

DERECHO CONSTITUCIONAL: TEORÍA Y PRÁCTICA

Un nuevo aporte de la maestría en Derecho Constitucional
de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil

DIRECTOR: DR. MIGUEL HERNÁNDEZ TERÁN

Miguel Hernández Terán • Teresa Nuques Martínez
Agustín Grijalva Jiménez • José Luis Castro-Montero • Alejandra Cárdenas Reyes
Juan Carlos Benalcázar Guerrón • María Helena Carbonell Y.
Kleber Siguencia Suárez • Miriam M. Ivanega • Leonardo Massimino



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL



CORPORACIÓN
DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES

*Miguel Hernández Terán ▪ Teresa Nuques Martínez ▪ Agustín Grijalva Jiménez
José Luis Castro-Montero ▪ Alejandra Cárdenas Reyes
Juan Carlos Benalcázar Guerrón ▪ María Helena Carbonell Y.
Kleber Siguencia Suárez ▪ Miriam M. Ivanega ▪ Leonardo Massimino*

DERECHO CONSTITUCIONAL: TEORÍA Y PRÁCTICA

**UN NUEVO APORTE DE LA MAESTRÍA EN DERECHO CONSTITUCIONAL
DE LA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL**

DIRECTOR: DR. MIGUEL HERNÁNDEZ TERÁN.

2021

UCSG

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

DERECHO CONSTITUCIONAL: TEORÍA Y PRÁCTICA

Miguel Hernández Terán ▪ Teresa Nuques Martínez ▪ Agustín Grijalva Jiménez ▪ José Luis Castro-Montero
Alejandra Cárdenas Reyes ▪ Juan Carlos Benalcázar Guerrón ▪ María Helena Carbonell Y. ▪ Kleber Siguencia Suárez
Miriam M. Ivanega ▪ Leonardo Massimino

Dr. Miguel Hernández Terán, Director de la Maestría en Derecho Constitucional,
correo electrónico: mhtjuridico@gmail.com

Primera edición:

ISBN: 978-9942-06-509-4: 29-oct-2021.

Derecho de autor: 060835: 18-nov-2021.

Depósito legal: 006724: 18-nov-2021.

Impreso en Ecuador, noviembre de 2021

Producción editorial: Universidad Católica de Santiago de Guayaquil

Diseño y revisión de texto: Departamento editorial de la Corporación de Estudios y Publicaciones

Diseño de portada: Área de Diseño de la Corporación de Estudios y Publicaciones

Logotipo de la serie: Universidad Católica de Santiago de Guayaquil

© Universidad Católica de Santiago de Guayaquil

Av. Carlos Julio Arosemena Km 1 ½

Apartado postal: 09-01-4671 • Guayaquil, Ecuador

Teléfonos: (593 4) 380 4600

www.ucsg.edu.ec

La Corporación de Estudios y Publicaciones no se responsabiliza por las opiniones contenidas en esta publicación, que son de exclusiva responsabilidad de los respectivos autores.

Los trabajos contenidos en esta obra pueden ser citados reconociendo la fuente.

PALABRAS DE INTRODUCCIÓN

Un nuevo desafío intelectual de la Maestría en Derecho Constitucional de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil ha logrado cristalizarse con la publicación de esta importante obra jurídica producida por sus valiosos catedráticos. Nos hemos propuesto publicar cada año un libro de los profesores de nuestra Maestría. Nos esforzaremos para lograrlo.

Esta obra, producto del esfuerzo intelectual de Miguel Hernández Terán, Teresa Nuques Martínez, Agustín Grijalva Jiménez, José Luis Castro-Montero¹, Alejandra Cárdenas Reyes, Juan Carlos Benalcázar Guerrón, María Helena Carbonell Y., Kleber David Sigüencia Suárez, Miriam M. Ivanega y Leonardo Massimino, tiene un excelente contenido. Aborda temas de gran actualidad. Por lo mismo, tenemos fundadas expectativas de su éxito. El lector podrá comprobar el alto nivel de esta publicación.

Como Maestría en Derecho Constitucional, como Universidad, como teóricos y prácticos del Derecho quedamos enteramente satisfechos con esta construcción jurídica que a partir de hoy ve la luz pública.

