante, cuestión que no procede ser ventilada por vía constitucional, menos aún en una acción extraordinaria de protección.

En igual sentido se pronuncia la Corte en la Sentencia del Caso No. 0177-09-EP,¹⁴ en la que utilizando los argumentos de Ferrajoli se concluye que:

A la luz del escenario expuesto, el tema medular se circunscribe a un asunto **eminentemente patrimonial**, el cual se pone en marcha en pos de un reclamo de daños y perjuicios y en donde el núcleo central u objeto mismo de la discusión se centra en la disputa de un bien inmueble; en este marco, corresponde analizar si la disputa por un bien inmueble, como se evidencia en este caso, es o no un derecho fundamental. [...]

Así analizados y **entendidos en su verdadera dimensión y diferenciación los derechos fundamentales** y los **derechos patrimoniales**, se colige que en el presente caso, debido a que se trata de un derecho patrimonial, **el derecho de propiedad resulta ser el núcleo central de la demanda en cuestión sin que se evidencie violación de derechos constitucionales.**

Esto no implica que Corte Constitucional no haya reconocido en otros

¹³ Corte Constitucional de Ecuador, Sentencia de fecha 11 de marzo del 2010 (JP Nina Pacari Vega).

¹⁴ Corte Constitucional de Ecuador, Sentencia de 13 de agosto del 2009 (JP Nina Pacari Vega).

fallos el derecho de propiedad. La Sentencia del Caso No. 0041-09-EP, de 24 de febrero del 2010, acepta el recurso extraordinario de protección por considerar que el incumplimiento de las normas del debido proceso y a la tutela judicial efectiva ha:

[...] afectado directamente la cuantificación del justo precio a consignar por concepto del bien inmueble objeto de la expropiación, lo que, a nuestro criterio, **atenta contra el derecho de propiedad** y la amenaza de cometerse una injusticia; consecuentemente, convertir a la figura de la expropiación en una confiscación que prohíbe la Constitución.

Sobre este tema volveré más adelante a propósito del análisis de la categoría “derechos fundamentales”, sin embargo queda claro que se ha protegido el derecho de propiedad como derecho constitucional.

(ii) Al analizar la “presunción de inocencia”¹⁵ realiza dos afirmaciones llamativas: la primera, que “la inocencia es un derecho connatural al hombre que existe antes de toda forma de autoridad y de Estado”; la segunda, que califica a esta como “[...] condición natural y derecho político fundamental de carácter inalienable e irrenunciable [...].”

La Corte asume una posición iusnaturalista al hablar de derecho “connatural” anterior a la autoridad y al Estado, introduce una nueva categoría de derechos al hacer suya una caracterización doctrinal.¹⁶

3. Algunas aclaraciones conceptuales sobre el uso de la categoría “derechos fundamentales”

La Constitución vigente califica exclusivamente al “derecho humano al agua”¹⁷ como “fundamental e irrenunciable”, por esto llama la atención que la Corte Constitucional de manera reiterada haya utilizado la categoría “derechos fun-

¹⁵ Corte Constitucional de Ecuador, Sentencia del Caso No. 0025-09-CN de 25 de febrero del 2010 (JP Nina Pacari Vega).

¹⁶ Orlando Alfonso Rodríguez, *La presunción de inocencia. Principios Universales*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2da. ed., 2000, p.147.

¹⁷ Es interesante la opinión de Prieto Sanchís respecto a que una exigencias universales como el aire o agua no se elevaron a rango de derechos humanos por constatar su universalidad, sino cuando se comprobó su escasez, Luis Prieto Sanchís, *Derechos fundamentales, neo-constitucionalismo y ponderación judicial*, Lima, Palestra, 2007, p. 35.

damentales”, inclusive la Resolución de 20 de octubre del 2008, en la que el Tribunal Constitucional asumió las competencias de Corte Constitucional se usa exclusivamente la categoría “derechos fundamentales”. Esto se reprodujo en la Resolución No. 1 de la Corte en la que se aprobó las “Reglas para Ejercicio de Corte Constitucional período de transición”, en esta se usa la categoría “derechos fundamentales” para referirse a las normas sobre derechos y en el caso de las normas jurídicas internacionales se habla de “derechos humanos”. No obstante la Corte aprobó varios fallos, como se puntualizó más arriba, en los que se establece que “derechos constitucionales” comprende un “universo” más amplio que el de los derechos fundamentales.

Es obvio que el uso de esta categoría no se deriva de normas constitucionales, es tomado de la doctrina, en particular de la obra de Luigi Ferrajoli¹⁸ el autor más influyente en esta materia en la Corte Constitucional ecuatoriana.

He podido identificar al menos 17 sentencias en la que se lo cita con diferentes propósitos: para definir derechos fundamentales,¹⁹ para establecer la diferencia entre derechos fundamentales y derechos patrimoniales, para analizar la diferencia entre los derechos y sus garantías, para referirse a la dimensión “axiológica” de los textos constitucionales,²⁰ para distinguir garantías primarias y secundarias,²¹ para referirse a la crisis del derecho o la llamada “inflación legislativa” que se dice Ferrajoli describe con fenómenos como de “incoherencia, falta de plenitud, antinomias y lagunas”,²² para subrayar la importancia de las

¹⁸ Otros autores citados de manera recurrente son: Robert Alexy, Gustavo Zagrebelsky, Norberto Bobbio, Ronald Dworkin, Manuel Atienza, Luis Prieto Sanchís, Carlos Bernal Pulido.

¹⁹ Corte Constitucional del Ecuador, Sentencias de los casos No. 0132-09-EP; 0296-09-EP; 0290-09-EP; 0038-08-EP; y 0064-08-EP, *op. cit.*

²⁰ Corte Constitucional del Ecuador, Sentencias de los casos No. 1082-2008-RA de 7 de julio del 2009 (JP Manuel Viteri Olvera); No. 1197-2008-RA de 30 de junio del 2009, No. 0839-2007-RA de 2 de abril del 2009, No. 0544-2007-RA de 2 de abril del 2009 (JP Roberto Bhrunis).

²¹ Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia de los casos No. 0027-09-IS de 24 de noviembre del 2009 y No. 0007-09-IS de 8 de octubre del 2009 (JP Patricio Pazmiño)

²² En realidad en Ferrajoli al señalar esos fenómenos cita a otros autores (Luhman, Teubner y Zolo), como se puede verificar la página 17 del libro “Derechos y garantías: la ley del más débil” y toma distancia de ese diagnóstico afirmando que el mismo responde “[...] a una suerte de falacia naturalista o, quizá mejor, determinista: nuestros sistemas jurídicos son como son porque no podrían ser de otro modo. El paso irreflexivo del ser al deber ser –importa poco si en clave determinista o apologética– es el peligro que me parece está presente en muchas actuales teorizaciones de la descodificación, la deslegislación o de desregulación”. Analizar otras citas equivocadas de la Corte en esta materia me alejaría del

garantías,²³ para establecer como normas “constitucionales sustanciales” a los derechos fundamentales.²⁴

La caracterización de un derecho como fundamental depende directamente del enfoque que se use, no de la facilidad de uso del concepto. La incorporación acrítica de los distintos enfoques propuestos por los autores a los que la Corte Constitucional recurre con frecuencia para fundar sus fallos ha producido que un positivista -Ferrajoli- sea equiparado para todos los efectos con Alexy, Zagrebelsky y Dworkin, autores que rechazan o cuestionan esa posición. No quiero decir con esto que no exista la posibilidad de combinar aspectos de las diferentes teorías para lograr una mejor protección de los derechos, asumiendo una suerte de pragmatismo jurídico garantista, lo que rechazo es el uso promiscuo de conceptos incompatibles que dan como resultado fallos que debilitan la protección de los derechos de las personas, al ser contradictorios, aunque en apariencia marquen una línea de interpretación constitucional de “avanzada”.

La única forma de dar cuenta de las contradicciones existentes es describir brevemente cada uno de los enfoques²⁵ acerca de los derechos fundamentales,

objetivo del presente artículo pero se le atribuye varias afirmaciones que en realidad son críticas a lo dicho por otros autores.

²³ Corte Constitucional del Ecuador, Sentencias de los casos No. 0615-2008-RA de 25 de agosto del 2009 (JP Fredy Donoso) y sentencia s/n de 2 de diciembre del 2008 (JP Alfonso Luz Yunes)

²⁴ Corte Constitucional del Ecuador, Sentencias de los casos No. 0103-09-EP de 19 mayo del 2009 (JP Roberto Bhrunis Lemarie) y No. 0031-08-EP de 23 de julio del 2009 (JP Ruth Seni).

²⁵ Existen otras explicaciones de la noción derechos fundamentales, por ejemplo para B. Martínez de Vallejo “[...] la distinción más unánime recogida reserva la expresión derechos humanos para los derechos positivados en el ámbito internacional (las declaraciones y Convenciones internacionales), junto a aquellas exigencias básicas que, rodeadas de determinadas condiciones y relacionadas con la dignidad, igualdad y libertad de la persona, no han alcanzado un estatuto jurídico-positivo. A su vez se restringe el término derechos fundamentales para los derechos positivados en el ámbito interno, es decir, los derechos humanos garantizados por los ordenamientos jurídicos estatales”, José Justo Megías Quirós, coord., *Manual de Derechos Humanos*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Aranzadi, 2006, p. 50. De igual forma, aunque claramente vinculado al iusnaturalismo, y como se podrá concluir cercano –en clave inversa- a algunas interpretaciones de la Corte Constitucional sobre el alcance de derechos constitucionales y fundamentales-, así se afirma que “[...] no se puede identificar plenamente los derechos humanos con los derechos fundamentales por dos razones; la primera es que los derechos humanos son más amplios que los establecidos como fundamentales en los textos constitucionales, y la segunda es que constituyen una clase de derechos que están por encima de cualquier positivación posible, sea interna o internacional”, José Justo Megías Quirós, coord., *Manual de Derechos Humanos*, op. cit., P. 51.

agrupándolos alrededor de cuatro categorías: (a) iusnaturalista-individualista; (b) historicista; (c) estatalista;²⁶ y, (d) formalista o estructuralista.

(a) La visión liberal de los derechos es de corte esencialmente iusnaturalista-individualista (en su vertiente iusracionalista²⁷). En esta se asume una total separación entre estado y sociedad. De acuerdo a Thomas Hobbes los ciudadanos, portadores de derechos naturales, especialmente la autopreservación, los ceden al soberano para transitar del estado de naturaleza a la conformación de la sociedad. John Locke considera que la vida, la propiedad y la libertad son derechos innatos del hombre, estos mediante un “contrato originario” ceden una parte de estos derechos inalienables al estado, si éste no los respeta tienen el derecho natural a revelarse.

Es obvio que el poder del estado es muy limitado en esta interpretación, ya que se reconoce que los derechos preexisten a su creación, debiendo ser considerados estos derechos como “el fundamento de cualquier ordenamiento jurídico.”²⁸

En la concepción liberal clásica de los derechos hay una diferencia entre derechos fundamentales -los que preexisten al estado- y derechos constitucionales como producto de cada norma fundamental, es decir del proceso de deliberación

²⁶ Una obra fundamental para entender la evolución histórica de los derechos fundamentales es: Maurizio Fioravanti, *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*, Madrid, Trotta, 1996. En esta Fioravanti propone una aproximación a lo que el llama el “problema de las libertades” con tres enfoques: historicista, individualista o estatalista”. Considera que existe una “doctrina individualista y estatalista de las libertades, construida en clave antihistoricista (en la revolución francesa); una doctrina individualista e historicista, construida en clave antiestatalista (en la revolución americana); y, finalmente, una doctrina historicista y estatalista, construida en clave antiindividualista (en los juristas del siglo XIX) (p. 25).

²⁷ De forma general se puede decir que el iusnaturalismo racionalista considera que a partir del uso de la razón se puede establecer la existencia de ciertos “principios” de carácter universal. El iusnaturalismo teológico sostiene que los principios se derivan de la existencia de una voluntad suprema. De forma independiente a la clase de iusnaturalismo que se asuma Nino dice que puede ser caracterizado por dos tesis: a) que hay principios que determinan la justicia de las instituciones sociales y establecen parámetros de virtud personal que son universalmente válidos independientemente de su reconocimiento efectivos por ciertos órganos o individuos; b) que es un sistema normativo, aun cuando sea efectivamente reconocido por órganos que tienen acceso al aparato coactivo estatal, no puede ser calificado como derecho si no satisface los principios aludidos en el punto anterior. Ver, Carlos S. Nino, *Introducción al análisis del derecho*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1980, p. 28 y ss.

²⁸ José Justo Megías Quirós, coord., *Manual de Derechos Humanos*, op. cit., p. 49.

democrática, sin embargo esto explica una exclusiva dimensión, la no dependencia normativa de la existencia de los derechos. A continuación seguiré a Bastida para puntualizar algunas características de esta concepción:²⁹

1. Los derechos fundamentales serán aquellos que se entiendan como más básicos o esenciales al ser humano, ya que son “inherentes” al desarrollo de su personalidad.
2. El origen de la “fundamentalidad” de los derechos se halla en el ser humano (en su *ser*), más allá de los textos constitucionales (y su *deber ser*). No es relevante que los derechos se encuentren la constitución como norma fundadora del ordenamiento jurídico.
3. Al tener un origen previo a la sociedad civil pueden ser limitados excepcionalmente, por eso son derechos *absolutos*, esto se lo puede hacer por medio de la ley, siempre que sea permitido por la norma constitucional, de esto se deriva que sean considerados derechos “inalienables, inviolables, imprescriptibles.”
4. Estas son libertades privadas ya que le corresponden a cada individuo, por esto los “llamados derechos de participación (sufragio) o de prestación no son fundamentales”, ya que excepto el derecho de defenderse de “injerencias que no tengan apoyo legal” no hay más vínculos con el poder público. De esto se deriva que en la “doctrina liberal los derechos fundamentales reciban el nombre de *libertades negativas*, *libertades civiles* o *derechos de libertad* y se articulan jurídicamente como *derechos reaccionales* o *de defensa*.”
5. Los derechos al no depender de una fundamentación normativa, ni siquiera de la norma más importante como la constitucional, su regulación se circunscribe exclusivamente al establecimiento de sus limitaciones y los medios para defenderse de injerencias indebidas.
6. Estos derechos, por las limitaciones de regulación positiva, se encuentran en la “esfera social” básicamente sin interferencias del estado, por eso no se puede defender con una acción jurídico-estatal las amenazas a los derechos que surjan de la propia sociedad.

²⁹ Cfr. Francisco J. Bastida. “¿Son los derechos sociales derechos fundamentales. Por una concepción normativa de la fundamentalidad de los derechos”, en Robert Alexy, coord., *Derechos sociales y ponderación*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2007, pp. 109-111.

En resumen, esta es una posición esencialmente axiológica-valorativa.

Como ejemplo de esta concepción, Javier Pérez Royo -en su influyente Curso de Derecho Constitucional- define a los derechos fundamentales como “los derechos naturales constitucionalizados sobre la base del principio de soberanía popular.”³⁰

(b) La comprensión historicista tiene algunos rasgos comunes con la anterior, es decir presupone la existencia de ciertos valores –por ejemplo: dignidad, igualdad y libertad- que deben ser materializados por medio de los derechos, los derechos son instrumentales y van tomando forma en cada momento histórico, por ello existe una evolución de contenidos y de estructuras a lo largo de la historia.³¹

Al tener que responder a ciertos valores, las transformaciones normativas no tienen un carácter arbitrario. Para discernir cuales son derechos fundamentales se propone el uso de dos criterios;³² la *universalidad* y la *supremacía*:

1. Los derechos deben deberían representar o expresar las exigencias morales más importantes frente a la comunidad política, estos tienen “prevalencia en caso de conflicto con cualquier otro bien o valor que haya decidido tutelar dicha comunidad”. El segundo rasgo es de carácter institucional, la *supremacía* se refleja en la constitucionalización de esos derechos. Prieto Sanchís advierte que esto presenta tres dificultades: (a) la existencia de limitaciones normativas a los derechos por criterios o conceptos indeterminados como orden público, moral, los mismos que son calificados por el mismo estado; (b) el hecho que los derechos pueden entrar en colisión entre sí o conflictos entre valores (el clásico debate de que prevalece la libertad o la igualdad), no existiendo de antemano reglas de prioridad; y, (c) pero no se tiene forma de establecer cuales son los valores que deben ser tutelados, por tanto no sabemos que derechos son fundamentales sino luego del proceso de decisión.

³⁰ Javier Pérez Royo, Curso de Derecho Constitucional, undécima edición, Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 219.

³¹ Francisco J. Ansuástegui Roig, “La historia de los derechos humanos”, en *Diccionario crítico de los derechos humanos*, Huelva, Universidad Internacional de Andalucía- Sede Iberoamericana de la Rábida, 2000, p. 72.

³² Cfr. Luis Prieto Sanchís, *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, Lima, Palestra, 2007, pp. 32 y ss. El trabajo citado fue publicado originalmente en la *Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía*, Madrid, Trotta, 2000.

2. Un derecho es fundamental si puede predicarse su *universalidad*. El criterio de *universalidad* para identificar un derecho fundamental tiene dos formas -de acuerdo a Prieto Sanchís-: (a) en sentido activo “si es susceptible de predicarse de todos los seres humanos, con independencia de cualquier circunstancia histórica o social”, obviamente lo invariable son los valores que se defienden; (b) en sentido pasivo porque son derechos oponibles a todos (*erga omnes*), es decir el círculo de obligados es universal.

Esto implica que se retome la idea de los “fines” de Kant, ya que los derechos fundamentales representan aquellas “exigencias morales que pudiera pretender cualquier hombre antes de preguntarse por las necesidades que nacen de su específica posición social.”³³

(c) Como reacción a la afirmación de la existencia de “derechos naturales” (es decir al iusnaturalismo) surge el positivismo que critica esta noción por diferentes razones y matrices ideológicas “por considerarlos construcciones irracionales, que carecen de sentido, meras abstracciones formales que defienden los intereses de una clase, la burguesía, y que se olvidan del hombre concreto”.

En resumen, para el positivismo (lo que implica un alto nivel de simplificación) los derechos son tales porque una norma jurídica lo determina.

Son derechos subjetivos establecidos normativamente, son intereses protegidos por el derecho,³⁴ que permite que el sujeto pueda protegerlos, demandarlos, ejercerlos. Son derechos fundamentales aquellos que la norma positiva -la constitución como la de mayor jerarquía- así lo establece.³⁵ Su incorporación

³³ Luis Prieto Sanchís, *Derechos fundamentales...*, op. cit., p. 35.

³⁴ Esto es criticado por Kelsen, quien considera que el interés es un “hecho psíquico”. En realidad la teoría del interés de Ihering se presente como respuesta a la teoría la voluntad por la que un derecho es tal porque el sujeto puede exigir determinado comportamiento al obligado por un derecho subjetivo, esta teoría es defendida por Savigny, Puchta y Windscheid. Posteriormente aparecen las teorías eclécticas de Jellinek, Saleilles, Ferrara, que toman elementos de las dos teorías anteriores. Todas estas teorías se elaboraron alrededor del derecho civil y han sido utilizadas para brindar explicaciones a temas de derecho público.

³⁵ Muchos autores identifican en este proceso con la caracterización de la “constitución democrática” propuesta de Kelsen. Maurizio Fioravanti (Maurizio Fioravanti, *Constitución: De la antigüedad a nuestros días*, Madrid, Trotta, 2a. ed., 2007, p. 154) explica esto de la siguiente manera “Para Kelsen la constitución democrática es, sobre todo, el tipo histórico de constitución que desde la Revolución francesa en adelante ha asumido la tarea de demoler, progresivamente, todo poder privado de un explícito fundamento normativo,

a la constitución –la norma suprema, la fuente principal del ordenamiento- les dota de esa condición, asumiendo dos características que los configuran:³⁶

1. Por estar el derecho recogido en la constitución le esta vedado al poder público, especialmente a los legisladores “disponer” de esos derechos, por tanto no pueden ser alterados o vulnerados por normas de inferior jerarquía e inclusive se establecen reglas especiales para poner límites a la reforma constitucional de esos derechos, por tanto son *indisponibles* por el legislador;³⁷
2. La segunda característica parte de reconocer que las normas constitucionales tienen eficacia directa, es decir puede exigirse su cumplimiento, por tanto el garantizar y respetar estos derechos es un elemento central en el funcionamiento estatal.