DR. MIGUEL HERNÁNDEZ TERÁN

**DIRECTOR DE LA MAESTRÍA EN DERECHO CONSTITUCIONAL
UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL**

¹ El único valioso participante que no es profesor de nuestra Maestría.

ÍNDICE

Palabras de introducción	5
RELATIVIDAD DEL PRINCIPIO PRECAUTORIO EN MATERIA AMBIENTAL <i>Miguel Hernández Terán</i>	9
LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN CONTEXTOS ELECTORALES: UNA MIRADA DESDE LA SENTENCIA 1651-12-EP/20 DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR <i>Teresa Nuques Martínez</i>	23
¿PUEDE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL SER UN REMEDIO PARA LAS PATOLOGÍAS DEMOCRÁTICAS?: ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL EN EL ECUADOR <i>Agustín Grijalva Jiménez ▪ José Luis Castro-Montero</i>	37
CONSTRUYENDO DIGNIDAD: LA RELACIÓN ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL Y EL DERECHO INTERNO: EL CASO DE ECUADOR Y LAS SENTENCIAS DE MATRIMONIO IGUALITARIO Y DESPENALIZACIÓN DEL ABORTO <i>Alejandra Cárdenas Reyes</i>	57
LA CONSTITUCIONALIDAD COMO CONDICIÓN DE VALIDEZ DE LAS ACTUACIONES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA <i>Juan Carlos Benalcázar Guerrón</i>	79
PARÁMETROS INTERNACIONALES Y NACIONALES RELATIVOS AL USO DE LA FUERZA POR PARTE DE AGENTES ENCARGADOS DE HACER CUMPLIR LA LEY <i>María Helena Carbonell Y.</i>	89
LA PRISIÓN PREVENTIVA EN TIEMPOS DE PANDEMIA. UN ANÁLISIS A LA LUZ DEL DERECHO CONSTITUCIONAL <i>Kleber David Siguencia Suárez</i>	101
COMENTARIOS ACERCA DEL EMPLEO PÚBLICO EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO <i>Miriam M. Ivanega</i>	113
LA DIGNIDAD DE LA PERSONA COMO PRINCIPIO DEL DERECHO PÚBLICO <i>Leonardo Massimino</i>	123

RELATIVIDAD DEL PRINCIPIO PRECAUTORIO EN MATERIA AMBIENTAL

MIGUEL HERNÁNDEZ TERÁN

a) Introducción

La convivencia social como realidad permanente e insustituible genera una serie de relacionamientos del más variado tipo e intensidad, los cuales producen una variedad de consecuencias, reacciones y sentimientos. Hay desde relaciones comerciales, familiares, gremiales, académicas, etc, cada una de las cuales le da mayor o menor importancia a determinados aspectos, enfoques o actividades. Esos aspectos, enfoques o actividades pueden o no ser comunes a ese diverso tipo de relaciones. En todo caso el grado de importancia que se les dé a los mismos obedece a un determinado patrón: regularmente a su mayor o menor capacidad para satisfacer ciertas necesidades o expectativas de los sujetos de esas relaciones. Cabe destacar que no todas las relaciones parten de la voluntad de las personas, como por ejemplo las que se dan entre hijos y padres, entre hermanos. Lo cual no significa que en el marco de dichas relaciones no existan las valoraciones propias que permiten aquilatar los aspectos que se estimen de mayor o menor significación.

Esa apreciación sobre lo importante en el marco de las relaciones de convivencia da lugar a la búsqueda de la protección de esos aspectos, enfoques o actividades. La utilidad de los mismos es factor determinante para dicha pretensión. Una de las formas de protección es la protección jurídica. Ésta se cumple fundamentalmente a través de los derechos, los cuales, para llegar a institucionalizarse, salvo que se trate de derechos connaturales a los seres humanos, como el derecho a la vida y a la integridad personal, necesitan incorporarse en el ordenamiento jurídico. Una vez que forman parte de éste pueden ejercerse las acciones derivadas que ese ordenamiento haya previsto para tutelarlos. Así, acciones constitucionales si la protección es de ese nivel, acciones civiles si la tutela es de naturaleza civil, acciones ambientales si se trata de un derecho con cobertura ambiental.