Los derechos fundamentales pierden su condición de preestatales, no son inherentes a la persona, ya que la fundamentalidad depende de su reconocimiento constitucional, por tanto “no es consustancial a esos derechos que su titular sea exclusivamente el ser humano”,³⁸ abriendo la puerta a que sean los colectivos y la naturaleza titulares de esos derechos.

(d) Para explicar el enfoque estructuralista -o formalista- me valdré de la obra de Luigi Ferrajoli como he afirmado el autor más influyente en la jurisprudencia constitucional ecuatoriana, quien propone la siguiente definición de derechos fundamentales (citada recurrentemente de manera parcial por la Corte):

...son “derechos fundamentales” todos aquellos derechos subjetivos

de una formal atribución de competencia, a través de las mismas normas constitucionales. En pocas palabras, la constitución democrática es la constitución que tiende a afirmar el principio del necesario fundamento normativo de todo poder. Es democrática porque tiende a excluir *poderes autocráticos*, es decir, poderes que buscan autolegitimarse, afirmar un fundamento propio y distinto, distinto por su naturaleza de aquel de la norma constitucional, que es por el contrario el único fundamento, según Kelsen, admisible en democracia. Desde el punto de vista del régimen político, se deduce que es democrático el régimen que no sobrevalora ningún poder, que reconduce todos los poderes a la norma constitucional”.

³⁶ Bastida, *Op. Cit.* pp. 115 y sgts.

³⁷ Esto no implica que ciertos derechos requieran de un configuración normativa o institucional posterior y se faculte al legislador regularlos para dotarles de efectividad no de eficacia.

³⁸ Francisco J. Bastida, “¿Son los derechos sociales derechos fundamentales..., *op. cit.*, p. 117.

que corresponden universalmente a “todos” los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por “derecho subjetivo” cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por “status” la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de estas.

Para Ferrajoli varias son las ventajas de esta definición: es válida para cualquier ordenamiento, no importa que derechos fundamentales estén reconocidos, ideológicamente es neutra e “independiente de los bienes, valores o necesidades sustanciales que son tutelados por los derechos fundamentales”.³⁹

El propio Ferrajoli explica el alcance de su definición:

1. Es una *definición teórica*, por tanto no se refiere a las normas de un ordenamiento jurídico concreto o que estos derechos se encuentren sancionados en una ley o en una constitución. Es decir un derecho fundamental es tal no por su contenido específico (por tanto es una definición avalorativa)⁴⁰ sino por que son “derechos adscritos por un ordenamiento jurídico a todas las personas físicas en cuanto tales, en cuanto ciudadanos o en cuanto capaces de obrar.”⁴¹ El hecho de que un derecho se encuentre en ese ordenamiento jurídico es una condición de su existencia o vigencia en ese ordenamiento, pero no tiene impacto alguno en su consideración como fundamental. Tampoco se requiere que el derecho este constitucionalizado (que señala es un garantía de ser observado por el legislador) ;
2. Es una *definición formal o estructural* “por tanto se dirige a identificar los rasgos estructurales, que en función de dicha finalidad, convenimos en

³⁹ Luigi Ferrajoli, *Derechos y garantías: la ley del más débil*, Madrid, Trotta, 2000, p. 38.

⁴⁰ En su trabajo “El fundamento de los derechos fundamentales” Ferrajoli señala que, partiendo del concepto kantiano del valor de la persona humana (asumida como medio y nunca como fin), se pueden identificar cuatro criterios axiológicos de los derechos fundamentales, entonces son valiosos por que contribuyen a la igualdad, a la democracia constitucional, a la paz y a la autodeterminación de los pueblos y, a la tutela del más débil. Los cuatro criterios son convergentes y complementarios, pero me parece que es el centro de su propuesta de fundamentación axiológica se encuentra la tutela al más débil. Luigi Ferrajoli, “Los fundamentos de los derechos fundamentales”, en Luigi Ferrajoli, coord., *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2001, pp. 314-371.

⁴¹ Cfr. *Ibíd.*

asociar a esta expresión, y que determinan la extensión de la clase de derechos denotados por ella, cualesquiera que sean”. A partir de esta explicación Ferrajoli determina tres rasgos de los derechos fundamentales, sin considerar el contenido específico de lo que tutelan:⁴² (a) que son imputaciones de *carácter universal*, que se refiere al sentido lógico de la “cuantificación universal de la clase de sujetos que como personas, ciudadanos o capaces de obrar, sean titulares”; (b) son “*normas téticas*”, es decir disponen de manera general y abstracta las situaciones contenidas en ellas (como ejemplo, además de las normas que establecen derechos fundamentales, son de esta clase las normas de señalización vial y las que imponen prohibiciones penales). Esto en oposición a las “*normas hipotéticas*”, que establecen con efectos hipotéticos las situaciones que se darían en cada acto (a manera de ejemplo las normas del Código Civil sobre contratos que prevén consecuencias específicas si las condiciones se cumplen); (c) son derechos *indisponibles e inalienables*, es decir son de todos sus titulares de igual forma y medida, a estos opone los “derechos patrimoniales y las restantes situaciones singulares que, en cambio, pertenecen a cada uno con exclusión de los demás.

3. Es una *definición estipulativa*, por tanto ni verdadera ni falsa, “sino solamente más o menos adecuada a la finalidad explicativa de la teoría en relación con cualquier ordenamiento, cualesquiera que sean los derechos (e incluso si no hubiera derechos) allí tutelados como fundamentales”.

Ferrajoli añade, que para tutelar un derecho fundamental es necesario “sustraerlo” -estableciendo su “indisponibilidad”- ya sea por el intercambio mercantil (es decir de contratación entre particulares), y “de la arbitrariedad política del legislador ordinario mediante la estipulación de tal regla en una norma constitucional”, esto implica la “anulabilidad” de las leyes que contradigan a los derechos fundamentales.⁴³

A partir de esta propuesta señala que el fin, el fundamento, la razón del ser del estado constitucional de derecho es la garantía de los derechos fundamentales (todos), entendiendo ese “embrionario” “paradigma de democracia constitucional” se podría extender en tres direcciones: en la garantía de todos los derechos; como un freno a todos los poderes, sean públicos o privados, tanto nacionales como transnacionales; la extensión en el nivel nacional e internacional

⁴² Cfr. Luigi Ferrajoli, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, op. cit., pp. 290 y ss.

⁴³ *Ibid.*, p. 292.

De la definición se pueden extraer algunas consecuencias: el concepto de igualdad jurídica, la tipología de los derechos fundamentales⁴⁴ y las cuatro tesis que sustentan la teoría de Ferrajoli sobre la democracia constitucional:⁴⁵

1. Esta definición formal de los “derechos fundamentales” sirve para determinar la *igualdad jurídica*, ya que gracias a su criterio de universalidad se incluye a “todos” los sujetos de cada uno de los diferentes “estatus”;
2. A partir de la definición se establecen dos “*tipologías*” de derechos, la referida “a las clases de sujetos a los que se atribuyen tales derechos (*subjetiva*)”; la otra al “tipo de comportamiento que son el contenido de tales de derechos” (*objetiva*).
 - a. En cuanto a la tipología subjetiva hay que recordar que los posibles titulares de derechos (por su *estatus*) son las personas físicas, ciudadanos, capaces de obrar. De esto Ferrajoli obtiene cuatro clases de derechos: “derechos humanos, que pertenecen a todas las personas físicas [seres humanos] en cuanto tales” sin importar si son ciudadanos o capaces; “derechos civiles, que pertenecen a todas las personas en tanto capaces de obrar”, sin importar su ciudadanía, estos son “potestativos” porque se manifiesta la autonomía privada; “derechos públicos, que corresponden a las personas en tanto ciudadanos” sin importar su capacidad de obrar; “derechos políticos, que corresponden sólo a las personas que sean tanto ciudadanos como capaces de obrar”, sobre estos se “funda la representación y la democracia política”.

Los dos primeros, dice Ferrajoli, pertenecen a todas las personas sin importar su ciudadanía (derechos de la persona o de la personalidad), las otras dos sólo a los ciudadanos (derechos del ciudadano o ciudadanía).

A los derechos humanos y públicos (para los que no es relevante la capacidad de actuar) los llama derechos primarios o sustanciales; a los derechos civiles y políticos (que sólo pertenece a quienes tiene capacidad de actuar) los llama derechos secundarios o formales.
 - b. La tipología objetiva se establece en función de los “tipos de comportamiento que constituyen el objeto de los derechos fundamentales”, relacionándose estos la posibilidad de tener, o no, capacidad de actuar. Clasifica a las expectativas de actuación en negativas (de no lesiones) o

⁴⁴ *Ibíd.*, pp. 38-39.

⁴⁵ *Ibíd.*, pp. 292-294.

positivas (de prestación).

Los derechos primarios se subdividen en derechos de libertad y derechos sociales. Los derechos de libertad son negativos o de inmunidad (es decir la expectativa es de omisión de interferencias), estos a la vez los clasifica en simples libertades de (como el derecho a la vida, libertad personal), además en libertades *de y para* (como libertad de prensa, asociación y de reunión). Los derechos sociales son derechos positivos, ya que implican prestaciones por parte de otros (como el derecho a la salud, seguridad social).

Los derechos secundarios se identifican por el tipo de poderes que contienen en los derechos de autonomía, que a su vez se clasifican en derechos civiles y derechos políticos. Los civiles son derechos de autonomía privada (que se refieren fundamentalmente a la disposición de derechos patrimoniales). Los políticos son derechos de autonomía política (un ejemplo el voto).

3. Para Ferrajoli las cuatro tesis “esenciales para una teoría de la democracia constitucional” son:

- a. La diferencia de estructura entre derechos fundamentales y derechos patrimoniales. Los primeros corresponde a clases enteras de sujetos, los otros a cada titular con exclusión de los demás. Es diferencia, dice Ferrajoli, ha estado oculta por el uso de una sola expresión “derecho subjetivo” para referirse a “[...] situaciones subjetivas heterogéneas entre sí y opuestas en varios aspectos: derechos inclusivos y derechos exclusivos, derechos universales y derechos singulares, derechos disponibles e indisponibles.”

Los derechos fundamentales son “indisponibles, inalienables, inviolables, intransigibles, personalísimos”, los derechos patrimoniales son “disponibles por su naturaleza, negociables u alienables.”

Ferrajoli diferencia en el tema la propiedad “sobre este o aquel bien” (que no es un derecho fundamental), del derecho a ser propietario y a disponer de los bienes objetos de la propiedad (que en la tipología del autor es un derecho fundamental que se encuentra entre los derechos civiles).

- b. Los derechos fundamentales al “corresponder a intereses y

expectativas de todos, forman el fundamento y el parámetro de la igualdad jurídica” considera que es la dimensión “sustancial” de la democracia, previa la dimensión política o “formal”, que se funda sobre los poderes de la mayoría.

- c. La “naturaleza supranacional de gran parte de los derechos fundamentales”, formándose un derecho supraestatal, que de acuerdo a Ferrajoli, establecen límites externos (y no sólo internos) a los poderes públicos.
- d. La última tesis se refiere a las “relaciones entre derechos y sus garantías”. Los derechos fundamentales contienen “expectativas negativas o positivas a las que corresponden obligaciones (de prestación) o prohibiciones (de lesión)”. A las obligaciones de prestación y a las prohibiciones las llama garantías primarias. A las obligaciones de reparar o sancionar las lesiones a los derechos (las omisiones y los abusos), es decir la violación a las garantías primarias, las llama garantías secundarias.

Con esto Ferrajoli establece que los derechos y las garantías son distintas,⁴⁶ la ausencia de garantías no niega la existencia del derecho, es una laguna (un vacío) que debe ser “colmada por la legislación”.

Se puede ver claramente de esta explicación la simplificación excesiva que ha hecho la Corte Constitucional ecuatoriana de la definición de derechos fundamentales de Ferrajoli. Su impacto en las valoraciones que hacen los jueces constitucionales ecuatorianos es muy alto, considerando el gran poder que tienen y la dimensión de la responsabilidad asignada a la Corte, una configuración inadecuada de los derechos es muy grave.

4. Breve análisis del tratamiento a los derechos en la Constitución del 2008

Un análisis a profundidad del tratamiento a los derechos en la Constitución vigente -más allá de una descripción- es necesario, pero supera el objetivo del presente artículo, no obstante es indispensable realizar uno para contextualizar el fallo de la Corte.

⁴⁶ En este tema contradice particularmente a Kelsen quien no hace distinción alguna entre un derecho y su garantía, esto por que considera que un derecho “consiste en el poder jurídico de un individuo que el orden jurídico le otorga con motivo del incumplimiento de una obligación”.

4.1. Denominaciones usadas para referirse a los derechos

A lo largo del texto constitucional se utiliza varias denominaciones para referirse a los derechos de los seres humanos de manera general: derechos de las personas, derechos humanos, derechos constitucionales, derecho fundamental (en una sola ocasión).

Este uso confuso de las denominaciones (que no se relaciona al agrupamiento de los derechos en el texto) se refleja en algunas de las garantías constitucionales. Por ejemplo en la acción de protección y en la acción extraordinaria de protección se determina que son garantías dirigidas a proteger a los derechos reconocidos en la “Constitución”.

En principio parece que estas no son las acciones idóneas para proteger un derecho contenido en un instrumento internacional y que no se encuentre recogido en el texto constitucional, pero la autodenominada Corte Constitucional en jurisprudencia reiterada resolvió esto asumiendo la doctrina del “bloque de constitucionalidad”,⁴⁷ afirmando que “[...] los Derechos Constitucionales son también los derechos fundamentales acogidos en tratados internacionales en materia de Derechos Humanos, que sin estar reconocidos en el texto constitucional, son de estricto cumplimiento por parte del Estado que los acoge y además se encuentran en el mismo rango que la Constitución establece.”

De todas las denominaciones usadas la categoría más general es “derechos constitucionales”, bajo esta denominación se encontrarían contenidos los derechos humanos o de las personas, los derechos colectivos y los derechos de la naturaleza, así lo ha entendido la Corte Constitucional en la mayor parte de sus fallos, como se explicó más arriba.

4.2. Clasificación de los derechos humanos o de las personas⁴⁸

Los derechos constitucionales de los seres humanos se encuentran agrupados en la Constitución bajo siete categorías: derechos del buen vivir;⁴⁹ derechos de

⁴⁷ Corte Constitucional de Ecuador, Casos No 0027-09-IS; Caso No. 0007-09-IS de 8 de octubre del 2009; y, Caso No. 0002-09-IS, *op. cit.*

⁴⁸ Farith Simon, “La familia y los grupos de atención prioritaria en la Constitución del 2008”, en Diego Pérez, comp., *La Constitución Ciudadana*, Quito, Taurus, 2009, pp. 210 y 211.

⁴⁹ Agua y alimentación, ambiente sano, comunicación e información, cultura y ciencia, educación, hábitat y vivienda, salud, y trabajo y seguridad social. Básicamente son los derechos económicos, sociales y culturales.

las personas y grupos de atención prioritaria;⁵⁰ derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades; derechos de participación; derechos de libertad; y derechos de protección.⁵¹

No existe una explicación por parte de los asambleístas sobre esta forma de organización de los derechos, seguramente porque la decisión fue tomada en “Comisión especial de revisión y redacción de la nueva Constitución.”⁵² Del informe presentado por dicha Comisión al presidente de la Asamblea Constituyente⁵³ se puede concluir que la decisión se tomó por dos razones: (i) para «destacar la trascendencia del buen vivir a lo largo del texto constitucional», renombrándose la sección que en la propuesta original se llamada «Derechos económicos, sociales y culturales», por considerar que el «buen vivir» se corresponde en términos generales a esos derechos; y (ii) para reforzar el principio de interdependencia de los derechos.⁵⁴

La ordenación de los derechos parecería estar inspirada en la clasificación propuesta por el jurista alemán Robert Alexy,⁵⁵ quien propone una agrupación en consideración de la estructura y la función que cumplen.⁵⁶

Alexy lo hace a partir de definir un derecho fundamental como “un haz de posiciones (y normas) de derecho fundamental [que son enunciados de la constitución que contienen derechos fundamentales]”; y, desde una concepción formal, “[...] son posiciones tan importantes que su atribución o su denegación a

⁵⁰ Adultos y adultas mayores, jóvenes, movilidad humana, mujeres embarazadas, niños, niñas y adolescentes, personas con discapacidad, personas con enfermedades catastróficas, personas privadas de la libertad, personas usuarias y consumidoras.

⁵¹ Que contienen el derecho al debido proceso, seguridad jurídica y la protección judicial.

⁵² Esta Comisión fue establecida por el artículo 47 del Reglamento de funcionamiento de la Asamblea Constituyente.

⁵³ Informe presentado por la “Comisión especial de revisión y redacción de la nueva Constitución” al presidente de la Asamblea Nacional Constituyente, Comunicación de 24 de julio de 2008, Consultada en www.asambleaconstituyente.gov.ec/index.php?option=com_content&task=view&id=16175&Itemid=127, 03/11/2008.

⁵⁴ “La Comisión formuló una clasificación distinta de los derechos, que no altera en esencia el contenido que aprobó el constituyente y que, en todo caso, refuerza el principio de interdependencia de los derechos”, *op. cit.*, p. 4.

⁵⁵ Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de Carlos Bernal Pulido, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2a. ed., 2007.

⁵⁶ Se ha señalado que la clasificación propuesta por Alexy se apoya en la propuesta de hecha por Newcomb Hohfeld en el año 1913, el sostiene que los derechos son relaciones jurídicas entre dos sujetos respecto de un objeto, pero no usa la categoría de derechos y deberes, usa las relaciones a partir de “opuestos” y “correlativos” jurídicos. A propósito de esto se puede revisar Juan Antonio Cruz Parceró, *El lenguaje de los derechos...*, *op. cit.*, pp. 33 y ss.

los individuos no puede quedar en manos de la mayoría parlamentaria simple”.⁵⁷

4.3. “Fundamento” de los derechos

Un tema esencial para la interpretación y aplicación de los derechos es determinar cual es su fundamento, es decir los “valores” que el legislador constituyente estableció como justificación “axiológica” de los derechos constitucionales. Esto se traduce en la pregunta inicial concerniente a que debería establecerse como derechos a partir del establecimiento de criterios “meta-éticos.”⁵⁸

A lo largo del texto constitucional se hace referencia permanente a diferentes principios que contienen “valores” que fundamentarían los derechos. En muchos casos se los contempla como específicos de ciertas áreas, materias, funciones y derechos. No obstante es posible identificar algunos principios de carácter más general, que subsumen a los restantes. Esta identificación es muy difícil por lo repetitivo y poco sistemático del texto constitucional, además los asambleístas constitucionales usaron varios conceptos de manera heterodoxa (por decirlo de alguna forma).

Como anticipé, desarrollar una teoría de los derechos no es el objetivo del presente trabajo, sin embargo una lectura detenida del texto constitucional y por lo establecido en el Preámbulo, los artículos 1 (Principios fundamentales), el artículo 11 (Principios de aplicación de los derechos) permiten concluir, de manera provisional”, como principios más generales que contendrían esos “valores” que fundan o justifican los derechos a: la dignidad de la persona humana y de las colectividades, igualdad (formal y material) de las personas; el pluralismo, la justicia, la solidaridad y la paz. Un apunte final sobre esto es que en la norma fundamental aparece el “buen vivir” como un objetivo a alcanzar, sin embargo en algunas disposiciones (por ejemplo los artículos 250 y 290) aparece como un principio.

Probablemente a partir de un estudio más detallado esto deba reformularse, por ejemplo hay autores⁵⁹ que afirman que la justicia es el resultado de la suma de la igualdad y la libertad. Además es evidente la tensión que existe entre los principios, esto me parece que es un tema central en la aplicación de

⁵⁷ Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., pp. 214 y 295.

⁵⁸ A propósito de esto se puede examinar las obras aquí citadas de Nino, Ferrajoli, Nieto. Este tema ha sido especialmente abordado por la literatura norteamericana sobre los derechos.

⁵⁹ Rafael Escudero, “Metodología jurídica y conceptos morales: propuesta de análisis”, en Christian Courtis, coord., *Observar la ley: ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*, Madrid, Trotta, 2006, p. 88.

la Constitución y que la Corte Constitucional debería ser la encargada de establecer el “contenido” y “alcance” de los mismos. El resultado dependerá de la composición ideológica del organismo, lo ideal es que se hiciera a partir de una discusión plural.

5. A manera de conclusión

En realidad se puede señalar varias “confusiones” conceptuales de la Corte sobre la naturaleza de los derechos, su interpretación,⁶⁰ etc. Existen fallos en los se afirma que el “nuevo constitucionalismo” no protege únicamente los derechos fundamentales “sino todos los derechos constitucionales”, lo que se evidencia como un absurdo, ya que como hemos visto en la Constitución se protegen los derechos “constitucionales” y no existe referencia a los derechos fundamentales.

La “equivocación” conceptual de la autodenominada Corte ha hecho que se extraiga del pensamiento de Ferrajoli que los derechos de propiedad (al no ser fundamentales de acuerdo a la definición estructural del autor citado) no se encuentran amparados por la acción extraordinaria de protección como se citó más arriba, que se dirige a la protección de derechos constitucionales.

En la Sentencia del caso No. 0177-09-EP de 11 de marzo del 2010, luego de transcribir parte de la definición de Ferrajoli, la Corte concluye que “[...] entendidos en su verdadera dimensión y diferenciación los derechos fundamentales y los derechos patrimoniales [...] el asunto de fondo se relaciona con los derechos de posesión y/o derecho de propiedad [...] cuestión que no procede ser ventilada por vía constitucional, menos aún en una acción extraordinaria de protección”.

La confusión aparece con más claridad en un fallo de 13 de agosto del

⁶⁰ Por ejemplo existen fallos en los que se desarrolla la “teoría” del núcleo esencial de los derechos, para no aplicar la ponderación bajo el argumento que se debe mantener. Pero se olvida que esto es una cuestión valorativa, ya que determinar cual es ese núcleo implica una asignación de ciertas características a cada derecho y decidir cuales son insuperables a riesgo de descaracterizar el derecho o volverlo inútil, es decir se termina haciendo un juicio en relación a cada derecho y por tanto se hace lo que se dice rechazar, dar un “peso” a esas características, pero además esto contradice la definición constitucional por la que algunos derechos deben ser protegidos “especialmente” de acuerdo al artículo 3 del texto constitucional que establece como un deber primordial de Estado “Garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, **en particular** la educación, la salud, la alimentación, la seguridad social y el agua para sus habitantes” (resaltado no consta en el original). Todos estos derechos agrupados bajo la denominación del “buen vivir.”

2009. La “argumentación” del mismo es tan endeble que puedo afirmar que la sentencia podría ser considerada “arbitraria”.

La Corte establece que el punto central en el caso es determinar si “[...] la disputa de un bien inmueble, como se evidencia en este caso, es o no un derecho fundamental”, posteriormente, y a partir de la definición de derechos fundamentales de Ferrajoli ya estudiada, concluye que un derecho patrimonial no es un derecho fundamental (correcto desde la perspectiva formal propuesta por el autor), y afirma a partir de esto que al ser “[...] el derecho de propiedad...núcleo central de la demanda en cuestión [no se] evidenci[a] violación de derechos constitucionales.”

Se puede puntualizar lo siguiente sobre las decisiones citadas:

1. El derecho de propiedad se encuentra constitucionalmente reconocido. Se protege el derecho a la propiedad⁶¹ en todas sus formas (pública, privada, comunitaria, estatal, asociativa, cooperativa, mixta) con función y responsabilidad social y ambiental (artículos 321 y 66 numeral 26).
2. Si bien Ferrajoli, a partir de su definición estructural, concluye que el derecho de propiedad no es fundamental, sí considera en esa condición –como se explicó– el derecho a ser propietario y a disponer de los bienes objetos de la propiedad.
3. El texto del artículo 94 de la Constitución no deja dudas de que la acción extraordinaria de protección cubre a todos los derechos constitucionales, es decir se incluye al derecho de propiedad:

La acción extraordinaria de protección procederá contra sentencias o autos definitivos en los que se haya violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución [...]

La Corte usa la distinción que hace Ferrajoli –desde la perspectiva estructural– para disminuir la cobertura material de una de las garantías constitucionales, lo que claramente no es de su competencia. Si bien muchos textos sobre derechos se encuentran redactados de forma tal que la Corte puede interpretar su alcance y configurarlos, no puede disponer que un derecho quede fuera de la orbita de protección de una garantía, que por su redacción, no deja dudas que alcance tiene.

⁶¹ Se establecer la propiedad imprescriptible de las tierras comunitarias (57) y la propiedad intelectual (322, 402), etc.

Si a esto le añadimos el hecho de que por otra vía (el derecho como persona) están reconocidos como derechos fundamentales el derecho a ser propietario y a decidir sobre sus bienes, que se consideran -en la tipología objetiva de los derechos propuesta por Ferrajoli- como derechos fundamentales de autonomía privada, entonces la equivocación de la Corte es mucho más grave.

Era mucho más consecuente con el texto constitucional negar el recurso extraordinario de protección, en el primer caso por considerar que no se habían agotado las vías ordinarias de protección de la propiedad, y en el segundo caso, porque de los hechos del mismo no aparece violación alguna a derechos constitucionales y que se trató de usar la acción extraordinaria de protección como una cuarta instancia, es decir que el objetivo era que la Corte revisara el fallo y no el subsanar una violación de derechos constitucionales en el trámite o en la decisión.

Parece que las valoraciones de algunos jueces constitucionales se impusieron en la jurisprudencia. A partir de su opción ideológica se tomó una decisión y luego se buscó los argumentos. Como el derecho de propiedad (con una serie de condiciones) se encuentra constitucionalmente protegido no encontraron argumento normativo para negar una de sus garantías, entonces se utilizó de manera parcial y descontextualizada una definición teórica para dar apariencia de legitimidad a una sentencia que en realidad es arbitraria.

Algunos miembros de la Corte han demostrado con sus fallos no entender los conceptos que usan, y en otros, “acomodarlos” para justificar de manera burda sus opciones ideológicas,⁶² algo muy peligroso en el órgano de mayor poder en la estructura institucional ecuatoriana.

6. Bibliografía

- Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de Carlos Bernal Pulido, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2a. ed., 2007.
- Ansuástegui Roig, Francisco J., “La historia de los derechos humanos”, en *Diccionario crítico de los derechos humanos*, Huelva, Universidad Internacional de Andalucía- Sede Iberoamericana de la Rábida, 2000.
- Bastida, Francisco J., “¿Son los derechos sociales derechos fundamentales. Por

⁶² Algo que en términos globales se puede decir que es posible por el margen que dejan muchas de las normas constitucionales, ya que la Corte podría configurar conceptos indeterminados a partir de ciertas opciones valorativas, lo que no es lo mismo que negar la protección a derechos en situaciones en que no existe ese margen.

una concepción normativa de la fundamentalidad de los derechos”, en Robert Alexy, coord., *Derechos sociales y ponderación*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2007.

Corte Constitucional de Ecuador, Sentencia de 11 de marzo del 2010 (JP Nina Pacari Vega).

_____, Sentencia de 13 de agosto del 2009 (JP Nina Pacari Vega).

_____, Sentencia de 5 de diciembre del 2008 (JP Roberto Bhrunis Lemarie).

_____, Sentencia de 9 de diciembre del 2009 (JP Nina Pacari Vega).

_____, Sentencia del caso No 0187-2009 de 6 de agosto del 2009 (JP Nina Pacari Vega).

_____, Sentencia del caso No. 0150-09-RA de 30 de junio del 2009 (JP Fabián Sancho Lobato).

_____, Sentencia del caso No. 0002-09-IS de 3 octubre del 2009 (JP Freddy Donoso).

_____, Sentencia del caso No. 0005-09-IS de 29 de septiembre del 2009 (JP Nina Pacari Vega).

_____, Sentencia del caso No. 0007-09-IS de 8 de octubre del 2009 (JP Patricio Pazmiño).

_____, Sentencia del caso No. 0007-09-IS de 8 de octubre del 2009 (JP Patricio Pazmiño).

_____, Sentencia del caso No. 0022-2009-RA de 24 de diciembre del 2009 (JP Nina Pacari Vega y Roberto Bhrunis Lemarie).

_____, Sentencia del caso No. 0025-09-CN de 25 de febrero del 2010 (JP Nina Pacari Vega Vega).

_____, Sentencia del caso No. 0026-09-AN de 8 de octubre del 2009 (JP Nina Pacari Vega).

_____, Sentencia del caso No. 0027-09-IS de 24 de noviembre del 2009 (JP Patricio Pazmiño).

_____, Sentencia del caso No. 0027-09-IS de 24 de noviembre del 2009 (JP Patricio Pazmiño).

_____, Sentencia del caso No. 0031-08-EP de 23 de julio del 2009 (JP Ruth Seni Pinoargote).

_____, Sentencia del caso No. 0031-08-EP de 23 de julio del 2009 (JP Ruth Seni Pinoargote).

_____, Sentencia del caso No. 0031-08-EP de 23 de julio del 2009 (JP Ruth Seni).

_____, Sentencia del caso No. 0038-08-EP (JP Edgar Zárate).

_____, Sentencia del caso No. 0050-08-EP de 19 de mayo del 2009 (JP Nina Pacari Vega).

- _____, Sentencia del caso No. 0064-08-EP (JP Nina Pacari Vega).
- _____, Sentencia del caso No. 0064-08-EP de 14 de mayo del 2009 (JP Nina Pacari Vega).
- _____, Sentencia del caso No. 0103-09-EP de 19 mayo del 2009 (JP Roberto Bhrunis Lemarie).
- _____, Sentencia del caso No. 0126-09-EP de 1 de octubre del 2009 (JP Edgar Zárate Zárate).
- _____, Sentencia del caso No. 0139-09-RA de 23 de junio del 2009 (JP Fabián Sancho Lobato).
- _____, Sentencia del caso No. 0159-09-R de 15 de julio del 2009 (JP Nina Pacari Vega).
- _____, Sentencia del caso No. 0177-09-EP de 13 de agosto del 2009 (JP Nina Pacari Vega).
- _____, Sentencia del caso No. 0177-09-EP de 13 de agosto del 2009 (JP Nina Pacari Vega).
- _____, Sentencia del caso No. 0269-09-EP de 13 de enero del 2010 (JP Edgar Zárate).
- _____, Sentencia del caso No. 0290-09-EP de 13 de enero del 2010 (JP Ruth Seni Pinoargote).
- _____, Sentencia del caso No. 0544-2007-RA de 2 de abril del 2009 (JP Roberto Bhrunis).
- _____, Sentencia del caso No. 0615-2008-RA de 25 de agosto del 2009 (JP Fredy Donoso).
- _____, Sentencia del caso No. 0839-2007-RA de 2 de abril del 2009 (JP Roberto Bhrunis).
- _____, Sentencia del caso No. 1075-07-RA de 16 de junio del 2009 (JP Nina Pacari Vega).
- _____, Sentencia del caso No. 1082-2008-RA de 7 de julio del 2009 (JP Manuel Viteri Olvera).
- _____, Sentencia del caso No. 1147-08-RA de 22 de julio del 2009 (JP Roberto Bhrunis).
- _____, Sentencia del caso No. 1197-2008-RA de 30 de junio del 2009 (JP Roberto Bhrunis).
- _____, Sentencia del caso No. 1493-08-RA de 30 de junio del 2009 (JP Fabián Sancho Lobato).
- _____, Sentencia del caso Nro. 0060-2009-RA de 16 de junio del 2009 (JP Nina Pacari Vega).
- _____, Sentencia del caso Nro. 0086-09-RA de 16 de junio del 2006 (JP Nina

- Pacari Vega).
- _____, Sentencia del caso s/n de 2 de diciembre del 2008 (JP Alfonso Luz Yunes).
- Cruz Parceró, Juan Antonio, *El lenguaje de los derechos. Ensayo para una teoría estructural de los derechos*, Madrid, Trotta, 2007.
- Escudero, Rafael, “Metodología jurídica y conceptos morales: propuesta de análisis”, en Christian Courtis, coord., *Observar la ley: ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*, Madrid, Trotta, 2006.
- Ferrajoli, Luigi, “Los fundamentos de los derechos fundamentales”, en Luigi Ferrajoli, coord., *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2001.
- _____, *Derecho y razón*, Madrid, Trotta, 1995.
- _____, *Derechos y garantías: la ley del más débil*, Madrid, Trotta, 2000.
- Fioravanti, Maurizio, *Constitución: De la antigüedad a nuestros días*, Madrid, Trotta, 2a. ed., 2007.
- _____, *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*, Madrid, Trotta, 1996.
- Megías Quirós, José Justo, coord., *Manual de Derechos Humanos*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Aranzadi, 2006.
- Nino, Carlos S., *Introducción al análisis del derecho*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1980.
- Pérez Royo, Javier, *Curso de Derecho Constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 11a. ed., 2007.
- Prieto Sanchís, Luis, *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, Lima, Palestra, 2007.
- Rodríguez, Orlando Alfonso, *La presunción de inocencia. Principios Universales*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2da. ed., 2000.
- Simon, Farith, “La familia y los grupos de atención prioritaria en la Constitución del 2008”, en Diego Pérez, comp., *La Constitución Ciudadana*, Quito, Taurus, 2009.

El tribunal constitucional del ecuador frente a la demanda de inconstitucionalidad por falta de motivación de las resoluciones que niegan la condición de refugiado/a

Gina Benavides Llerena

Sumario

1. Introducción. 2. Antecedentes: Acción de Amparo Constitucional. 2.1. Demanda. 2.2. Respuesta del Estado. 2.3. Resolución. 3. Apelación por denegación de recurso de amparo constitucional. 3.1. Fallo de mayoría. 3.2. Voto Salvado. 4. Análisis sobre Interpretación Constitucional. 4.1. Interpretación Constitucional. 4.2. Análisis de Interpretación en el caso concreto. 5. Evaluación crítica final. 6. Bibliografía.

1. Introducción

Ecuador históricamente ha tenido una práctica de acogida a las personas con necesidad de protección internacional, sin embargo, ésta tradición humanitaria se modificó, a partir del año 2004, con la implementación de políticas de restricción al ingreso¹ y al reconocimiento de refugio a personas extranjeras, especialmente de nacionalidad colombiana.

Estas medidas fueron adoptadas como respuesta al notable incremento de la demanda de refugio², y se tradujeron en: una drástica disminución de las

¹ A partir de mayo del 2004 se estableció como requisito para el ingreso de personas colombianas la presentación del Pasado Judicial, medida claramente discriminatoria y contraria a las normas de la Comunidad Andina de Naciones sobre libre tránsito de nacionales de dicha comunidad.

² De acuerdo a datos de la Conferencia Episcopal del Ecuador y de la Oficina de Refugiados del Ministerio de Relaciones Exteriores, entre los años 1979 y 1999 se presentaron 709 solicitudes de refugio de personas colombianas. De acuerdo a ACNUR y al Ministerio de Relaciones Exteriores, estas solicitudes se empiezan a incrementar a partir del año 2000 con 475, 3017 en el año 2001; 6766 en el 2002, y su pico más alto fue el año 2003 con 11.463 solicitudes. En el año 2004 desciende a 7963, promedio que se mantiene hasta la actualidad. El total acumulado de solicitudes entre 2000 y 2007 (julio) es de 50.177 solicitudes.

tasas de reconocimiento³; y en la emisión de resoluciones denegatorias sin motivación⁴, amparadas en la facultad discrecional y soberana del Estado Ecuatoriano.

Frente a ellas, desde finales del 2004, cuatro solicitantes de refugio negados⁵ plantearon acciones de amparo constitucional, por violación al derecho a la seguridad jurídica, el debido proceso (motivación y defensa) y el principio de no devolución. Todas las acciones fueron rechazadas en primera instancia por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo y, posteriormente aceptadas por el Tribunal Constitucional, el cual determinó la necesidad de motivación como garantía del debido proceso y el respeto al principio de no devolución.

En el presente ensayo se analiza la actuación del Tribunal Constitucional de Ecuador frente a una de estas acciones⁶ y se busca ubicar los alcances y limitaciones que ha tenido la interpretación constitucional realizada.

Para el análisis se parte de una ubicación de los principales elementos del caso sometido a conocimiento del Tribunal Constitucional, se establece el tipo de interpretación realizada, ubicando los principios o valores en juego y se concluye con una valoración crítica de la actuación realizada.

2. Antecedentes: Acción de Amparo Constitucional

La resolución bajo análisis tiene como antecedente la Acción de Amparo Constitucional interpuesta⁷ ante la Segunda Sala del Tribunal Distrital Nro. 1 de lo Contencioso Administrativo, cuyos principales contenidos son:

³ La tasa de reconocimiento ha ido variando: de un 82% en el año 2000, al 23.3% en el 2003, subiendo ligeramente al 28% en el 2004 y manteniendo un promedio hasta el 2007 del 34%. Datos tomados de: Benavides, Gina, “Los Refugiados Colombianos en Ecuador”, ponencia presentada en el evento, *Relaciones del Ecuador con sus países vecinos (Colombia – Perú)*, Quito, Ministerio de Relaciones Exteriores/Planex, 2006.

⁴ Si bien está era una práctica que el Ministerio de Relaciones Exteriores mantenía desde el año 1987 en que interviene en el procedimiento, su arbitrariedad va a ser más evidente en la medida que la tasa de reconocimiento disminuye.

⁵ Tribunal Constitucional Casos: 0106-2005-RA/ Jorge Cortez Pinzón; 0236-2005-RA/ Luis García Monsalve; 235-05-RA/ Jhon Edwin Salazar; 0598-2005-RA Danilo Moreno Peralta, Auspiciados por la Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos.

⁶ La resolución escogida es la tercera emitida por el Tribunal de las cuatro planteadas. Ella reproduce los principales argumentos de las dos anteriores.

⁷ Acción presentada el 5-11-04, por Jhon Edwin Salazar García, ciudadano de nacionalidad colombiana, por sus propios derechos y los de su familia.

2.1. Demanda

El acto ilegítimo impugnado es la decisión mediante la cual se niega el reconocimiento del estatuto de refugiado, adoptada en segunda y definitiva instancia, por el Ministro de Relaciones Exteriores.

[S]u caso no cumple con los requisitos necesarios para determinar la condición de refugiado, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 1 y 2 del Decreto 3301, de 1992, por el cual se reglamenta la aplicación en el Ecuador de las normas contenidas en la Convención de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y su Protocolo Facultativo.⁸

La justificación del daño grave se basa en que tras la negativa se concede a la persona afectada por la resolución, una permanencia legal de 30 días en el país, a fin de que defina su situación migratoria, lo cual la coloca en situación de indefensión, bajo riesgo de ser detenida y deportada al país de donde huyó, con riesgo para su seguridad y vida.

Los derechos constitucionales que se considera violados son: La seguridad jurídica, el debido proceso, las garantías del debido proceso en especial el derecho de motivación y defensa; y el principio de no devolución.⁹

La petición se concreta en la revocatoria de la resolución negativa adoptada, la emisión de una decisión motivada y la expedición de carnes de solicitantes de refugio, para garantizar su permanencia legal y evitar el riesgo de deportación.

2.2. Respuesta del Estado

El Ministerio de Relaciones Exteriores y la Procuraduría General del Estado dentro de la correspondiente audiencia sostuvieron que: el amparo era improcedente porque la pretensión del actor era materia de un recurso contencioso

⁸ Resolución contenida en el Memorando Nro. 464-GM/2004, de 23 de agosto del 2004, notificada el 15-10-04, suscrita por el Secretario de la Comisión para la Determinación de la Condición de los Refugiados en el Ecuador, del Ministerio de Relaciones Exteriores de Ecuador.