Puede ocurrir que por la gran valoración que merezca una actividad, enfoque o aspecto de la convivencia social su protección supere el carácter nacional y alcance una cobertura jurídica internacional. Es el típico caso de los derechos amparados en tratados o convenios internacionales celebrados y ratificados por los respectivos Estados. En el ámbito americano es especialmente relevante la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, suscrita en el marco de la Conferencia Especializada Interamericana el 22 de noviembre de 1969, también conocida como Pacto de San José, en función de la ciudad donde se celebró dicho acuerdo internacional.

De lo explicado hasta aquí queda claro que los derechos surgen en razón de ciertos elementos que por su positiva valoración por parte sus beneficiarios merecen ser protegidos por el ordenamiento jurídico, que es a su vez un canal constitucional por medio del cual el Estado cumple su papel de protección social. Tanto así, que tiene, el Estado, el imperativo de garantizar su cumplimiento como parte de su rol esencial. En el caso ecuatoriano merecen destacarse dos contenidos de nivel constitucional: el artículo 3 numeral 4 señala como deber primordial del Estado, entre otros, garantizar el ordenamiento jurídico, y el artículo 11, que fija los principios que rigen el ejercicio de los derechos, que determina como uno de ellos en el numeral 9, párrafo primero, que “El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución”.²

Aquello que subyace a los derechos, lo que justifica su existencia porque es lo que efectivamente tutelan los mismos, y que es obviamente su antecedente directo, se denomina *bien jurídico*. Concepto éste de necesaria ubicación y entendimiento para poder dimensionar la relevancia de las leyes, del ordenamiento jurídico, nacional y supranacional, y de las protecciones que brindan. En nuestro libro especialmente dedicado a estudiar el *contenido esencial de los derechos* emitimos el siguiente concepto sobre bien jurídico³: es “*el elemento o conjunto de elementos materiales e inmateriales, de valor individual o colectivo, que el Derecho protege de forma directa e igualitaria a efectos de que el titular del mismo pueda disfrutarlo efectivamente de forma pacífica, en el entendido de que esa tutela lo habilita para ejercer todas las acciones y plantear todas las defensas legítimas en orden a la conservación de la titularidad y disfrute del bien.*”

Ahora bien, una de las herramientas que utilizan el Derecho y el ordenamiento jurídico para proteger a los *bienes jurídicos*, son los *principios*, los cuales, a diferencia de las reglas, suelen no contener una descripción normativa, un detalle de elementos constitutivos, una hipótesis de posible realización, una consecuencia (o varias) para quien adecúa su conducta a la misma. Pero hay casos en que por la trascendencia de los bienes jurídicos, y por ende de los correspondientes derechos que los amparan, el legislador nacional y/o supranacional asume el reto de atribuir un contenido específico a los principios. Esto ocurre en materia ambiental, dada la enorme relevancia del ambiente como bien jurídico que merece y debe preservarse de la mejor y más segura manera para beneficio de las generaciones: presente y futura. En este trabajo nos centraremos en el estudio del principio precautorio o precautelatorio, cuya significación es muy amplia, y no exenta de problemas de contenido, y obviamente de aplicación. La globalidad o indeterminación de ciertos elementos que estructuran tal principio lo convierten en un precepto con notables debilidades.

Cabe señalar que en la sentencia C-703/10 de la Corte Constitucional de Colombia⁴ se destaca, entre otros, que “... la persona y su dignidad no pueden ser desligadas

2 Publicada en el Registro Oficial No 449 del 20 de octubre de 2008.

3 Hernández Terán, Miguel. 2016. *EL CONTENIDO ESENCIAL DE LOS DERECHOS. Doctrina y Jurisprudencia*. Cevallos Editora Jurídica. Página 129.

4 Tomado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/C-703-10.htm>. Consulta realizada el 23 de febrero de 2021.

RELATIVIDAD DEL PRINCIPIO PRECAUTORIO EN MATERIA AMBIENTAL

del medio ambiente, en cuanto la existencia misma se desarrolla en un entorno cuya sanidad y conservación deben ser objeto de garantía.”

Nuestro análisis se centra en la definición del principio precautorio consagrado en la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo⁵:

Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del ambiente.