⁹ Arts. 23.26, 23.27, 24.13, 24.5 de la CPE; Art. 33 párrafo 1, de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados; Art. 22.8 de la Convención Americana de Derechos Humanos; Art. 31 de la Ley de Modernización del Estado; Art. 156, numeral 3ro del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva; Art. 4 del Reglamento para el control de la discrecionalidad de los actos de la administración Pública; y Art. 13 del Decreto 3301 que Reglamenta la aplicación de la Convención de 1951 y su Protocolo Facultativo.

administrativo. Por su parte, el Ministerio de Relaciones Exteriores argumentó que el accionante no demostró reunir las condiciones de refugiado, que no existe daño grave e irreparable, porque su situación es la de cualquier ciudadano extranjero que no tiene una situación migratoria regular y que si desea permanecer en el país debería legalizar su situación migratoria a través de la obtención de una visa.

2.3. Resolución

El Tribunal de lo Contencioso Administrativo, el 20-12-04, negó la acción, sosteniendo que el accionante ha confundido la acción, recurriendo a la vía constitucional cuando correspondía la contenciosa de control de la legalidad de los actos administrativos.

En la especie de la pretensión transcrita resulta evidente para la Sala que, el accionante pretende que dejándose sin efecto, el acto razón del amparo, se ordene que la autoridad emita otro, pero motivado, con lo cual no se cuestiona la negativa del estatuto de refugiado sino que se aprecia que esta deba motivarse, aunque se mantenga esa negativa. Aspectos que únicamente pueden ser tratados dentro de un proceso jurisdiccional contencioso administrativo, y no dentro de la esfera del amparo constitucional.¹⁰

3. Apelación por denegación de recurso de amparo constitucional

3.1. Fallo de mayoría

La Segunda Sala del Tribunal Constitucional, avocó conocimiento del caso por apelación¹¹ y un año y medio después, el Pleno del Tribunal con el voto de cinco magistrados a favor y el voto salvado de cuatro, resolvió revocar la resolución del Tribunal de instancia, concediendo el amparo y disponiendo que el Ministro de Relaciones Exteriores pronuncie una nueva resolución en forma motivada.¹²

En los considerandos del fallo se establece que la resolución cuestionada, no cumple con los presupuestos del Art. 24 num 13 de la Constitución Política, porque no señala cuáles son los fundamentos de hecho que permiten determinar por qué los solicitantes no son considerados refugiados. Por lo que

¹⁰ Resolución Segunda Sala del Tribunal Constitucional, Amparo 12247-CSA, 20-12-04.

¹¹ Interpuesta el 22-12-04, y de la cual avocó conocimiento el Tribunal mediante 2 providencias, la de 29 de marzo del 2005 y 15 de marzo del 2006.

¹² Resolución Nro. 0235-05-RA, emitida el 1-08-06.

carece de legitimidad y a la vez, vulnera el derecho al debido proceso, dejando al accionante en indefensión.

Además señala que si bien el acto de otorgar refugio podría considerarse un acto discrecional, sin embargo, la Constitución Política establece que todo acto de autoridad que afecte a las personas debe ser motivado, y no determina ninguna exclusión, por lo que se considera que aún los actos discrecionales deben observar el cumplimiento de este derecho a favor de las personas.

Por su parte, al entrar a analizar el daño grave causado parte de considerar que la determinación del plazo de 30 días, no tiene base legal que lo fundamente y no se ajusta a la consideración de un plazo razonable, prevista por el ordenamiento nacional e internacional para precautelar el derecho de no devolución.

Esta situación evidencia el daño grave pues la falta de motivación coloca a la persona en situación de incertidumbre, ya que al no legalizar su situación en el país corre el riesgo de ser devuelta a su país de origen, con los riesgos de inseguridad y amenaza a la vida, que la legislación internacional de refugio busca evitar.

Tras analizar esta situación y para preservar el derecho a la no devolución el Tribunal recomendó al Ministro de Relaciones Exteriores:

Que al negar el estatuto de refugiado a un extranjero, debería conceder un plazo razonable para que éste pueda obtener su admisión en otro país, lo cual no excluye que dentro de ese plazo pudiera legalizar su situación migratoria en el Ecuador.

Que al negar la solicitud de reconocimiento del estatuto de refugiado debe quedar claramente señalado, que no procede la devolución del solicitante al país del cual ha salido para precautelar su seguridad, libertad o vida.

3.2. Voto Salvado

El voto salvado se fundamentó en la consideración de que la condición de refugiado es un “acto de gobierno”, frente al cual no procede acción de amparo constitucional, conforme lo establece la Resolución Obligatoria de la Corte Suprema de Justicia sobre Interpretación de la Acción de Amparo:

La concesión o no de la calidad de refugiado no es una obligación del Estado, ni un derecho *per se* del solicitante, es un acto potestativo de Gobierno que implica el ejercicio de una actividad indelegable, estatal y privativa de la

Función Ejecutiva.¹³

4. Análisis sobre Interpretación Constitucional

4.1. Interpretación Constitucional

Para analizar la interpretación constitucional es necesario ubicar el cambio de paradigma que ha operado en el Derecho, en la definición misma de legalidad, pasando de una comprobación del cumplimiento de requisitos de carácter formal, al respeto de requisitos sustanciales fundada en principios y derechos de la persona. Es decir el paso de un Estado de Derecho a un Estado Social y Constitucional de Derechos, o lo que Ferrajoli denomina un Estado Derecho en sentido fuerte:

En sentido fuerte o sustancial, el Estado de Derecho designa sólo aquellos ordenamientos en los que los poderes públicos están, además, sujetos a la ley (y por tanto limitados o vinculados por ella) no sólo en lo relativo a las formas, sino también a los contenidos [...] Estados en los que todos los poderes [...] están vinculados al respeto de principios sustanciales, establecidos por las normas constitucionales, como la división de poderes y los derechos fundamentales.¹⁴

En el Estado Constitucional de Derechos son principios fundamentales: la supremacía constitucional, el carácter normativo de la Constitución, el valor fundamental de los derechos humanos y la incorporación de la legislación internacional de protección de derechos humanos.

De acuerdo a Rodolfo Vigo¹⁵, el reconocerle fuerza normativa a la Constitución implica que cumple un alcance diverso, una función directiva estableciendo como ha de obrarse y también una función preceptiva mandando que esa operación se realice. Los modos a través de los cuales la Constitución cumple con su finalidad son los valores, principios y reglas, pero estos no establecen procedimientos totalmente definitivos, muchas veces entran en contradicción, por lo que es necesario determinar el diferente alcance que estos tienen, determinar

¹³ Voto Salvado de los doctores Jacinto Loaiza Mateus, Juan Montalvo Malo, Carlos Soria y Santiago Velásquez Coello, en el caso Nro. 0235-05-RA.

¹⁴ Luigi Ferrajoli, "Pasado y Futuro del Estado de Derecho", en Carbonell, Miguel, edit., *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003, pp. 13 y 14.

¹⁵ Luis Vigo, *Interpretación Constitucional*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, p. 64.

con claridad cuáles son los principios en juego y buscar armonizarlos, a través de un ejercicio de razonabilidad y ponderación, en caso de que exista contradicción.

Además, conforme lo señala Zagrebelsky,¹⁶ asumir una interpretación por principios implica buscar que el derecho vuelva a la realidad, operar en cada caso concreto conforme al valor que los principios asignan a la realidad. Se trata, por tanto, de buscar una validez práctica y construir un “derecho viviente” capaz de responder adecuadamente a las necesidades de las personas y al efectivo ejercicio de sus derechos.

De esta forma, aunque la doctrina reconoce que en la interpretación constitucional se pueden utilizar los métodos jurídicos tradicionales de interpretación (gramatical, sistemática, histórica y teológica), existen métodos específicos de interpretación como son: el juicio de razonabilidad, la ponderación, la interpretación conforme a la Constitución, la teoría del núcleo esencial, entre otros.

La adopción de cualquiera de dichos métodos exige a su vez, conforme lo señala Bernal y Pulido, un ejercicio fuerte de argumentación jurídica, que garantice que la decisión del juzgador sea racional, fruto de un razonamiento respetuoso de las reglas de la lógica y de argumentación, y que se basa en los principios: consistencia, eficiencia, coherencia, generalización y sinceridad.¹⁷

4.2. Análisis de Interpretación en el caso concreto

En el caso bajo análisis se considera que el Tribunal Constitucional ha efectuado una interpretación mixta, que combina un ejercicio formal de subsunción del acto a los contenidos jurídicos, con un análisis de tipo sustancial, aunque con una argumentación poco sistemática y completa.

El fallo parte estableciendo los principios y reglas que se va a utilizar para la interpretación constitucional, pero se limita a mencionarlos formalmente. Así establece el valor supremo de la Constitución, su carácter normativo, el principio *pro homine*, el valor de las normas de legislación internacional y señala los principios de la interpretación constitucional, sin embargo, durante el desarrollo del fallo no hay un análisis que permita asumir como éstos se aplican frente a cada situación.

El Tribunal divide el análisis del contenido del acto administrativo en dos

¹⁶ Gustavo Zagrebelsky, *El Derecho Dúctil. Ley, Derechos, Justicia, El Derecho por Principios*, España, Editorial Trotta, Segunda Edición, 1997, p. 122.

¹⁷ Carlos Bernal Pulido, *El Derecho de los Derechos. Escrito sobre Aplicación de los Derechos Fundamentales*, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 51

partes: la una referente a la negación de la condición de refugiado y la otra sobre la determinación de un plazo para la legalización de la permanencia en el país.

En relación el primer aspecto, el tribunal realiza una labor de subsunción o comparación entre el artículo 24(3) de la Constitución y el contenido del acto administrativo cuestionado, labor que se facilita porque dicho numeral es una verdadera regla con sujetos, contenidos y consecuencias determinadas. Llegando así a la conclusión evidente de que no existe motivación. Pero además, realiza una reflexión importante, al considerar que dicho acto, pese a que puede ser considerado discrecional, igualmente debe ser motivado, tomando como referente el propio contenido de la regla constitucional y a la determinación de que ésta no ha previsto excepción alguna.

Es justamente en esta segunda parte del análisis donde se evidencia un ejercicio de interpretación constitucional cuando se ubica el alcance que tiene el derecho de motivación. Sin embargo, hubiera sido importante determinar cómo ello se enmarca no sólo en una comprensión literal del artículo constitucional, sino en la aplicación del principio *pro homine* y de supremacía constitucional que obliga a todas las autoridades del Estado, incluidas las administrativas, a adecuar sus actuaciones a lo establecido por la Constitución.

En relación al segundo aspecto, el Tribunal realiza una revisión formal determinando que si bien la concesión de plazo está prevista por la ley, dicho plazo no se ajusta a un tiempo determinado sino a un criterio de razonabilidad, el cual a su vez esta relacionado con la protección del principio de no devolución, y con el daño grave que genera por el riesgo de deportación. Para esta reflexión se sustenta en la normativa internacional y nacional de protección de refugiados.

Al respecto resulta importante observar como el tribunal, tras un análisis formal, ubica la trascendencia de un principio fundamental en materia de protección de los refugiados, como es el de no devolución. Principio no previsto expresamente en la Constitución de 1998, pero si en el marco de protección internacional de derechos humanos vigente en el país. Sin embargo, hubiera resultado fundamental que al hacerlo, hubiera señalado expresamente como dicho principio, se debe tener como parámetro válido de interpretación y aplicación constitucional, es decir incluirlo en el bloque de constitucionalidad. Nuevamente entonces se evidencia la necesidad de que los principios establecidos de manera formal en la parte introductoria de la sentencia, adquieran una concreción práctica, hecho que hubiera coadyuvado a una mejor ubicación de los alcances del fallo y contribuido a una adecuada determinación de precedentes.

El análisis del plazo y su vinculación con el daño grave, así como su necesario ajuste al principio de no devolución, llevan a que el Tribunal formule

dos recomendaciones concretas, hecho que se considera importante desde el punto de vista de la interpretación constitucional, en la medida que evidencian una comprensión de los principios en el marco de la realidad y las necesidades de protección humanitaria que determina la condición de refugiado. Sin embargo, dichas recomendaciones, se quedan en un mero exhorto, inscritas en el *ober dicta* del fallo, cuando bien podría haberse incluido en la parte resolutive, determinando su cumplimiento obligatorio como parte de la emisión de una resolución motivada.

Por último, siendo este caso el tercero conocido y resuelto por el tribunal, sobre el mismo contenido material, y por tanto revelador de una práctica general para todos los solicitantes de refugio, se establecía la necesidad de que el Tribunal adoptará una resolución obligatoria de procedimiento, que coadyuvará a un mejoramiento del sistema administrativo de reconocimiento, con efectos generales.

Valores o principios constitucionales en juego

Uno de los principios claves de la interpretación constitucional está en mirar a la Constitución como una unidad, como un todo, y no como normas aisladas. Al realizar este tipo de abordaje indudablemente surgen las contradicciones y labor del legislador debe estar encaminada a buscar que el sistema guarde coherencia, a través de la interpretación basada en la razonabilidad y en la ponderación de todos los principios.

Los argumentos esgrimidos en la demanda, los argumentos emitidos por los representantes del Estado, el fallo emitido en primera instancia por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, y la propia práctica del procedimiento de refugio, develan que en el caso, se encontraban varios principios constitucionales en juego, los cuales no fueron explícitamente desglosados y trabajados en el fallo.

En primer lugar se ubican los principios contemplados en el Art. 29 que establece el derecho de asilo; el derecho de debido proceso incluida la motivación (Art. 24.13), el derecho de no devolución (Art. 33 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados y 13 del Reglamento para aplicación en el Ecuador de dicha Convención); el derecho a la vida, integridad e igualdad (Art. 23 numerales 1,2 y 3); y por otra parte, la soberanía estatal (Art. 1)

Aunque no fue invocado por las partes, hubiera resultado importante, que el Tribunal ubique el alcance del derecho de asilo contemplado por la Constitución y determinar como éste, a su vez comporta la obligación del Estado a tramitarlo conforme a las normas del debido proceso. Sin duda la valoración efectuada sobre la necesidad de la motivación aun de los actos discrecionales,

contribuye a esta reflexión, pero hubiera alcanzado mayor trascendencia si se hubiera vinculado directamente con este derecho.

Por otro lado, hubiera sido importante profundizar sobre el valor del principio de no devolución, su carácter de *jus cogens* y las implicaciones que tiene para el cumplimiento del derecho de asilo previsto por el ordenamiento jurídico ecuatoriano. Además aunque el tribunal relaciona este derecho con la protección de principios importantes como la vida e integridad, no los desarrolla. Estos podrían ser fundamentales en un juicio de razonabilidad y ponderación, por ejemplo para determinar su mayor valor frente a otros principios como el de soberanía estatal, en base al cual las autoridades públicas fundamentan la decisión de conferir o no el reconocimiento de refugiado.

Igualmente, se podría haber ubicado como la ausencia de motivación vulnera el derecho a la igualdad, al crear una situación claramente discriminatoria al excluir del derecho de motivación, a los solicitantes de refugio, en base a un supuesto carácter discrecional y soberano del Estado. Este principio podría haber entrado en un juicio de ponderación y proporcionalidad y contribuido a una reconceptualización del principio de soberanía estatal ya mencionado.

En segundo lugar, encontramos que el caso plantea un conflicto entre la acción de amparo prevista como garantía frente a violación de derechos subjetivos (Art. 95) y el derecho de impugnación de los actos de la administración (Art. 196)

En el fallo no se encuentra una reflexión expresa sobre este conflicto, que fue el argumento esgrimido por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo para desechar la acción de amparo y además tomado parcialmente por el voto salvado.

En este sentido, el Tribunal debió haberse pronunciado expresamente sobre la pertinencia de la acción de amparo y argumentar jurídicamente porque pese a que el caso podría haberse ventilado mediante una acción de control legal, procedía la vía constitucional. Al respecto, hubiera sido pertinente que el Tribunal asumiera los criterios emitidos por Hugo Ordoñez y Alberto Wray en su análisis sobre la constitucionalidad de los actos administrativos.

Conforme al primero, el criterio teórico que habría de seguirse para determinar la procedencia del recurso contencioso administrativo o de la demanda de inconstitucionalidad sería en cada caso, el de la inmediatez del precepto constitucional infringido: si el acto administrativo viola de modo inmediato la norma constitucional, procedería la demanda de inconstitucionalidad; en caso contrario no; y operaría el recurso contencioso administrativo.¹⁸

¹⁸ Hugo Ordoñez Espinoza, El control de constitucionalidad de los actos Administrativos. La

Reflexión que se complementa con la de Wray, quien sostiene que si se trata de un acto de alcance particular, es decir que afecta a personas determinadas, normalmente la infracción constitucional conlleva el desconocimiento de un derecho subjetivo. Si además acarrea un daño inminente y grave, el camino más idóneo es la acción de amparo. Si no hay daño inminente o si el daño no es grave, bien podría el tema ventilarse ante los tribunales ordinarios, posiblemente ante la jurisdicción contenciosa administrativa.¹⁹

Además parecería importante que el Tribunal al solucionar este conflicto, invoque expresamente principios como el *pro homine*, el carácter normativo de la constitución, el valor trascendental de los derechos humanos y su protección, haciendo expresamente el reconocimiento del carácter substancial que estos derechos tienen con independencia incluso de la ley, y la trascendencia que tiene la existencia de un recurso efectivo e inmediato para la protección de los derechos.

Al respecto se debe destacar la ausencia de invocación a la propia jurisprudencia que en ese sentido ha producido el Tribunal.

En el campo de los derechos humanos, la interpretación constitucional toma especial trascendencia, puesto que ésta debe contribuir de manera eficaz a que los derechos de la persona mantengan su efectiva vigencia [...] en materia de derechos humanos, la interpretación adquiere caracteres específicos en consideración del objeto y fin que tienen las normas protectoras de los derechos de la persona. Por un lado, las normas de derechos humanos establecen los valores esenciales que deben ser respetados en el ser humano y, por otro, tienden a crear las garantías necesarias para que su ejercicio sea realizado a plenitud [...] como reconocimiento expreso de lo manifestado, la Constitución Política del Ecuador recoge principios generales para el efectivo respeto a los derechos humanos que garantiza la propia Constitución, y para el caso, debe resaltarse el contenido en el Art. 18, inciso 2 (de la CPE).²⁰

5. Evaluación crítica final

Si bien, la resolución del Tribunal Constitucional sobre el reconocimiento del derecho de motivación de las decisiones que niegan la condición de

Demanda de Inconstitucionalidad en el Ecuador, Pudeleco, Editores, Quito, 1997, pág. 49 a 52.

¹⁹ Alberto Wray, “La declaratoria de inconstitucionalidad de los actos administrativos”, en Derecho Procesal Constitucional, t. II, Quito, USFQ, 2002, p. 128

²⁰ Resolución No. 239-2002-RA, de 28 de agosto de 2002.

refugiado constituyen una contribución importante para la adecuación de este procedimiento administrativo a las normas constitucionales y de legislación internacional de derechos humanos; evidencia limitaciones en la interpretación que reducen el impacto sustancial que pudo haber tenido para un efectivo tratamiento de la institución del asilo/refugio en Ecuador.

Es claro que en el Tribunal todavía persiste una práctica formal de interpretación y no de análisis sustantivo y material. Ello se evidencia en el limitado nivel de argumentación, pues no existe una ubicación de los principios en juego, no establece el valor de las reglas y como éstas se aplican en el marco de los principios y valores; como tampoco llega a determinar posibles conflictos, frente a los cuales podría realizar un ejercicio de ponderación.

Es importante señalar el poco valor que el Tribunal otorga a la creación del precedente y la adopción de criterios que permitan por ejemplo resolver situaciones reiterativas y que develan problemáticas generales. En el caso que nos ocupa el Tribunal aunque llegó a determinar una práctica persistente en el sistema de reconocimiento de refugio, no estableció acciones concretas que permitan una modificación sustancial y con efectos generales.

En este mismo sentido, resulta evidente que en el Tribunal no hay una práctica de suficiente valoración de la importancia del precedente. Ello se evidencia, cuando se comprueba que sobre la situación analizada, el Tribunal emitió cuatro fallos de aceptación del amparo, casi todos simultáneos en el tiempo, sin embargo, dos fueron aceptados por unanimidad y los otros dos con votos salvados, pero en ninguno de ellos se hizo referencia a los casos ya ventilados y resueltos.

Si bien se debe destacar la actuación del Tribunal Constitucional frente a la problemática planteada es necesario reconocer la necesidad de que sus pronunciamientos estén acompañados de medidas efectivas y oportunas para su cumplimiento. En el presente caso, el fallo constitucional fue emitido dos años después de interpuesta la demanda, durante todo ese tiempo, ni por vía administrativa ni judicial, se acogió la solicitud de que se otorgara un carne provisional al solicitante y su familia hasta que se emitiera el fallo definitivo. La dilatación en el tiempo y el riesgo de deportación inminente, llevaron a que el solicitante perdiera contacto con la organización que auspicio su demanda. Una vez notificado el fallo, la Dirección General de Refugiados del Ecuador argumentó que el cumplimiento sólo se podría hacer con la presencia de la persona interesada, como ésta no pudo ser contactada no se ejecutó.

De esta forma, aunque este fallo, junto con los otros tres emitidos por el Tribunal, lograron que el sistema nacional de reconocimiento de refugio

evaluará la necesidad de motivar las decisiones (práctica que todavía no es sistemática), en el caso concreto no logró una restitución de derechos. Hecho que evidencia la necesidad de que las garantías para ser tales deben trascender la mera proclamación formal y concretarse en vías efectivas y oportunas de aplicación.

Por último, es necesario tener presente que la demanda de protección internacional es una realidad social vigente en Ecuador y en ella está en juego derechos fundamentales como la vida, integridad, libertad y seguridad de personas, familias y colectivos. Esta realidad, dado el contexto regional, va a perdurar en el tiempo y amerita soluciones eficaces desde diversos órdenes incluido el derecho.

6. Bibliografía

- ACNUR – Ministerio de Relaciones Exteriores, *Estadísticas de Solicitudes de Refugio*, 2000 a 2007.
- Benavides, Gina, “Los Refugiados Colombianos en Ecuador”, ponencia presentada en el evento, *Relaciones del Ecuador con sus países vecinos (Colombia – Perú)*, Quito, Ministerio de Relaciones Exteriores/Planex, 2006.
- Bernal, Pulido Carlos, *El Derecho de los Derechos. Escrito sobre Aplicación de los Derechos Fundamentales*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005.
- Conferencia Episcopal del Ecuador, *Estadísticas de Solicitudes de Refugio de Personas Colombianas*, 1979 -1999.
- Constitución Política de la República del Ecuador.
- Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y su Protocolo Facultativo.
- Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva.
- Ferrajoli, Luigi, “Pasado y Futuro del Estado de Derecho”, en Carbonell, Miguel, edit., *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003.
- Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo
- Ordoñez, Hugo, *El control de constitucionalidad de los actos Administrativos. La Demanda de Inconstitucionalidad en el Ecuador*, Quito, Pudeleco, 1997.
- Reglamento para la aplicación en el Ecuador de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados
- Reglamento sobre Discrecionalidad de Actos Administrativos.
- Tribunal Constitucional del Ecuador, Expedientes de Amparo, Nros. 106-2005-RA/ Jorge Cortez Pinzón; 0236-2005-RA/ Luis García Monsalve; 235-05-RA/ Jhon Edwin Salazar; 0598-2005-RA Danilo Moreno Peralta.
- Vigo, Luis, *Interpretación Constitucional*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot.

- Wray, Alberto, “La declaratoria de inconstitucionalidad de los actos administrativos”, en *Derecho Procesal Constitucional*, t. II, Quito, USFQ, 2002.
- Zagrabelsky, Gustavo, “El Derecho por Principios” en *El Derecho Dúctil. Ley, Derechos, Justicia*, Madrid, Trotta, 2a. ed., 1997.

Sentencias Constitucionales

Jhoel Escudero Soliz

Sumario

1. Introducción. 2. Parámetros generales de las sentencias constitucionales y su diferencia con las sentencias de otras materias. 3. ¿Qué parte de las sentencias de constitucionalidad tiene fuerza de cosa juzgada? 4. Clasificación de las sentencias constitucionales. 4.1. Las sentencias desestimativas. 4.2. Sentencias estimativas. 5. El Precedente constitucional. 5.1. La Obligatoriedad del precedente. 5.2. Alejamiento del precedente. 5.3. La Disanalogía. 5.4. Distinción entre Ratio Decidendi y Obiter Dicta. 5.5. Progresividad en la jurisprudencia. 5.6. Reparación integral. 6. Bibliografía.

Las sentencias en materia constitucional sugieren una serie de cambios y exigencias que se diferencian de las sentencias emitidas en otras materias, lo cual involucra la participación activa de los operadores de justicia, para abordar cabalmente el tema se desarrollarán los siguientes tópicos: (i) introducción; (ii) parámetros generales de las sentencias constitucionales; (iii) clasificación de las sentencias de constitucionalidad, (iv); el precedente constitucional; y, (v) reparación integral.

1. Introducción

La Constitución de la República del Ecuador vigente, al reconocimiento constitucional de los derechos añade diversos mecanismos de protección –garantías jurisdiccionales– los mismos que se configuran como elementos imprescindibles para su real eficacia jurídica.¹ La interpretación jurídica constitucional se la realiza preferentemente mediante las decisiones de la Corte Constitucional que son autos, dictámenes y sentencias. Pero, desde luego el precedente constitucional está contenido en las sentencias de la Corte Constitucional ya sea en materia de constitucionalidad, de protección de derechos, o sobre la cuestión de constitucionalidad en los procesos que conoce esta institución.

¹ Claudia Storini, “Las Garantías Constitucionales de los derechos fundamentales en la Constitución ecuatoriana del 2008”, en *La Nueva Constitución del Ecuador, Estado derechos e instituciones*, Quito, UASB-E/Corporación Nacional de Estudios, 2009, p. 287.

La sentencia constitucional es un acto procesal con el cual culmina el proceso constitucional. Además, es la forma como la Corte Constitucional interpreta la Constitución.² También, es “una actividad [de] interpretación e integración creadora del derecho.”³ Es considerada como fuente formal del derecho. Al respecto Humberto Sierra Porto dice: “[...] la posición de la sentencia constitucional en el sistema de fuentes es de gran importancia para determinar el grado de circulación de los poderes públicos a las decisiones de la Corte Constitucional, en este contexto la doctrina sitúa a la sentencia constitucional en un lugar indeterminado entre la Constitución y la ley (cuando las sentencias interpretan las normas de la Constitución) o en una posición igual a la ley (cuando las sentencias interpretan constitucionalmente las leyes), en todo caso no es un lugar inferior al que ocupan las leyes.

El fundamento de la posición privilegiada es consecuencia de la existencia misma de la justicia constitucional y de la Supremacía de la Constitución sobre los poderes constituidos. En este sentido, la Corte Constitucional (mediante sus decisiones y sentencias), como garante de la Constitución frente a los demás poderes constituidos, debe estar en una posición superior al de estos, o, por lo menos, de sus decisiones.⁴

Como veremos más adelante las sentencias constitucionales (Art. 86.4, 436.6., 440 CRE) pueden ser de protección de derechos (Art. 5, 17 y 25 LOGJCC), modulatorias, de inconstitucionalidad (Arts. 91 y 95 LOGJCC), de omisión constitucional (Art. 130 LOGJCC), de control constitucional de leyes objetadas por el Presidente de la República (Art. 132 LOGJCC), y de control concreto de constitucionalidad (Art. 143 LOGJCC), que se someterán a los reglas de sentencias de control abstracto de constitucionalidad.

Los efectos de las sentencias de la Corte Constitucional son en el tiempo, la materia, y el espacio (Art. 5 LOGJCC), poseen cosa juzgada constitucional y por ende vinculan a todas las personas y los poderes públicos. Esto significa que todas las personas y las autoridades deben seguir la interpretación dada por la Corte Constitucional (efectos erga omnes).

² Marco Gerardo Monroy, *La Interpretación Constitucional*, Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 2002, p. 22.

³ Rubio Llorente, *jurisdicción constitucional como forma de crear el derecho* citado por Marco Gerardo Monroy, *La Interpretación Constitucional*, Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 2002, p. 22.

⁴ *Ibidem*, p. 23.

2. Parámetros generales de las sentencias constitucionales y su diferencia con las sentencias de otras materias

Diferencias	Sentencia ordinaria	Sentencia constitucional
Definición	La sentencia es la resolución que acogiendo o rechazando la demanda del actor afirma la existencia o inexistencia de una voluntad de la ley que garantiza un bien, o, lo que es igual respectivamente, la inexistencia de la voluntad de la ley que garantiza un bien demandado.	La sentencia constitucional es un acto procesal, es la forma como la Corte Constitucional interpreta la Constitución. Es el instrumento por el cual, la Corte, comunica sus decisiones y en algunos casos la creación de derecho.
Principios rectores de la sentencias	Principio de congruencia.- La sentencia deberá decidir únicamente sobre los puntos que se trabó la litis (Art. 273 CPC), valorar las pruebas (principio de contradicción de pruebas).	Principio iura novit curia, el juez conoce el derecho, según el cual el juez conoce el derecho aplicable y, por tanto, no es necesario que las partes prueben en un litigio lo que dicen las normas.
Principios Dispositivo, concentración e intermediación.	El juez se rige por reglas, realiza una actividad subyuntiva de los hechos a la norma legal –premisa mayor, menor y conclusión-.	En la sentencia existe una actividad de interpretación, integración y creación del derecho.
Aplicación de normas	La sentencia, no es un instrumento que cuestiona las reglas, sino que sin cuestionar ni valorar –con criterios de que es justo o equitativo- se aplican.	Se puede cuestionar las reglas, va más allá del derecho positivo y del formalismo (equidad y subsanable). Se aplican los principios constitucionales si son justos. Es un instrumento que sostiene la Supremacía de la Constitución.
Fuente del derecho	Los fallos de triple reiteración son fuente del derecho. Se ubican por debajo de las ordenanzas.	Es fuente directa del derecho y poseen una posición privilegiada.
Reparación	Se agota en la reparación económica.	Repara integralmente.

Generalmente las sentencias de constitucionalidad poseen las siguientes partes:

motivada, estricta y formal. En la primera existe motivación jurídica, se relaciona con la exigencia de motivación de las decisiones por parte de los órganos aplicadores del derecho, 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.⁵

Dentro de las exigencias de la nueva concepción del papel del juez constitucional, sin duda viene ligada a un deber de justificación de sus actos, pues es el propio andamiaje democrático, vela por el cabal cumplimiento de las facultades conferidas a éste poder. El deber de motivar las sentencias, en una medida es considerado como un derecho fundamental.⁶ El artículo 436.6 de la Constitución vigente dice: las sentencias son el instrumento para la expresión de máxima instancia de interpretación constitucional. Así mismo, expresan la efectividad de la Constitución en las sentencias constitucionales ya que poseen un 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.⁷

Según Alejandro Nieto, cabe realizar las siguientes precisiones conceptuales que nos permitirán en todo caso dilucidar el término “motivación”:⁸

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.

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 interprete tiende a responde a la pregunta del “porqué se ha tomado la decisión.

La justificación (motivación jurídica, o contexto de justificación) no

⁵ Jhoel Escudero, “El Cambio de la Cultura Jurídica en el Ecuador”, en David Cordero Heredia, edit., *Nuevas Instituciones del Derecho Constitucional Ecuatoriano*, Quito, Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos INREDH, 2009.

⁶ Omar Vázquez Sánchez, *La Argumentación jurídica en el Tribunal Constitucional de España los casos fáciles difíciles y trágicos*, 09/03/11 en: <http://www.filosofiyderecho.com/rftd/numero9/10-9.pdf>.

⁷ Artículo 13 de la Ley de Jurisdicción Constitucional de Costa Rica.

⁸ Establece la Constitución española, en su artículo 120. 3.

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 “¿porqué se ha debido tomar la decisión o, por qué una decisión es correcta?”

La argumentación, en fin, es la forma de expresar o manifestar –y, por supuesto, defender– el discurso justificativo. Las motivaciones psicológicas pueden ser descritas, más no argumentadas”.⁹

La carga argumentativa de forma estricta es el sustento de las resoluciones, de las cuales se exige que sean claras, precisas, coherentes, coordinadas y razonadas. De forma integral las sentencias constitucionales, al exponer razonamientos jurídicos desde la perspectiva del juez que soluciona el conflicto constitucional, son vistas como actos de mera discrecionalidad. La carga argumentativa se relaciona con un deber constitucional de generar certidumbre en la realización de la justicia.

Una vez que se ha emitido que una sentencia que funda una línea jurisprudencial, las posteriores resoluciones de los órganos de justicia (precedente vertical), en relación a casos análogos debe respetar aquella línea jurisprudencial, salvo que exista la necesidad de generar un cambio jurisprudencial. 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 posponerlos– lo que no quiere decir que un principio es más importante que otro en el caso concreto que se resuelve.¹⁰ Al controlar la constitucionalización de una norma, el sistema de justicia constitucional a de ser muy preciso para intervenir en esa norma, ya que en esencia lo que se cuestiona 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.

Sobre la estructura de las sentencias, 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

⁹ Alejandro Nieto, citado por Omar Vázquez Sánchez, *La Argumentación jurídica en el Tribunal Constitucional de España los casos fáciles difíciles y trágicos*, 09/03/11, en: <http://www.filosofiyderecho.com/rtd/numero9/10-9.pdf>.

¹⁰ Manuel Atienza, *Tras la Justicia*, Bogotá, Ariel, 2003, pág. 81.

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 y la reparación integral.

Ahora bien, la motivación constitucional exige que las sentencias cuenten con ciertos parámetros formales para que puedan constituir un medio adecuado para llegar a un fin constitucionalmente justo.

Para efectos didácticos se procede identificar las sentencias en dos grupos: (a) Protección de derechos; y, (b) Control abstracto de constitucional. Con la finalidad de establecer los parámetros generales relacionados al contenido de las sentencias, que deben regirse sobre la base del principio de motivación contenido en el Art. 76.7.L de la Constitución de la República.

Por la forma las sentencias constitucionales de protección de derechos que incluye las de Acción de Protección, Acción por Incumplimiento, Acción Extraordinaria de Protección, Acción Extraordinaria de Protección en caso de decisiones de los Pueblos Indígenas, Acción de Habeas Data, Habeas Corpus y Acceso a la Información Pública, se rigen por lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, que exige al menos que se cumpla lo siguiente:

- Antecedentes: identificación de la persona afectada y de la accionante, de no ser la misma persona; la identificación de la autoridad, órgano o persona natural o jurídica contra cuyos actos u omisiones se ha interpuesto la acción;
- Fundamentos de hecho: La relación de los hechos probados relevantes para la resolución;
- Fundamentos de derecho: La argumentación jurídica que sustente la resolución.
- Resolución: La declaración de la vulneración de derechos, con determinación de las normas constitucionales violadas y del daño, y la reparación integral que proceda y el inicio del juicio para determinar la reparación económica, cuando la hubiere.

Las sentencias de control abstracto de constitucionalidad, dependiendo del caso y de la norma u acto administrativo con efectos generales acusada/o de inconstitucionalidad se producen diferentes efectos: (i) eliminar la norma cuando exista incompatibilidad con la Constitución,¹¹ es decir, la expulsión de la norma del ordenamiento jurídico; (ii) declarar la norma conforme a la Constitución, en ese caso se mantendrá su constitucionalidad; (iii) cuando no se ha desarrollado una norma, teniendo por deber hacerlo, se declarará la omisión constitucional; y,

¹¹ *Ibidem*, p. 263.

(iv) la Corte Constitucional podrá emitir las denominadas sentencias modulativas, a fin de preservar la norma acusada de inconstitucionalidad, sin menoscabo, de que del examen de constitucionalidad por el fondo se desprendan la necesidad de realizar ciertos cambios necesarios para que la norma este de conformidad con la Constitución. La Corte, en uso de la interpretación constitucional de normas y principios constitucionales preexistentes, modulara la sentencia para generar coherencia con el ordenamiento jurídico.¹²

En relación a los requisitos que debe contener las sentencias de control abstracto de constitucionalidad el artículo 91 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, que dice:

Antecedentes procesales, en los que deberá constar al menos:

- Transcripción de la disposición jurídica demandada.
- Indicación expresa, clara, precisa y sucinta de la pretensión y su fundamento.
- Contenido sucinta de las intervenciones.
- Etapas procesales agotadas.

Parte Considerativa, que se refiera al menos a los siguientes temas:

- Competencia de la Corte Constitucional para resolver el caso.
- Planteamiento de los problemas jurídicos de los que depende la resolución del caso.
- Resolución de los problemas jurídicos, que deberá tener en cuenta todos los argumentos expuestos por las partes involucradas en el proceso.
- Síntesis explicativa, en la que se deberá describir de forma clara, concreta, inteligible, asequible y sistemática las cuestiones de hecho planteadas en el razonamiento seguido por la Corte Constitucional para tomar una resolución que se hubiere adoptado.

¹² Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No.- 003-09-SIN-CC, caso No.- 0021-09-IA (JP) Roberto Bhrunis Lemarie: Se “[...] declara la inconstitucionalidad de una interpretación errónea y sostiene que la constitucionalidad de la norma por encontrarla conforme a la Constitución. En uso del Principio de Conservación del derecho, se considera que la declaración de inconstitucionalidad debe ser utilizada como última ratio y que más bien se debe propender a la conservación de la ley. Pero tampoco es una opción viable dejar sueltas interpretaciones o fragmentos inconstitucionales en el ordenamiento jurídico.

Parte resolutive, en la que se pronunciara sobre la constitucionalidad de la disposición demandada y sobre los efectos de la decisión.

Las sentencias están compuestas de razonamientos jurídicos y son un excelente instrumento de interpretación de la normatividad constitucional.¹³ Del ejercicio 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 de subsanar.¹⁴ 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 (*ut supra*).

Según la LOGJCC, los efectos de las sentencias de control abstracto de constitucionalidad son los siguientes:

Art. 94.- Las sentencias que se dicte en ejercicio del control abstracto

¹³ Manuel Becerra “Las Decisiones Judiciales Como Fuente del Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, en *Un Cuarto de Siglo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Liber Amicorum, Héctor Fix-Zamudio*, San José, IIDH, 1998, p. 431.

¹⁴ Tipos de sentencias.- conforme al 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.

de constitucionalidad surten efectos de cosa juzgada y producen efectos generales hacia el futuro. De manera excepcional se podrá diferir o retrotraer los efectos de las sentencias, cuando sea indispensable para preservar la fuerza normativa y superioridad jerárquica de las normas constitucionales, la plena vigencia de los derechos constitucionales, y cuando no afecte la seguridad jurídica y el interés general.

Cuando la declaratoria de inconstitucionalidad de una disposición jurídica produzca un vacío normativo que sea fuente potencial de vulneración de derechos constitucionales o produzca graves daños, se podrá postergar la declaratoria de los efectos de inconstitucionalidad.

Art. 96. [...] 1. Ninguna autoridad podrá aplicar el contenido de la disposición jurídica declarada inconstitucionalidad [...]

2. Cuando la sentencia que desecha la demanda ha estado precedida por un control integral, no se puede formular nuevas demandas [...] mientras subsista el precepto de la demanda.

3. cuando la sentencia no ha estado presidida por un control integral, [no se podrá demanda por los mismos cargos analizados en la demanda]

4. Las sentencias producen efectos generales hacia el futuro. [A excepción de lo establecido en el inciso segundo del artículo 94 supra].

El principio de cosa juzgada constitucional se puede interpretar así:

a) Que el carácter normativo de la Constitución se traduce en que la Corte Constitucional es el máximo y auténtico intérprete de la Constitución; b) Que la función de la Corte se mueve en el campo de la interpretación. La cosa juzgada expuesta en las normas supra (Art. 96.4 y 4 LOGJCC) se puede dividir en explícita e implícita en los siguientes términos: “La parte resolutive de las sentencias de la Corte solo es la Consecuencia inexorable y puntual de las razones y criterios que en ella se exponen sobre el contenido y alcance de un determinado precepto constitucional. Por eso la doctrina constitucional, [...] ha señalado que la cosa juzgada se extiende al argumento que sirve de sustento ineludible al fallo que se pronuncia.”¹⁵ En consecuencia, la parte resolutive concreta la decisión en base a la parte motiva.

¹⁵ Monroy, Marco Gerardo, *La Interpretación Constitucional*, Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 2002, p. 22.

3. ¿Qué parte de las sentencias de constitucionalidad tiene fuerza de cosa juzgada?