HIPÓTESIS: la indeterminación de parte del contenido del principio precautorio lo convierte en un precepto de fácil crítica y proclive a la desproporción en la exigencia de su aplicación.

b) El Derecho Ambiental y la protección del ambiente

Partamos señalando que el ambiente como bien jurídico da lugar al derecho al ambiente, el cual tiene una dimensión subjetiva como categoría jurídica que habilita a exigir el cumplimiento, respecto del demandante, individual o grupal, del contenido de ese derecho en los términos en que lo prevea la respectiva legislación. La dimensión subjetiva no significa que su contenido se pueda reclamar sólo por parte de sujetos individualmente considerados. El derecho al ambiente es también un derecho colectivo, y como tal da lugar a reclamaciones de la misma naturaleza. Se trata de un derecho de enorme significación, entre otros, por la cualitativa dependencia que genera respecto de la realización de otros derechos humanos.

Como derecho subjetivo lo hemos conceptualizado en nuestro trabajo “EL DERECHO AMBIENTAL, SU INTERNACIONALIZACIÓN Y LA GESTIÓN DE LOS ACEITES LUBRICANTES USADOS”⁶ en los siguientes términos:

Para nosotros el Derecho Ambiental es un Derecho supremo; un Derecho de supervivencia del cual depende la protección de otros derechos y las cualidades de dicha protección. Lo conceptualizamos como *aquella rama del Derecho de enfoque notablemente preventivo, de orden público, de titularidad individual y colectiva en cuanto a su ejercicio, que regula calificadamente la protección del ambiente, y a partir de ello las interrelaciones que se dan entre los diversos sujetos de Derecho, y entre éstos y el Estado en función del impacto que pueden*

5 Tomado de <https://www.un.org/spanish/esa/sustdev/documents/declaracionrio.htm>. Consulta realizada el 23 de febrero de 2021.

6 HERNÁNDEZ, Miguel (2020). “El Derecho Ambiental, su internacionalización y la gestión de los aceites lubricantes usados.” *Novedades Jurídicas*. AÑO XVII. NÚMERO 167. Páginas 6 a 20.

generar en el ambiente esas relaciones; y que norma también toda actividad, obra o proyecto que pueda impactar en el carácter sano y equilibrado del ambiente como condición necesaria para su disfrute por parte de sus titulares.

La universalidad del derecho al ambiente, su carácter simbólicamente permanente, su ámbito protector de los seres humanos y de los seres vivos en el planeta, la dependencia de la realización de otros derechos en función de la realización del derecho al ambiente, su carácter individual y colectivo, su proyección respecto de las generaciones futuras, su ubicación como un derecho de orden público, y por lo mismo insuperable por la voluntad de los particulares, puede producir el fenómeno de la *sobreprotección*, la cual puede ser cuantitativa, cualitativa o mixta. Cabe destacar que un régimen jurídico puede ser definido como sobreprotector sólo a partir de un análisis de conjunto respecto de todo el sistema normativo.

c) Prevención y precaución según la Corte Constitucional de Colombia

c.1 La Corte Constitucional de Colombia, titular de un importante prestigio a nivel internacional, plantea algunas reflexiones importantes sobre los principios preventivo y precautorio en la sentencia C-703 de 2010⁷:

Ciertamente, cuando se habla de prevención o de precaución como principios del derecho ambiental, no se hace alusión a la simple observancia de una actitud prudente o al hecho de conducirse con el cuidado elemental que exige la vida en sociedad o el desarrollo de las relaciones sociales, puesto que su contenido y alcance adquieren rasgos específicos, a tono con la importancia del bien jurídico que se busca proteger y con los daños y amenazas que ese bien jurídico soporta en las sociedades contemporáneas.

La afectación, el daño, el riesgo o el peligro que enfrenta el medio ambiente constituyen el punto de partida de la formulación de los principios que guían el derecho ambiental y que persiguen, como propósito último, dotar a las respectivas autoridades de instrumentos para actuar ante esas situaciones que comprometen gravemente el ambiente y también los derechos con él relacionados.

Tratándose de daños o de riesgos se afirma que en algunos casos es posible conocer las consecuencias que tendrá sobre el ambiente el desarrollo de determinado proyecto, obra o actividad, de modo que la autoridad competente puede adoptar decisiones antes de que el riesgo o el daño se produzcan, con la finalidad de reducir sus repercusiones o de evitarlas y cuando tal hipótesis se presenta opera el principio de prevención que se materializa en mecanismos jurídicos tales como la evaluación del impacto ambiental o el trámite y expedición

⁷ Tomado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/C-703-10.htm>. Consulta realizada el 23 de febrero de 2021.