La respuesta posee dos dimensiones: gozan de este carácter algunas partes de las sentencias en forma implícita y explícita. Primero, cosa juzgada explícita es la parte resolutive de las sentencias, y gozan de cosa juzgada explícita los conceptos de la parte motiva que guarden una unidad de sentido en el dispositivo de la sentencia, de tal forma que no se pueda entender este sin alusión aquellos. Los fundamentos contenidos en las sentencias de la Corte Constitucional que guardan relación directa con la parte resolutive, son también obligatorios y, en ese sentido deben ser observados por las autoridades públicas y quienes siguen la jurisprudencia. De otro lado, las sentencias constitucionales, a su vez poseen en la parte motiva desarrollos conceptuales que poseen un criterio auxiliar —no obligatorio— esto es *obiter dicta*, como veremos más adelante.¹⁶

En materia de protección de derechos los efectos de las sentencias constitucionales, son: *inter partes*, *inter pares* e *inter comunis*:

(a) Efectos *inter partes*, es decir, que vinculan, fundamentalmente a las partes del proceso.

(b) Efectos *inter pares*, esta sentencia supone que la regla que ella define debe aplicarse en el futuro, a todos los casos similares o análogos.¹⁷

(c) Efectos *inter comunis*, es decir, con efectos que alcanzan —y benefician— a terceros que no habiendo sido parte del proceso, comparten circunstancias comunes con los peticionarios de la acción.¹⁸ Existen reglas mínimas a las que deben sujetarse los beneficiarios de las sentencias *inter comunis*:

- Que se trate de personas en la misma situación de hecho.
- Identidad de los derechos fundamentales vulnerados.
- Identidad del hecho generador de la vulneración.
- Identidad del accionado.
- Existencia común del derecho a reconocer.

¹⁶ 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, 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.

¹⁷ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-534/92; T-203/02; T-T-493/05.

¹⁸ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-1023/01.

- Identidad de la pretensión.¹⁹

4. Clasificación de las sentencias constitucionales

Las sentencias en materia de control constitucional de forma general se pueden clasificar así: Sentencias desestimativas (de total desestimación, parcialmente desestimativas o correctivas) y Sentencias estimativas (de total estimación, aditivas, manipulativas y reductivas).

4.1. Las sentencias desestimativas

Este tipo de sentencias, desestimativas, en materia de protección de derechos como las que se dictan en acciones de protección son aquellas que desestiman la demanda o acción. Estas sentencias, desde luego contienen interpretación de los derechos fundamentales y deben ser motivadas para llegar a esa conclusión.²⁰

Las sentencias parcialmente desestimativas o correctivas, son aquellas que desestiman la acción, corrigen el contenido normativo de la ley; o bien establecen cual es la interpretación correcta o bien declaran ciertas interpretaciones como inconstitucionales. Son positivas cuando establecen la interpretación constitucional correcta. Por tanto, salvo esta, todas las demás interpretaciones posibles aparecen como contrarias a la Constitución.

Son negativas cuando declaran ciertas interpretaciones como inconstitucionales. Por tanto, la norma impugnada como las demás interpretaciones se considera conforme a la Constitución.²¹

4.2. Sentencias estimativas

Son las sentencias que declaran la inconstitucionalidad de la norma impugnada. Es la función de la Corte Constitucional como legislador negativo ya que se encargan de eliminar normas o confirmar su validez.²²

¹⁹ En la práctica constitucional colombiana existe también los efectos de estado de cosas inconstitucional, Corte Constitucional de Colombia, Sentencias T-153/98; T-217/00; T-203/02; T-025/04.

²⁰ *Ibidem* p. 80

²¹ Sentencias No.- 0003-09-SIN-CC caso 021-09-AI Estado de cosas inconstitucional, por lo cual ordena la adopción de políticas o programas que benefician a personas que no interpusieron la acción de protección

²² Hans Kelsen, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Madrid, Tecnos, 1995.

Sentencias manipuladoras, la Corte Constitucional no se limita declarar la ilegitimidad constitucional de las normas que les son sometidas a su conocimiento, sino a que además –comportándose como un legislador- modifica el ordenamiento con el objeto de armonizar la norma controlada con la Constitución.²³ Estas se clasifican en: Las sentencias aditivas, sustitutivas y reductivas.

Sentencias Aditivas son aquellas en las que Corte, no encuentra ninguna interpretación plausible permite mantener la constitucionalidad de la norma acusada de inconstitucionalidad, no obstante de considerar conveniente anular ese precepto, lo que la Corte hace, es más bien, agregar a esa norma un texto en la parte que lo requiere.²⁴ Precisamente por esta razón se llaman *aditivas*.

Sentencias sustitutivas son aquellas en las cuales la Corte declara la ilegitimidad constitucional de la norma que examina, y en lugar de esa norma crea otra. Una norma distinta 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 O1.²⁵

Sentencias reductivas son aquellas que estiman el recurso y rechazan una de las posibles interpretaciones de la norma en cuanto contraría a la Constitución. Las negativas, resuelven la constitucionalidad de la disposición impugnada, pero declarar inconstitucional una posible interpretación de la misma. La reductiva, por su parte, falla en la inconstitucionalidad de la disposición recurrida, siempre que sean interpretadas en un determinado sentido. Tanto en uno como en otro tipo de sentencias se declara la inconstitucionalidad, no ya de la disposición impugnada, sino de cierta interpretación de la misma.²⁶

²³ Ricardo Guastini, “La Constitucionalización del Ordenamiento Jurídico: El Caso Italiano”, en Miguel Carbonell, edit., *Neoconstitucionalismo*, Madrid, 2003, p. 65.

²⁴ Marina Gascón Abellán y Alfonso García Figueroa, *La argumentación Jurídica en el Derecho...*, p. 291

²⁵ Ricardo Guastini, “La Constitucionalización del Ordenamiento Jurídico...”, *op. cit.*, p. 66.

²⁶ Marco Gerardo Monroy, *La Interpretación Constitucional*, Bogotá, Ediciones Librería del

5. 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 Constitución 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.²⁷ La fuerza normativa de los precedentes constitucionales 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.²⁸

Al respecto, cabe señalar que existe un cambio normativo respecto a la creación de jurisprudencia. Por un lado, la regla de la triple reiteración de fallos que irradiaba a todo el ordenamiento jurídico, la que impone la obligación de seguir una jurisprudencia sólo cuando ha existido tres sentencias sobre el mismo hecho. De otro lado, las sentencias constitucionales que sin necesidad de someterse a generar tres fallos sobre un mismo hecho, en la primera sentencia podrían fundar una línea jurisprudencial aplicable obligatoriamente en el futuro para casos análogos, como bien señala el artículo 2.3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Jurisdiccional:

Obligatoriedad del Precedente Constitucional.- los parámetros interpretativos de la constitución fijados por la Corte Constitucional en los casos sometidos a su conocimiento tienen fuerza vinculante. La Corte podrá alejarse de sus precedentes de forma explícita y argumentada garantizando la progresividad de los derechos y la vigencia del Estado constitucional de derechos y justicia.

Profesional, 2002, p.80.

²⁷ Diego Eduardo López Medina, *Interpretación Constitucional*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia Facultad de Derecho, 2a. ed., p. 112.

²⁸ Diego Eduardo López Medina, *Interpretación Constitucional...*, op. cit., p. 96.

La norma regula la jurisprudencia vinculante y establece claros límites en el caso del cambio del precedente, como es que únicamente el órgano encargado de cambiar el precedente es la Corte Constitucional y el referido cambio no puede restringir los derechos constitucionales o el desarrollo alcanzado, definitivamente estas imposiciones restringen la libertad discrecional del juez ya que a la hora de resolver el caso concreto está en la obligación de revisar la jurisprudencia existente y, además, no deberá generar cambios jurisprudenciales que vayan en detrimento del desarrollo de los derechos constitucionales.

5.1. La Obligatoriedad del precedente

Para comprender el alcance de la obligatoriedad de un precedente, resulta indispensable distinguir los diversos contenidos de una decisión judicial. Así, siguiendo en parte la terminología de los sistemas del *Common Law*, que es en donde más fuerza tiene la regla del *stare decisis*, y en donde por ende más se ha desarrollado la reflexión doctrinal en este campo, es posible diferenciar muy esquemáticamente entre la parte resolutive, llamada a veces *decisum* (cosa juzgada implícita), la *ratio decidendi* (razón de la decisión, cosa juzgada explícita) y los “*obiter dicta*” (dichos al pasar, no obligatorios o conceptos generales en los cuales son de ayuda conceptual para el caso). 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 tienen 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.²⁹

5.2. Alejamiento del precedente

Las técnicas inevitables que modulan la fuerza vinculante de los precedentes se pueden describir así, en algunos eventos, el juez posterior (de la Corte Constitucional) *distingue* a fin de mostrar que el nuevo caso es diferente del anterior, por lo cual el precedente mantiene su fuerza vinculante, aunque no es aplicable a ciertas situaciones, similares pero relevantemente distintas, frente a las cuales

²⁹ Diego Eduardo López Medina, *Interpretación Constitucional...*, op. cit., p. 199.

entra a operar la nueva jurisprudencia.³⁰ 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, entonteces 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.³¹ 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.

5.3. La Disanalogía

El argumento de disanalogía –justificación que permite diferenciar por medio de un hecho concreto el caso futuro aparentemente idéntico a uno decidido por la Corte anteriormente-, 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 análogo 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 parece ser que ningún precedente es análogo 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.³²

5.4. 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

³⁰ Diego Eduardo López Medina, *Interpretación Constitucional*,..., op. cit., p. 199.

³¹ Diego Eduardo López Medina, *Interpretación Constitucional*..., op. cit., p. 200.

³² Diego Eduardo López Medina, *Interpretación Constitucional*..., op. cit., p. 200.

circunstancias a decisiones anteriores. Las sentencias, sin embargo, no se contentan con enunciar “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 propia Corte) 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.³³

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.³⁴ **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.

³³ Diego Eduardo López Medina, *Interpretación Constitucional...*, op. cit., p. 201.

³⁴ Sobre los conceptos de *ratio decidendi* y *obiter dicta* ver las siguientes providencias: SU-168/99, (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz), SU-047/99 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), SU-640/98 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz), T-961/00 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra), T-937/99 (M.P. Alvaro Tafur Galvis), Auto A-016/00 (M.P. Alvaro Tafur Galvis), T-022/01 (M.P. Cristina Pardo Schlesinger), T-1003/00 (M.P. Alvaro Tafur Galvis). 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.

5.5. Progresividad en la jurisprudencia

Conforme el principio de progresividad, viene implícita la obligación de desarrollar de las normas secundarias, así como el desarrollo de la jurisprudencia,³⁵ debiendo no restringir el desarrollo de un derecho que ha llegado a determinado punto. En este caso la jurisprudencia 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

³⁵ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia No. C-038 de 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 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.

Constitucional. En este sentido, la justicia constitucional es un medio efectivo para llegar a concretar un fin justo y social. Sobre la base del artículo 86.5, todas las sentencias ejecutoriadas serán remitidas a la Corte Constitucional, para el desarrollo de su jurisprudencia y artículo 436.6 de la Constitución vigente.

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,³⁶ a su vez, no deberá ser restrictiva del desarrollo conseguido por la misma.

5.6. Reparación integral

Para realizar un acercamiento al tema, es indispensable tener claro que la justicia puede ser incorporada como un valor moral en la administración de justicia -valor particular del pueblo ecuatoriano que debe tender a un buen vivir-. En ese sentido, el juez es portador de un ideal que se relaciona con los valores y principios expuestos en la Constitución, respecto de la reparación integral se debe tener presente que se unifican los desarrollos doctrinales de la justicia positiva legal y la justicia constitucional:

- Justicia positiva legal nace y termina en la Ley; se aplica mediante métodos de interpretación de la Ley (la exegesis, la subsunción, método histórico y el gramatical; su fuente se encuentra en el preámbulo del Código Civil).
- La justicia positiva constitucional, funciona integralmente: la Constitución es suprema, la Ley (se incorpora si es justa), los métodos de interpretación constitucional (de fuente doctrinaria). Además de la positivización de valores y principios universales y locales, que se deben desarrollar en las sentencias

³⁶ Diego Eduardo López Medina, *Interpretación Constitucional...*, op. cit., p. 134.

Tribunal Constitucional Español, 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.

constitucionales.

Las sentencias de la justicia positiva legal son meramente administrativas, incorporan en sus textos los siguientes tipos de justicia: (i) retributiva, el mal reclama el mal, el bien, el bien; el delito pide una pena equivalente, es la idea del contrapeso, el trueque es lo que prima; (ii) la justicia distributiva, genera sanciones y recompensas. No ofrece, sin embargo, una definición de que es el bien y que es el mal, ni una noción ética de las relaciones interpersonales. No tiene que ver con la construcción de una sociedad justa, sino con el restablecimiento de un equilibrio particular.³⁷ Los dos tipos de justicia son de fuente legal y sólo se activan mediante regla.

La justicia constitucional implica el reconocimiento de las antes explicadas, e incorpora los siguientes tipos de justicia: (i) la reconciliativa o reconstructiva, repara las ofensas, se basa en la admisión de la culpa; busca el reconocimiento de la ofensa cometida, el perdón y, por tanto, la paz; (ii) justicia restauradora, un ejemplo de ésta nos proporcionan las “comisiones de justicia y verdad,”³⁸ implica el reconocimiento y admisión de la culpa.

En conjunto, implican la reparación integral (Art. 86.3 CRE). La Constitución ecuatoriana, en relación a este tema, se encuentra en consonancia con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos que, en su lucha contra la impunidad, aplica el concepto de reparación integral, que se basa en el mando del cumplimiento de obligaciones cuádruples: (i) la obligación de investigar en los juicios de justicia de forma seria y responsable para dar a conocer los hechos que puedan establecer fehacientemente (verdad); (ii) obligación de procesar y de castigar a los responsables (justicia); (iii) obligación de reparar integralmente los daños morales (justicia reconstructiva) y materiales (justicia retributiva y distributiva) ocasionados (reparación); y, (iv) obligación de extirpar de los cuerpos estatales a quienes se sepan han cometido, ordenado o tolerado estos abusos en contra de las personas en general (creación de una administración pública digna de un Estado democrático).³⁹

³⁷ Gustavo Zagrebelsky y Carlo María Martini, *La exigencia de la justicia*, Madrid, Trotta, 2006, p. 36.

³⁸ Gustavo Zagrebelsky y Carlo María Martini, *La exigencia de la justicia*, op. cit., p. 40.

³⁹ Jhoel Escudero, *El Derecho a la Verdad y su Complicado Reconocimiento*, Tesis UASB, 2008, p. 52. cita a Juan Méndez, “Derecho a la Verdad Frente a Graves Violaciones de los Derechos Humanos”, en Seminario Internacional. “Retos de la Judicialización en el Proceso de Verdad, Justicia, Reparación y reconciliación”, Lima, 1ra Ed. Programa Andino de Derechos Humanos julio del 2003, párr. 50.

Por su parte, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en su artículo 18 reconoce de forma expresa la reparación integral, en lo principal resalta que se debe declarar la vulneración del derecho. Sostiene que la reparación material e inmaterial que conlleva a una reparación integral. La finalidad es que las personas titulares de los derecho gocen del derecho violado y disfruten de la manera más adecuada posible y que se restablezca a la situación anterior a la violación. En ese sentido, la reparación debe incluir, entre otras, la restitución del derecho, la compensación económica o patrimonial (Vía Verbal Sumario Art. 19 LOGJCC), la rehabilitación, la satisfacción, la garantía de que el hecho no se repita, obligación de remitir a las autoridades competentes para investigar y sancionar los hechos (responsabilidad de repetición Art. 20 LOGJCC), las medidas de reconocimiento, las disculpas públicas, la presentación de servicios públicos, la atención de salud.

Finalmente, se puede decir que la reparación integral debe tener un sentido de justicia, usar medios adecuados e idóneos, apoyarse en la interpretación de la Constitución, lo cual implica descartar toda interpretación que tienda a la restricción del derecho constitucional y debe propender a generar un buen vivir, *Sumak kausay*. En definitiva, deben ser incorporados por los operadores de justicia, abogados y estudiantes de derecho, tanto en el diario deber de resolver controversias judiciales; así como, en la práctica y el aprender diario de las ciencias jurídicas, que deben cada día estar en armonía con los aspectos que reclama la sociedad en general.

6. Bibliografía

- Atienza, Manuel, *Tras la Justicia*, Bogotá, Ariel, 2003.
- Becerra, R 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, Liber Amicorum*, Héctor Fix-Zamudio, San José, IIDH, 1998.
- Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia No. C-038*, 2004.
- Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia SU-1023/01*.
- Corte Constitucional del Ecuador, *Sentencia No.- 003-09-SIN-CC*, caso No.- 0021-09-IA, Roberto Bhrunis Lemarie (JP).
- Escudero, Jhoel, “El Cambio de la Cultura Jurídica en el Ecuador”, en David Cordero Heredia, edit., *Nuevas Institucionales del Derecho Constitucional Ecuatoriano*, Quito, Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos INREDH, 2009.

- _____, Jhoel, *El Derecho a la Verdad y su Complicado Reconocimiento*, Quito, Tesis UASB, 2008.
- Guastini, Ricardo, “La Constitucionalización del Ordenamiento Jurídico: El Caso Italiano”, en Miguel Carbonell, edit., *Neoconstitucionalismo*, Madrid, 2003.
- Kelsen, Hans, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Madrid, Tecnos, 1995.
- López Medina, Diego Eduardo, *Interpretación Constitucional*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia Facultad de Derecho, 2a. ed.
- Monroy, Marco Gerardo, *La Interpretación Constitucional*, Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 2002.
- Storini, Claudia, “Las Garantías Constitucionales de los derechos fundamentales en la Constitución ecuatoriana del 2008”, en *La Nueva Constitución del Ecuador, Estado derechos e instituciones*, Quito, UASB-E/Corporación Nacional de Estudios, 2009.
- Vázquez Sánchez, Omar, *La Argumentación jurídica en el Tribunal Constitucional de España los casos fáciles difíciles y trágicos*, 09/03/11, en: <http://www.filosofayderecho.com/rtfd/numero9/10-9.pdf>.
- Zagrebelsky, Gustavo y Martini, Carlo María, *La exigencia de la justicia*, Madrid, Trotta, 2006.

SECCIÓN V

Constitución y Realidad

Alcohol, revueltas y estado constitucional

Juan Pablo Aguilar Andrade

*Que ella me ampara,
que ella me ampara,
la Constitución dice
que ella me ampara
y que acate las leyes
de forma clara.
No lo prometo
que luego se descuelgan
con un decreto.*

*Chico Sánchez Ferlosio,
Coplas Retrógradas*

Sumario

1. Introducción. 2. El primer ejemplo: la prohibición dominical. 3. El segundo ejemplo: el 30-S. 4. Un concepto encerrado en el papel. 5. ¿Y el proceso constituyente? 6. Bibliografía

1. Introducción

Conforme lo manifestaron los propios constituyentes durante el debate del primer artículo de la Constitución vigente, la calificación del Ecuador como Estado constitucional pretendía consagrar el principio de supremacía de la norma fundamental, como reacción frente a una realidad que había convertido a las constituciones “simplemente en un libro que nadie [...] toma en cuenta, o en un papel que sirve quizás para muy pocas cosas, porque desde autoridades, magistrados, todo mundo y jueces, han hecho lo que les ha dado la gana con la Constitución”.¹

No pretendo debatir aquí si desde el punto de vista teórico la noción

¹ Gustavo Darquea, “Intervención en la Asamblea Nacional Constituyente”, en *acta 79 de la sesión del 8 de julio de 2008*, Montecristi, p. 175.

de Estado constitucional es un avance frente a la de Estado social de derecho, que era la del texto constitucional codificado en 1998; a quienes sostienen que al “formularse el carácter constitucional del Estado, se incluye y se supera cualitativamente el Estado de legalidad y el Estado de Derecho”,² habría simplemente que recordarles la categórica afirmación de Elías Díaz: “si el Estado de derecho es [...] imperio de la ley, resulta evidente que aquél es y habrá de ser por encima de todo imperio de la ley fundamental, imperio de la Constitución. Desde este punto de vista resulta obvio (casi tautológico) que todo Estado de derecho es Estado constitucional de derecho”.³

A lo que pretendo referirme es a esa realidad de incumplimiento de la Constitución, de la que hablaba Gustavo Darquea en la Constituyente de Montecristi, y a si ella depende de la vigencia o no de determinados textos constitucionales. Da lo mismo, para esos propósitos, que se piense que lo que existido es un simple Estado de derecho que no permite dar a la Constitución el lugar que le corresponde, o que la práctica ha entendido mal el alcance de la noción de Estado de derecho y es necesario reforzarla con una referencia explícita a la supremacía constitucional.