RELATIVIDAD DEL PRINCIPIO PRECAUTORIO EN MATERIA AMBIENTAL

de autorizaciones previas, cuyo presupuesto es la posibilidad de conocer con antelación el daño ambiental y de obrar, de conformidad con ese conocimiento anticipado, a favor del medio ambiente.

El previo conocimiento que caracteriza al principio de prevención no está presente en el caso del principio de precaución o de cautela, pues tratándose de éste el riesgo o la magnitud del daño producido o que puede sobrevenir no son conocidos con anticipación, porque no hay manera de establecer, a mediano o largo plazo, los efectos de una acción, lo cual por ejemplo, tiene su causa en los límites del conocimiento científico que no permiten adquirir la certeza acerca de las precisas consecuencias de alguna situación o actividad, aunque se sepa que los efectos son nocivos.

En el ejemplo que se acaba de dar, el avance de la ciencia puede desvirtuar la existencia de un riesgo o la producción de un daño que en un estadio anterior del conocimiento eran tenidos por consecuencias ciertas del desarrollo de una actividad específica, pero también puede acontecer que la ciencia, al avanzar, ponga de manifiesto los riesgos o los daños derivados de una actividad o situación que antes se consideraba inofensiva, lo cual demuestra que las fronteras entre el principio de prevención y el de precaución no son precisas.

c.2 En la sentencia T-236/17⁸ la Corte señalada determinó, con ocasión de la aplicación del glifosato, algunas importantes precisiones dignas de reproducir:

5.1.1. A nivel internacional no existe una formulación única del principio de precaución. Por el contrario, se han identificado hasta diecinueve versiones distintas de este principio en diversos instrumentos. Una de las definiciones más citadas por la Corte Constitucional, por haber sido incorporada legislativamente al ordenamiento jurídico colombiano, se encuentra en el Principio No. 15 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo que establece:

“Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente.”

5.1.2. Esta definición del principio de precaución ha sido clasificada como una de las versiones ‘débiles’ de este principio, en la medida en que cualifica el umbral del riesgo, no establece un deber positivo ni una inversión de la carga de la prueba, e incorpora un requisito de *eficacia en función de los costos* o

8 Tomado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/T-236-17.htm>. Consulta realizada el 23 de febrero de 2021.

costo efectividad en la adopción de medidas. Dicha definición contrasta, por ejemplo, con la de la Declaración de Wingspread, adoptada por un grupo de ambientalistas en Estados Unidos en 1998, la cual no solo *permite* sino que *exige* la adopción de medidas, lo hace no frente a un peligro de daño grave o irreversible, sino a cualquier situación de “*amenaza para la salud humana o el medioambiente*”, no establece ninguna limitante a las medidas a adoptar y además recomienda invertir la carga de la prueba contra los proponentes de la actividad a regular.

5.1.3. En versiones fuertes como la que se acaba de ilustrar, el principio de precaución ha sido criticado por ser inviable en la práctica y por ignorar que el riesgo, como un elemento inescapable de la condición humana, se encuentra en ambos lados de la balanza, de tal forma que una decisión regulatoria para mitigar o eliminar un riesgo puede, a su vez, generar nuevos riesgos. Algunos de sus críticos argumentan que de esta forma el principio de precaución se convierte en un principio de paralización de la toma de decisiones regulatorias. El principio de precaución también ha sido criticado por predicar generalidades sin proveer directrices específicas sobre qué se debe demostrar para su aplicación en concreto.

d) Riesgo, daño y certidumbre según la indicada Corte colombiana

Además de lo expuesto, la Corte Constitucional de Colombia hace algunas advertencias en la indicada sentencia 7-236 de 2017⁹ *respecto del riesgo, del daño y de la certidumbre*:

...La sola existencia de potencial de daño en una actividad humana no puede ser la justificación para prohibirla, se requiere algún nivel de riesgo para entrar a aplicar el principio de precaución. Por ese motivo el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas, rechazó las medidas fundamentadas en “*una concepción del riesgo puramente hipotética*”. En relación con la evaluación de riesgos, y para excluir riesgos puramente hipotéticos, el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas propone considerar dos elementos: el grado de probabilidad y la gravedad de los efectos potenciales.