Me parece que lo que está detrás de sustituir la noción de Estado de derecho por la de Estado constitucional, sea cual sea la posición que se adopte, es la idea de que el cambio constitucional permitirá hacer realidad una sociedad respetuosa de la Constitución y sometida a sus mandatos. De hecho, buena parte de las críticas contra las reformas constitucionales de 1998 tenían que ver con el incumplimiento de esta meta y con abundantes ejemplos sobre el incumplimiento de las normas constitucionales.

A dos años de la entrada en vigencia de la Constitución de Montecristi, no parece que los nuevos textos hayan tenido más éxito que los que les antecedieron, pese a que el mismo grupo que los redactó sigue a la cabeza del gobierno y ha sido el encargado directo de ponerlos en práctica.

Dos ejemplos, que no se refieren a hechos aislados o excepcionales, permiten vislumbrar que el problema de la vigencia efectiva del Estado de derecho, o del Estado constitucional, se relaciona con dificultades más profundas que

² Germán Castro Riera, “Valoración Jurídico Política de la Constitución de 2008”, en Ramiro Ávila Santamaría, et al., *Desafíos Constitucionales. La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos/Tribunal Constitucional, 2008, p. 113.

³ Elías Díaz, “Estado de derecho y legitimidad democrática”, en Joseph Raz y otros, *Estado de derecho. Conceptos, fundamentos y democratización en América Latina*, México, Universidad Nacional Autónoma de México/ITAM/Siglo XXI Editores, 2003, p. 73.

aquellas que pueden resolverse desde el mundo de lo jurídico.

2. El primer ejemplo: la prohibición dominical

En el Ecuador se aplica, desde mediados de 2010, una restricción a la venta de bebidas alcohólicas, que fue ordenada mediante un Acuerdo Interministerial, el número 1470, dictado el 15 de junio de 2010 por los ministros de Gobierno y de Turismo para que empiece a regir el 18 de ese mes. El texto podía consultarse en la página web del Ministerio de Turismo y recién el 12 de julio de 2010, casi un mes después de entrar en vigencia, se publicó en el Registro Oficial 233.

Al poco tiempo los ministros firmantes del Acuerdo Interministerial anunciaron que su contenido se había reformado, pero el texto estuvo disponible más de un mes después del 25 de junio, fecha fijada para su vigencia, al publicarse el 27 de julio en el Registro Oficial 244.

La sola existencia de normas que se conocen únicamente por declaraciones oficiales y se aplican durante un mes sin que su texto haya sido publicado, es una clara afectación al derecho a la seguridad jurídica, que conforme el artículo 82 de la Constitución se fundamenta “en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes”.

Éste, sin embargo, no es el único problema.

Si hemos de creer en la declaración del artículo 1 de la Constitución, el Ecuador es un Estado constitucional, esto es, un Estado en el que tanto el ejercicio del poder como el contenido mismo de los mandatos normativos están determinados por la Constitución.

Y lo que ocurre es que la Constitución establece con absoluta claridad, en el número 29 de su artículo 66, que a nadie se le puede obligar que deje de hacer algo que no esté prohibido por la ley, lo que concuerda con la disposición del número 1 de su artículo 132, en virtud de la cual se requiere expedir una ley para regular el ejercicio de los derechos constitucionales. ¿Cómo es posible, entonces, que un simple acuerdo ministerial pretenda regular el ejercicio de los derechos constitucionales a elegir bienes con libertad (art. 52), a desarrollar libremente la personalidad (art. 66:5), a realizar actividades económicas (art. 66:15) y a contratar libremente (art. 66:16)?

Debería, al menos, haber una ley que confiera potestades a los ministros de Estado para establecer restricciones como la que nos ocupa; pero tampoco he encontrado norma alguna en el ordenamiento jurídico ecuatoriano que

confiera a los ministros de Turismo y de Gobierno la competencia para actuar como actuaron.

Buena muestra de ello son las normas jurídicas que el Acuerdo Interministerial cita para fundamentar sus disposiciones.

Se hace referencia, por ejemplo, a la competencia que confiere a los ministros de Estado el número 1 del artículo 154 de la Constitución: “ejercer la rectoría de las políticas públicas del área a su cargo y expedir los acuerdos y resoluciones administrativas que requiera su gestión”.

Pero de aquí, lo único que aparece es que los ministros tienen potestad para dictar acuerdos, pero obviamente conforme a la Constitución y a la Ley y no para disponer cualquier cosa y, menos aún, para limitar derechos que la Constitución. De ninguna manera la norma puede entenderse, como parecen haberla entendido los firmantes de la prohibición, como una autorización general para que los ministros hagan todo lo que se les ocurra.

Me viene a la memoria cierto Presidente de la República que consideraba la competencia de respetar y hacer respetar la Constitución como el fundamento para convertirse en juez supremo de la constitucionalidad de normas y actuaciones.

Ninguno de los ocho considerandos del Acuerdo 1470 aporta más que declaraciones generales, sin que aparezca el más mínimo asomo de la existencia de un mandato constitucional o legal que permita hacer lo que se hizo. Y esto es lógico porque ese mandato, simplemente, no existe; lo único que hay, en este caso, es un acto inconstitucional y arbitrario.

Esto último, sin embargo, es menos preocupante que la reacción de los afectados. Quienes reclamaron por la medida se centraron en problemas de conveniencia u oportunidad y pasaron por alto las violaciones constitucionales; partían, al parecer, del supuesto de que los ministros podían hacer lo que hicieron.

3. El segundo ejemplo: el 30-S

Sea cual sea la posición que se adopte en relación con lo que verdaderamente ocurrió el 30 de septiembre de 2010, parece que al menos hay acuerdo en que ese día se produjo una grave conmoción interna. No creo equivocarme si afirmo que, desde la entrada en vigencia de la Constitución, éste fue el único caso en el que verdaderamente se presentó la causal de grave conmoción interna que, conforme el artículo 164 de la Constitución, permite declarar el estado de excepción.

Y esta vez sí, aunque se pueda criticar el contenido del documento, el Presidente de la República ejerció adecuadamente sus competencias constitucionales y declaró al país en estado de excepción mediante Decreto Ejecutivo

448, publicado en el segundo suplemento del Registro Oficial 290, el mismo 30 de septiembre de 2010.

Este Decreto ha servido para justificar la orden gubernamental de centralizar toda la información de ese día en los medios oficiales de radio y televisión, que ha sido cuestionada por algunos sectores.

¿Podía limitarse de esa manera la libertad de información?

El artículo 165 de la Constitución de la República es muy claro en relación con este tema. Durante el estado de excepción, dice esa norma, el Presidente de la República puede suspender o limitar, entre otras, la libertad de información. Resulta evidente, entonces, que el titular del Ejecutivo está plenamente facultado para disponer, como resultado del estado de excepción, medidas que limiten o suspendan la libertad de información, entre las cuales puede estar la que se ejecutó el 30 de septiembre.

Pero también es claro que hay una forma de ejercer esta competencia. Al declarar el estado de excepción, el Presidente debe indicar si limita o no derechos constitucionales y, en caso de hacerlo, cuáles; si esto no consta en el Decreto que declara la excepción y se considera necesario, por ejemplo, centralizar la información, debe de todas maneras dictarse un nuevo Decreto que, sobre la base del anterior, limite expresamente la libertad de información. El Presidente, entonces, puede limitar derechos como consecuencia del estado de excepción, pero si no lo expresa debe entenderse que no existe esa limitación.

Y esto es, precisamente, lo que ha sostenido la Corte Constitucional en relación con este mismo caso.

[...] el decreto objeto de análisis no contempla derechos susceptibles de limitación, por lo tanto se colige que la presente situación no amerita suspensión ni limitación de derechos constitucionales.⁴

Según la Corte Constitucional, entonces, el estado de excepción no establecía la limitación de derechos; en la práctica, sin embargo, se dispuso centralizar la información y el derecho a la libertad de información se vio, con ello, seriamente limitado. La medida era sin duda posible y constitucional, pero

⁴ Corte Constitucional de Ecuador, *Dictamen 0017-10-SEE-CC de 1 de octubre de 2010*, publicada en el suplemento del Registro Oficial 304 de 20 de octubre de 2010, JP Fabián Sancho Lobato..

para adoptarla debía previamente disponerse la limitación de derechos, ya en el Decreto que declaraba el estado de excepción, ya en uno posterior.

Me parece que argumentos como éstos no han sido analizados en el debate sobre el tema, en el que han primado declaraciones retóricas sobre la libertad de expresión, por un lado, y la defensa del orden constitucional, por otro. Tanto para quienes consideran que la medida no debió adoptarse, como para los que la apoyan, lo que juegan son razones de conveniencia que relegan a un segundo plano los problemas de constitucionalidad.

Estos últimos, por otra parte, parece que no preocupan lo más mínimo al sesenta y dos por ciento de los ecuatorianos que, según las encuestas, se mostraron de acuerdo con la centralización informativa del 30 de septiembre.⁵

Hay que recordar, sin embargo, que en este caso César Montúfar encabezó un grupo de asambleístas que recurrió a los instrumentos de garantía constitucional, concretamente a la acción de protección, en contra de la medida de centralización informativa, pero el Tribunal Tercero de Garantías Penales rechazó la demanda con el curioso argumento de que sí bien “se ha afectado la libertad de expresión e información, este no ha sido vulnerado al encontrarse en juego, en ese momento, otros derechos, como el derecho al orden público, a la paz y tranquilidad ciudadana, a la seguridad interna del Estado y a la democracia.”⁶

4. Un concepto encerrado en el papel

En el Ecuador, la noción de Estado de derecho o Estado constitucional puede estar en la mente de algunos juristas pero no impregna la práctica cotidiana ni es asumida como propia por los ecuatorianos.

Para entenderlo mejor conviene dar una mirada a una pared de la ciudad de Riobamba. Allí, a pocas cuadras del sitio en que se promulgó la constitución que creó el estado independiente del Ecuador, podía leerse:

⁵ “El 62% de ecuatorianos de acuerdo con cadena oficial del 30 de septiembre; oposición sostiene que fue ilegal”, en *Agencia pública de Ecuador y Latinoamérica ANDES*, Quito, 24 de octubre de 2010, 25.03.11, en: <http://andes.info.ec/politica/el-62-de-ecuatorianos-de-acuerdo-con-cadena-oficial-del-30-de-septiembre-oposicion-sostiene-que-fue-ilegal-34840.html>.

⁶ “Tribunal Penal niega recurso de amparo contra cadena de radio y tv del 30 de septiembre”, en *Ecuador Inmediato*, Quito, 28 de noviembre de 2010, 25.03.11, en: http://www.ecuadorinmediato.com/index.php?module=Noticias&func=news_user_view&id=136800&umt=Jueza%20rechaza%20acci%F3n%20de%20protecci%F3n%20contra%20cadena%20de%20radio%20y%20tv%20del%2030%20de%20septiembre.

BARRIO UNIDO
CONTRA LA
DELINCUENCIA
DELINCUENTE
ATRAPADO SERA
AJUSTICIADO

Un rótulo como éste muestra que los habitantes de la zona céntrica de una importante capital provincial ecuatoriana consideran que la autoridad judicial no existe, y han resuelto tomar la justicia por su propia mano. Podría pensarse que este no es sino el resultado de una justicia lenta y deficiente, que no genera sino desconfianza, pero pienso que expresa algo más profundo: no solo la necesidad de llenar un vacío institucional sino, sobre todo, el total desconocimiento de que pueda existir algo que se denomine institucionalidad.

No es que el sistema funcione mal sino que, simplemente, el sistema no existe. O, mejor, lo que tenemos es un sistema muy diferente de aquél que se expresa en las declaraciones constitucionales.

En la década de 1860, Friedrich Hassaurek, diplomático norteamericano, visitó el Ecuador y expuso del siguiente modo su opinión sobre el sistema de gobierno del país:

Lamento decir que esos países son repúblicas por nombre pero en realidad son despotismos. Sus constituciones son por lo general liberales, pero las leyes y las constituciones se hacen para ser desatendidas. Todas establecen el sistema de tres poderes gubernamentales coordinados, pero realmente sólo existe un poder – la voluntad del hombre que por el momento ha asegurado la obediencia de los soldados.⁷

Esta falta de correspondencia entre los hechos y las declaraciones constitucionales obedece a una razón histórica muy clara: las instituciones democráticas no surgieron como resultado del desarrollo de un pensamiento político propio, sino que fueron trasplantadas desde realidades completamente diferentes y se

⁷ Friedrich Hassaurek, *Cuatro años entre los ecuatorianos*, Quito, Abya Yala, 1994, p. 245.

adaptaron a las necesidades del país.

Fernando de Trazegnies contrapone a la modernización capitalista de los países anglosajones, la modernización tradicionalista de los antiguos dominios españoles en América. La modernización capitalista se expresa, desde el punto de vista jurídico, en la disolución de los privilegios feudales y el establecimiento de una igualdad ante la ley que es, en realidad, la igualdad de individuos que se relacionan en el mercado; clase social, credo religioso, identidad gremial, desaparecen ante la necesidad de igualar a los seres humanos como intercambiadores de mercancías; los derechos sustituyen a los privilegios y la ley cumple la función de ser norma de aplicación predecible que permita “la actividad racional de los individuos”.⁸

Países como el Ecuador, que iniciaban el siglo XIX como sociedades claramente estratificadas, basadas en el privilegio y con una decisiva presencia de la Iglesia Católica, no podían pasar de la noche a la mañana a la ruta de la modernización capitalista sino que optaron por trasplantar las nuevas ideas de manera tal que no pusieran en peligro la estructura social imperante. La democracia capitalista se expresó abiertamente en los papeles, pero en la práctica solo se recibieron ciertos elementos capitalistas y se mantuvo “una profunda resistencia a todo cambio en la estratificación social: se quiere devenir capitalista, es decir, ‘moderno’, pero al mismo tiempo se quiere conservar las jerarquías sociales tradicionales.”⁹

Tenemos así un Estado estructurado conforme a los modelos más avanzados, que intenta aplicar las políticas que indica la ciencia de la época para hacer progresar al país. Pero este Estado está montado sobre, o corre paralelo a una sociedad que no se corresponde a su modelo.¹⁰

La sociedad asume el modelo republicano “hacia afuera” y la clase dirigente recibe los beneficios del desarrollo capitalista, pero “hacia adentro” sigue funcionando como en los tiempos coloniales, sobre la base de familias y grupos dirigentes, con sus respectivas clientelas, que luchan por ocupar un aparato del Estado que no pasa de ser el instrumento para la obtención de privilegios y reparto de prebendas. Es interesante el testimonio de otro viajero, que recorre el país en plena revolución liberal y se hospeda en la casa de una importante

⁸ Fernando de Trazegnies, *La idea del Derecho en el Perú republicano del siglo XIX*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1992, p. 29.

⁹ Fernando de Trazegnies, *La idea del Derecho ...*, op. cit., p. 30.

¹⁰ Rogelio Pérez Perdomo, *El formalismo jurídicos y sus funciones sociales en el siglo XIX venezolano*, Caracas, Monte Ávila Editores, 1978, p. 77.

familia riobambeña.

Por todas partes el nombre de Córdoba (sic) nos abría las puertas, y a mí empezó a impresionarme en cierto modo nuestra importancia. El hecho es que la familia de mi amigo ocupaba una posición preeminente en el país. Eran dueños de varios ranchos y numerosas cabezas de ganado, así como también de ochocientas millas cuadrados de selva virgen ... Muchos poblados de indios formaban parte de su territorio, de donde los Córdoba se proveían de peones para el trabajo de las plantaciones y ranchos. Como sucede en todas las repúblicas de América latina, el poderío de esta familia estaba íntimamente relacionado con la política, subiendo y bajando con la exactitud de un termómetro, según los cambios de Gobierno. A mi llegada al país acababa precisamente de caer el partido favorable a sus intereses, y hasta que no viniera otro Gobierno amigo no volvería la familia a recuperar su poder.¹¹

La clase dirigente no está dispuesta a igualarse con el resto de la sociedad ni quiere correr el peligro de competir en el mercado. La división social se mantiene (religión y valores tradicionales son instrumentos que permiten sostenerla) y el país se construye con una élite que controla el mercado y los resortes del poder y grupos subordinados que se vinculan con los dirigentes, no como iguales con derechos, sino a partir de la relación personal, las redes clientelares o los privilegios gremiales.

[...] se imita el estilo de vida occidental, se lee la filosofía liberal, se adopta la terminología de los países capitalistas; pero no se produce como capitalistas ni se comercia como capitalistas ni se vive como capitalistas.¹²

Una sociedad organizada de ese modo no puede generar formas de pensar basadas en los derechos o en el respeto a la institucionalidad y a las reglas de juego. Las instituciones, simplemente, no existen como tales, sino como instrumentos de quien transitoriamente las tiene en su poder. Lo que existe no es un marco jurídico que limita la actuación de los poderes públicos, sino programas políticos más o menos coyunturales que se imponen según el poder que alcance la persona o el grupo que los propugna.

“La estricta observancia de ciertas leyes, es un verdadero y positivo

¹¹ F.W. Up de Graff, *Cazadores de cabezas del Amazonas*, Madrid, Espasa/Calpe, 1961.p. 27.

¹² Fernando de Trazegnies, *La idea del Derecho ...*, op. cit., p. 32-33.

perjuicio para la nación”, decía Vicente Rocafuerte,¹³ a quien no se puede acusar de falto de cultura, desconocedor del mundo o ignorante de las doctrinas más avanzadas de su tiempo.

La definición de cual ley debe aplicarse y cual no, la calificación de una norma como perjudicial, queda librada al criterio del caudillo de turno o del grupo en el poder. El sistema jurídico se basa, entonces, no en la legalidad, sino en juicios de moralidad o conveniencia de parte de las autoridades.

Más cerca de nosotros, Velasco Ibarra sostiene también que “si en un momento de aguda crisis para la vida de un pueblo o se salva la ley con peligro para el país, o se salva el país con quebranto de la ley, hace muy bien quien salva el país y viola la ley.”¹⁴ Obviamente, quien define el peligro o la aguda crisis, quien tiene en sus manos resolver lo que debe hacerse para “salvar al país”, es el caudillo. Velasco es muy claro sobre esto: “alguien en los momentos supremos ha de definir lo justo y lo bueno”¹⁵ y ese alguien es el líder providencial (Rocafuerte, García Moreno, Alfaro, Velasco Ibarra, etc.).

Los grandes tienen misión sagrada [...] indicar el sendero; gradualmente sugerir conceptos, despertar emociones que aplaquen a la fiera humana y la vayan conduciendo a la conciencia del valor eterno [...] Nadie jamás ha visto un pueblo que gobierne. El pueblo no sabe de higiene ni de carreteras ni de diplomacia. A todo pueblo le gobiernan los que son o se creen o aparecen más capaces y técnicos para el gobierno, y el pueblo obedece hasta que no le opriman en sus anhelos vitales.¹⁶

No hay, entonces, legalidad, sino un líder que define lo bueno y lo malo, lo que se puede hacer y lo que no, a quién se premia y a quién se castiga. Desde el punto de vista de los gobernados, la situación de cada uno se basa, no en el respeto a los derechos individuales y en el recurso equitativo a los instrumentos de la institucionalidad, sino en la capacidad de acceso a los líderes, en las relaciones personales y en los privilegios, individuales o gremiales, que se pueda obtener. Pero, así mismo, nada es seguro y lo que hoy se consiguió puede perderse mañana; si el único respaldo no es el ordenamiento jurídico sino la cercanía al poderoso,

¹³ Vicente Rocafuerte, *Epistolario*, Quito, Banco Central del Ecuador, t. I, 1988, p. 441.

¹⁴ José María Velasco Ibarra, *Conciencia o barbarie*, Quito, Editora Moderniza, 1937, p. 162.