En un caso como el que plantea esta tutela, el grado de probabilidad se refiere a la probabilidad de que una persona sufra efectos adversos por la exposición al glifosato, mientras que la gravedad se refiere a si los efectos son leves o graves. Ambos elementos son relevantes, pues un daño particularmente grave puede dar lugar a estrictas medidas de precaución aún ante una probabilidad

⁹ Tomado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/T-236-17.htm>. Consulta realizada el 23 de febrero de 2021.

RELATIVIDAD DEL PRINCIPIO PRECAUTORIO EN MATERIA AMBIENTAL

de ocurrencia muy baja, como ocurre con las medidas de seguridad en la energía nuclear o en el transporte aéreo.

Por otra parte, se debe tener en cuenta el *grado de certidumbre*. Si bien el principio de precaución se aplica frente a la incertidumbre y ha sido considerado por la Corte como una alternativa de acción “*frente al principio de certeza científica*”, este requiere una aproximación realista hacia las posibilidades de certeza. En la ciencia no hay tal cosa como certeza absoluta: hay teorías soportadas por la evidencia y por el consenso científico que pueden eventualmente ser falseadas y remplazadas por nuevas teorías que atraigan un nuevo consenso. Actuar bajo el supuesto de que existe tal cosa como la ‘certeza absoluta’ puede llevar a los jueces a cometer dos errores opuestos. Por un lado, pueden adoptar decisiones apresuradas al amparo de un solo estudio científico sin verificar si dicho estudio ha sido validado por la comunidad científica y si está respaldado por experimentos replicables. Por otro lado, pueden abstenerse de tomar decisiones bajo la justificación de que no hay consenso o hay contradicciones, aguardando un ideal inalcanzable de verdad. Ambas decisiones pueden ser igualmente lesivas para el orden constitucional.

e) Algunas reflexiones sobre el principio precautorio

Una actuación cautelosa, de cuidado, preventiva, puede ser más o menos intensa en función de lo que se quiere proteger. Dada la relevancia de la tutela del medio ambiente, y por ende de impedir su degradación, la existencia del principio precautorio o precautelatorio está plenamente justificada. Su descripción es frágil conceptualmente hablando.

1.- Lo primero que hay que señalar con ocasión del contenido de este principio es que constituye una expresión de *garantía* del derecho humano a un ambiente sano. Los Estados deben proteger y garantizar los derechos. Las personas necesitamos de los derechos, pero también de su realización efectiva, y para ésta la garantía de los mismos ocupa un papel estelar. La Convención Americana de Derechos Humanos lo tiene muy claro y su jurisprudencia también. En efecto, el artículo 1. 1 de la misma determina con elocuencia: “Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción sin discriminación alguna...”

En el “CASO DE LA “MASACRE DE MAPIRIPÁN” VS COLOMBIA”¹⁰ la Corte Interamericana de Derechos Humanos consignó en el párrafo 107 que las obligaciones contenidas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención constituyen la base para la determinación de responsabilidad internacional a un Estado por violaciones a la misma.

¹⁰ Tomado de https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_134_esp.pdf. Consulta realizada el 23 de febrero de 2021.

En el mismo juicio refirió también¹¹:

[e]l artículo 1.1 es fundamental para determinar si una violación de los derechos humanos reconocidos por la Convención puede ser atribuida a un Estado Parte. En efecto, dicho artículo pone a cargo de los Estados Partes los deberes fundamentales de respeto y de garantía, de tal modo que todo menoscabo a los derechos humanos reconocidos en la Convención que pueda ser atribuido, según las reglas del Derecho Internacional, a la acción u omisión de cualquier autoridad pública, constituye un hecho imputable al Estado que compromete su responsabilidad en los términos previstos por la misma Convención.

La misma Corte en el “CASO COMUNIDADES INDÍGENAS MIEMBROS DE LA ASOCIACIÓN LHAKA HONHAT (NUESTRA TIERRA) VS ARGENTINA”¹² estableció en el párrafo 207 lo siguiente:

En lo que es relevante para el caso, debe hacerse notar que rige respecto al derecho al ambiente sano no solo la obligación de respeto, sino también la obligación de garantía prevista en el artículo 1.1 de la Convención, una de cuyas formas de observancia consiste en prevenir violaciones...