¹⁵ María Cristina Cárdenas, *Velasco Ibarra. Ideología, poder y democracia*, Quito, Corporación Editora Nacional, 1991, p. 81.

¹⁶ José María Velasco Ibarra, “Tragedia humana y cristianismo”, en *Pensamiento político*, Quito, Corporación Editora Nacional, 1996, p. 138-139, 157.

perder esa cercanía puede significar el cambio radical de las situaciones jurídicas.

Huérfanos de institucionalidad, los individuos quedan librados a su capacidad de arreglarse como puedan y lo único que cuenta es la habilidad para relacionarse, conseguir favores y sobrevivir. La legalidad no es un criterio de valor porque lo importante es, en el peor de los casos, lo que resulta útil y, en el mejor, lo que se percibe como bueno, moral o correcto; y en una sociedad del sálvese quien pueda, el individuo ingresa “en una carrera desesperada de transgresión omnipotente, a fin de convertirse en transgresor ganador en lugar de transgredido perdidioso.”¹⁷

El rótulo de Riobamba es la expresión de la persona librada a sus propias fuerzas, del ser humano gobernado por la ley del más fuerte, de aquél que tiene la capacidad para ajusticiar.

Y cuando ese ser humano requiere un referente, recurre a la figura del buen patrón, el que impone el orden y reparte equitativamente premios y castigos.

El ídolo brinda seguridad, porque ofrece un marco de contención frente al horror que representan la confusión y lo desconocido. Es un punto de referencia que atestigua un específico lugar en el mundo. Es testimonio de certezas y confianzas, de un orden deseado.¹⁸

El orden, entonces, no es un orden institucionalizado sino un orden personificado y la voluntad del caudillo se impone sobre las vías de la legalidad. En Quito, por ejemplo, si un barrio necesita un semáforo, no lo pide a la Policía o a la Municipalidad, sino al mayor Zapata; y las vías institucionales no tienen un centésimo de la utilidad de un minuto en la televisión.

Las actuaciones de la autoridad se perciben como legítimas por el hecho de provenir de un funcionario (mejor si es uniformado), sin que nadie se pregunte si hay una norma que le autorice a actuar como lo hace. El Estado constitucional cede su puesto a la confianza en el líder y las preguntas que se hacen no tienen que ver con la legalidad o ilegalidad de las decisiones, sino con la percepción que se pueda tener acerca de la bondad de lo decidido. El caudillo en quien se confía no tiene que someterse a la ley porque cuenta con la altura moral suficiente para distinguir lo bueno y lo malo, para repartir premios y castigos; si la ley se violenta

¹⁷ Jorge Eduardo Abadi y Diego Mileo, *Hecha la ley, hecha la trampa*, Buenos Aires, Sudamericana, 2004, p. 45.

¹⁸ Jorge Eduardo Abadi y Diego Mileo, *Hecha la ley, hecha la trampa*, op. cit., p. 128.

para castigar a quien se percibe como malo, bien violada está.

Los conceptos constitucionales terminan siendo así un noble sueño de los juristas y la idea de Estado de derecho vive saludablemente en los textos, pero es incapaz de cruzar los límites del papel que la contiene.

5. ¿Y el proceso constituyente?

Ante todo lo anterior vale preguntarse: ¿cómo es posible que esto ocurra si estamos en medio de un proceso constituyente que se nos presenta como una transformación fundamental en las formas de ser y de hacer el derecho? ¿Cómo se compagina esto con el anuncio de la implantación definitiva del Estado constitucional, que permite superar para siempre formas caducas de Estado desconocedoras de los derechos de las personas?

Las preguntas son más inquietantes si se toma en cuenta que no ha habido, en este caso, un cambio de actores entre quienes concibieron, redactaron y aprobaron el texto constitucional, y aquellos que se encuentran encargados de su aplicación.

Podría pensarse que los constituyentes aprobaron textos cuyos verdaderos alcances desconocían, pero ésta sería una respuesta grosera e insuficiente, aunque muy real en no pocos casos.

Parece, más bien, que las ideas sobre el Estado constitucional no estuvieron nunca en un lugar distinto al de la retórica del poder, a despecho de muchas buenas voluntades involucradas.

La idea de Estado constitucional solo estuvo en la mente de un grupo que creyó en el discurso de los verdaderos conductores del proceso constituyente, para los cuales éste respondía exclusivamente a la necesidad política de consolidar un poder personal, lo que a la larga implica actores diferentes con idéntico libreto.

Son las necesidades de ese poder personal las que se anteponen a la puesta en práctica de las ideas constitucionales. Esta últimas se limitan a ser el telón de fondo que decora adecuadamente la escena, pero que ninguna influencia tiene en el desarrollo de la trama. Esto es posible, sí, porque la lógica de la sociedad no es la misma que impregna los textos jurídicos, pero también porque esa lógica se reproduce gracias a un poder que la funcionaliza y que al actuar construye una pedagogía que borra de la mente la posibilidad de algo distinto a la autoridad única y todopoderosa.

6. Bibliografía

- “El 62% de ecuatorianos de acuerdo con cadena oficial del 30 de septiembre; oposición sostiene que fue ilegal”, en *Agencia pública de Ecuador y Latinoamérica ANDES*, Quito, 24 de octubre de 2010, 25.03.11, en: <http://andes.info.ec/politica/el-62-de-ecuatorianos-de-acuerdo-con-cadena-oficial-del-30-de-septiembre-oposicion-sostiene-que-fue-ilegal-34840.html>.
- “Tribunal Penal niega recurso de amparo contra cadena de radio y tv del 30 de septiembre”, en *Ecuador Inmediato*, Quito, 28 de noviembre de 2010, 25.03.11, en: http://www.ecuadorinmediato.com/index.php?module=Noticias&func=news_user_view&id=136800&umt=Jueza%20rechaza%20acci%F3n%20de%20protecci%F3n%20contra%20cadena%20de%20radio%20y%20tv%20del%2030%20de%20septiembre.
- Abadi, Jorge Eduardo y Mileo, Diego, *Hecha la ley, hecha la trampa*, Buenos Aires, Sudamericana, 2004.
- Cárdenas, María Cristina, *Velasco Ibarra. Ideología, poder y democracia*, Quito, Corporación Editora Nacional, 1991.
- Castro Riera, Germán, “Valoración Jurídico Política de la Constitución de 2008”, en Ávila Santamaría, Ramiro, *et al., Desafíos Constitucionales. La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos/Tribunal Constitucional, 2008.
- Corte Constitucional de Ecuador, *Dictamen 0017-10-SEE-CC de 1 de octubre de 2010*, publicada en el suplemento del Registro Oficial 304 de 20 de octubre de 2010, JP Fabián Sancho Lobato.
- Darquea, Gustavo, “Intervención en la Asamblea Nacional Constituyente”, en *acta 79 de la sesión del 8 de julio de 2008*, Montecristi, 2008.
- De Trazegnies, Fernando, *La idea del Derecho en el Perú republicano del siglo XIX*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1992.
- Díaz, Elías, “Estado de derecho y legitimidad democrática”, en Joseph Raz y otros, *Estado de derecho. Conceptos, fundamentos y democratización en América Latina*, México, Universidad Nacional Autónoma de México/ITAM/Siglo XXI Editores, 2003.
- Hassaurek, Friedrich, *Cuatro años entre los ecuatorianos*, Quito, Abya Yala, 1994.
- Pérez Perdomo, Rogelio, *El formalismo jurídicos y sus funciones sociales en el siglo XIX venezolano*, Caracas, Monte Ávila Editores, 1978.
- Rocafuerte, Vicente, *Epistolario*, Quito, Banco Central del Ecuador, 1988.

Up de Graff, F.W., *Cazadores de cabezas del Amazonas*, Madrid, Espasa/Calpe, 1961.

Velasco Ibarra, José María, “Tragedia humana y cristianismo”, en *Pensamiento político*, Quito, Corporación Editora Nacional, 1996.

Velasco Ibarra, José María, *Conciencia o barbarie*, Quito, Editora Moderniza, 1937.

Tabla de Contenidos

Introducción

El interés por el derecho constitucional

<i>Julio César Trujillo</i>	vii
-----------------------------------	-----

SECCIÓN I. Historia Constitucional

Extensión limitada del sufragio en el Ecuador, 1929-1972

<i>Agustín Grijalva</i>	
1. Modernización Juliana y sufragio, 1925-1944.....	4
1.1. El voto de la mujer.....	8
1.1.1. Antecedentes históricos.....	8
1.1.2. El liberalismo y el voto de la mujer.....	12
1.1.3. El establecimiento del voto femenino en 1929.....	16
1.1.4. El voto femenino en las Constituciones posteriores a la de 1929.....	20
1.2. Representación de las minorías.....	23
1.3. La representación funcional.....	26
1.3.1. La Constitución de 1929.....	26
1.3.2. La Constitución de 1945.....	28
1.3.3. La Constitución de 1946.....	29
1.3.4. La Constitución de 1967.....	29
2. La Gloriosa y la libertad electoral, 1944-1972.....	29
2.1. La creación de organismos electorales independientes.....	33
2.2. Las Constituciones posteriores.....	35
2.3. El voto obligatorio.....	36
3. Bibliografía.....	40

SECCIÓN II. Derechos Fundamentales

Inseguridad ciudadana y derechos humanos: por la deconstrucción de un discurso securitista y hacia un nuevo

derecho penal

Ramiro Ávila Santamaría

1. Introducción.....	45
2. La inseguridad ciudadana y la legitimación del poder punitivo.....	46
3. La mirada de los derechos humanos.....	49
4. Deconstrucción del discurso securitista.....	52
4.1. La inseguridad ciudadana: una percepción perversa.....	52
4.2. Todo conflicto social debe tener solución.....	54
4.3. La solución de la violencia no puede ser reducida al tipo penal y a una persona.....	56
4.4. El falso dilema eficiencia y garantismo.....	60
4.5. El garantismo el único derecho que permite el estado constitucional de derechos.....	62
4.6. El funcionalismo promueve normas y prácticas inconstitucionales.....	64
4.7. La trampa del poder punitivo.....	66
4.8. El poder punitivo nunca tutela derechos humanos violados.....	68
5. ¿Un nuevo derecho penal? Lineamientos para la investigación penal crítica.....	70
5.1. Derecho penal integral.....	70
5.2. Derecho penal interdisciplinario.....	71
5.3. Derecho penal reparador.....	72
5.4. Derecho penal intercultural.....	74
6. Conclusiones.....	77
7. Bibliografía.....	78

Los Derechos de las Personas Privadas de su Libertad en la Constitución de 2008 a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos

David Cordero Heredia

1. Introducción.....	83
2. Las personas privadas de su libertad como grupo vulnerable.....	86
2.1. Personas privadas de su libertad con doble condición de vulnerabilidad.....	89
3. Limitación de derechos de las personas privadas de su libertad.....	93
4. Condiciones mínimas de la privación de la libertad.	95

4.1. Control judicial.....	96
4.2. Petición y respuesta.....	96
4.3. Registro e ingreso.....	97
4.4. Atención médica.....	98
4.5. Alimentación y agua potable.....	102
4.6. Albergue.....	102
4.7. Educación y cultura.....	104
4.8. Trabajo.....	106
4.9. Libertad religiosa.....	107
4.10. Libertad de expresión, asociación y reunión.....	107
4.11. Medidas contra el hacinamiento.....	107
4.12. Contacto con el mundo exterior.....	109
5. Manejo del Sistema de Rehabilitación Social.....	110
5.1. Traslados.....	110
5.2. Personal de los centros de rehabilitación social.....	111
5.3. Registros corporales e inspecciones de instalaciones.....	112
5.4. Régimen disciplinario.....	112
5.5. Medidas para combatir la violencia y situaciones de emergencia.....	113
6. Conclusiones.....	115
7. Bibliografía.....	117

Espectro electromagnético como ejercicio del derecho a la libertad de expresión

Christian Paula

Harold Burbano Villarreal

1. Espectro electromagnético como recurso natural.....	123
2. Administración del espectro electromagnético bajo la perspectiva internacional.....	124
2.1. Responsabilidad estatal en la administración del espectro.....	127
3. Medios públicos, privados y comunitarios.....	129
4. Acceso y repartición del espectro electromagnético como un aspecto del derecho a la libertad de expresión y comunicación.....	131
5. bibliografía.....	134

La comunicación, un derecho necesario para el Buen Vivir

Ana Acosta

1. Presentación.....	139
2. El papel actual de la comunicación y los medios.....	140
3. Breve historia del derecho a la comunicación.....	142
4. De la libertad de individuos a expresarse, al Derecho de los pueblos a comunicarse.....	143
5. El derecho a la comunicación en el Ecuador.....	146
6. Cambio de modelo comunicacional: La comunicación en el Buen Vivir.....	150
6.1. Estructura y poder.....	152
6.2. Ideología, sentidos, cosmovisión.....	154
6.3. Personas, pueblos y ciudadanía.....	155
7. Bibliografía.....	156

Recursos naturales, constitucionalismo y derechos

Wilton Guaranda Mendoza

1. Antecedentes.....	161
2. Estado Constitucional y Recursos Naturales.....	163
3. Limitaciones y circunstancias desfavorables para una gestión efectiva de los recursos naturales.....	170
3.1. Limitaciones y circunstancias políticas.....	170
3.2. Limitaciones y circunstancias jurídicas.....	172
3.3. Limitaciones y circunstancias económicas.....	174
4. La explotación de los recursos naturales y su evidente confrontación con la protección de los derechos constitucionales.....	174
4.1. La explotación de los recursos y los derechos de participación y consulta.....	174
4.2. La explotación de los recursos y el derecho humano al agua.....	178
4.3. La explotación de los recursos y el derecho al ambiente sano.....	181
4.4. La explotación de los recursos y la protección de grupos y áreas naturales intangibles.....	186
4.5. La explotación de los recursos y el derecho al territorio.....	190
4.6. La explotación de los recursos y los derechos de la naturaleza.....	194
5. Conclusiones.....	196
6. Bibliografía.....	197

SECCIÓN III. Instituciones Constitucionales y Participación

Participación ciudadana en el procedimiento legislativo, como concreción del principio de interculturalidad; y control previo de constitucionalidad de proyectos de ley, como garantía de la participación

Silvana Sánchez Pinto

1. Necesidad de la participación ciudadana en el proceso de formación de las leyes.....	203
2. Situación actual de la participación ciudadana en el proceso de formación de las leyes en el Ecuador.....	205
3. Insuficiencia de los mecanismos de participación ciudadana en el proceso de formación de las leyes, evidenciado en un caso concreto.	206
4. Propuesta para superar las limitaciones de la participación ciudadana en el proceso de formación de las leyes.....	209
5. Criterios para la participación ciudadana en el proceso de formación de las leyes.....	211
6. Control previo de constitucionalidad de proyectos de ley por parte de la ciudadanía como garantía de la vigencia del derecho a la participación social en el proceso de formación de las leyes.....	212
7. Control previo de constitucionalidad de proyectos de ley como ultima ratio.....	213
8. Bibliografía.....	213

La Defensoría del Pueblo del Ecuador. Un nuevo modelo de gestión para la promoción y protección de derechos

Patricio Benalcázar Alarcón

1. Antecedentes necesarios.....	217
1.1. Breve historial.....	217
1.2. Su historia en Ecuador.....	220
2. Los Derechos tutelados por la Defensoría del Pueblo.....	224
3. Atribuciones constitucionales.....	226
3.1. Patrocinio de las garantías jurisdiccionales y medidas cautelares y amicus curiae.....	226
3.2. Las medidas de cumplimiento obligatorio.....	227

3.3. Pronunciamientos públicos sobre acciones u omisiones que afecten o vulneren los derechos humanos o de la naturaleza.	233
3.4. Propuesta para la discusión ¿Qué son los Informes Defensoriales?.....	238
3.4.1. Informes Generales.....	239
3.4.2. Informes Temáticos.....	239
3.4.3. Informes de Seguimiento.....	240
3.5. La vigilancia del debido proceso y la lucha contra la tortura, el trato cruel, inhumano y degradante.....	240
3.6. Nuevas atribuciones defensoriales.....	241
4. Referentes de la nueva gestión defensorial.....	242
5. Bibliografía.....	244

SECCIÓN IV. Jurisprudencia e Interpretación Constitucional

La noción “derechos fundamentales” en la jurisprudencia de la autodenominada Corte Constitucional ecuatoriana (La exclusión del derecho de propiedad de la acción extraordinaria de protección por no ser “derecho constitucional”)

Farith Simon Campaña

1. La confusión conceptual de la autodenominada Corte Constitucional.....	249
2. Revisión general de la categoría “derechos fundamentales” en la jurisprudencia de Corte Constitucional (de transición).....	251
2.1. Derechos fundamentales como sinónimo de todas las clases de derechos.....	251
2.2. Como categoría más limitada y diferente a los “derechos constitucionales”.....	254
2.3. Como categoría diferente pero complementaria de los derechos constitucionales.....	255
2.4. Como una categoría diferenciada de derechos.....	255
3. Algunas aclaraciones conceptuales sobre el uso de la categoría “derechos fundamentales”.....	257
4. Breve análisis del tratamiento a los derechos en la Constitución del 2008.....	269
4.1. Denominaciones usadas para referirse a los derechos.....	270

4.2. Clasificación de los derechos humanos o de las personas.....	270
4.3. “Fundamento” de los derechos.....	272
5. A manera de conclusión.....	273
6. Bibliografía.....	275

El tribunal constitucional del ecuador frente a la demanda de inconstitucionalidad por falta de motivación de las resoluciones que niegan la condición de refugiado/a

Gina Benavides Llerena

1. Introducción.....	281
2. Antecedentes: Acción de Amparo Constitucional.....	282
2.1. Demanda.....	283
2.2. Respuesta del Estado.....	283
2.3. Resolución.....	284
3. Apelación por denegación de recurso de amparo constitucional.....	284
3.1. Fallo de mayoría.....	284
3.2. Voto Salvado.....	285
4. Análisis sobre Interpretación Constitucional.....	286
4.1. Interpretación Constitucional.....	286
4.2. Análisis de Interpretación en el caso concreto.....	287
5. Evaluación crítica final.....	291
6. Bibliografía.....	293

Sentencias Constitucionales

Jhoel Escudero Solíz

1. Introducción.....	297
2. Parámetros generales de las sentencias constitucionales y su diferencia con las sentencias de otras materias.....	299
3. ¿Qué parte de las sentencias de constitucionalidad tiene fuerza de cosa juzgada?.....	306
4. Clasificación de las sentencias constitucionales.....	307
4.1. Las sentencias desestimativas.....	307
4.2. Sentencias estimativas.....	307
5. El Precedente constitucional.....	309
5.1. La Obligatoriedad del precedente.....	310
5.2. Alejamiento del precedente.....	310

5.3. La Disanalogía.....	311
5.4. Distinción entre Ratio Decidendi y Obiter Dicta.....	311
5.5. Progresividad en la jurisprudencia.....	313
5.6. Reparación integral.....	314
6. Bibliografía.....	316

SECCIÓN V. Constitución y Realidad

Alcohol, revueltas y estado constitucional

Juan Pablo Aguilar Andrade

1. Introducción.....	321
2. El primer ejemplo: la prohibición dominical.....	323
3. El segundo ejemplo: el 30-S.....	324
4. Un concepto encerrado en el papel.....	326
5. ¿Y el proceso constituyente?.....	332
6. Bibliografía.....	333

Tabla de contenidos.....	337
---------------------------------	------------

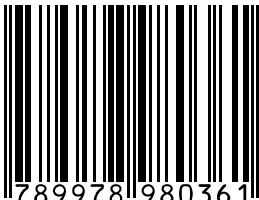
En este libro se privilegia el análisis de los derechos constitucionalmente garantizados y este es otro de sus méritos, porque es la dignidad de la persona y su defensa lo que confiere unidad a todos los trabajos y hace del conjunto de los autores un equipo en el que puede descansar la construcción de un Estado y de una sociedad democráticos, como deberá ser el Ecuador si ha de ser digno de sus héroes y de la sangre que vertieron a raudales el pueblo cuando de defender su libertad se ha tratado.

Julio César Trujillo

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



ISBN 978-9978-980-36-1



9 789978 980361