2.- Es posible que en función de la trascendencia de un determinado bien jurídico los Estados e incluso los tratados y convenciones internacionales en el esfuerzo por garantizar su protección establezcan contenidos demasiado amplios, que, por lo mismo, den lugar a calificaciones con muy alta carga de discrecionalidad, lo cual ciertamente es un problema para los administrados. Más aún, pueden dar lugar a la sobreprotección de un derecho en desmedro de otros derechos humanos. Recuérdese que todos hacen posible la realización de la dignidad humana.

3.- El contenido del principio precautorio, por la forma en que ha sido estructurado, tiene altos niveles de relatividad. Así:

3.1.- El peligro no es un concepto de contenido unívoco. Como muchísimos elementos en la vida tiene grados, niveles, componentes que lo hacen posible. Ergo, no cualquier peligro debe viabilizar la adopción de las medidas pertinentes y eficaces para impedir la degradación del ambiente. Debe tratarse de un peligro grave, cuyo desenlace en función de las específicas circunstancias del caso, hagan de razonable y creíble ocurrencia sus efectos. Incluso es posible que los instrumentos conceptuales para medir o visualizar el peligro sean discutibles, en unos campos más y en otros menos.

3.2.- La certeza absoluta, como regla general, es un concepto de muy difícil consolidación en cualquier campo de la actividad humana, y máxime en el de la ciencia. La

¹¹ Párrafo 108.

¹² Tomado de https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_400_esp.pdf. Consulta realizada el 23 de febrero de 2021.

RELATIVIDAD DEL PRINCIPIO PRECAUTORIO EN MATERIA AMBIENTAL

certeza como la seguridad admite grados. La Declaración de Río optó por la certeza absoluta en el principio 15.

Sin duda alguna encontrar falta de certeza científica absoluta es lógicamente un elemento muy fácil, y que por lo mismo puede disparar la exigencia de medidas muy severas por parte de las autoridades competentes del Estado. A ello agréguese una relevante consideración: la aparentemente poca trascendencia de los costos de las medidas eficaces para impedir la degradación ambiental.

3.3.- Los costos de las medidas eficaces: no puede ni debe obviarse en todo análisis del sector público como del sector privado los costos de la generación y aplicación de medidas eficaces para un determinado propósito. Hay indefectiblemente casos en los cuales los altos costos de producción y aplicación de tales medidas pueden ser irrelevantes o de menor trascendencia que otros, en atención a lo que se quiere solucionar o evitar. La protección del ambiente y por ende impedir su degradación tiene una irreemplazable valía. Difícil discutirlo. *Pero ello no puede conducir a la abstracción de los costos para la generación y aplicación de las pertinentes medidas eficaces.* Téngase en cuenta que efectivamente pueden ser varias las medidas. No cabe hacer abstracción de los costos, sea que se trate de una o de múltiples medidas. Pero hay algo más: tal o tales medidas pudieran ser permanentes, o sin llegar a serlo, de alta o mediana duración, en cuyo caso los costos ocupan un rol singularmente estelar.

La relación coste-beneficio no es ni debe ser, pues, un aspecto secundario. Nos parece un error la abstracción que realiza el principio 15 de la Declaración de Río. No decimos que deba sacrificarse el ambiente sano por el costo de las medidas. De ninguna manera. Pero no debemos dejar de observar que en manos del Estado tal abstracción es un asunto delicado.

Horacio Rosatti en su artículo “LA TUTELA DEL MEDIO AMBIENTE EN LA CONSTITUCIÓN NACIONAL ARGENTINA”¹³ dice con claridad:

*El principio de precaución en materia ambiental plantea que la incertidumbre científica no debe ser una excusa para impedir la adopción de medidas que tiendan a evitar la posibilidad cierta de la ocurrencia de un daño ambiental grave, aunque su costo sea elevado, ni para convalidar la acción u omisión humanas potencialmente dañosas.*¹⁴

Cabe anotar también respecto de la eficacia de las medidas para impedir la degradación del medio ambiente, que las mismas pueden ser efectivamente eficaces al comienzo, pero ineficaces a corto, mediano o largo plazo. Difícilmente una medida ineficaz al

13 ROSATTI, Horacio (2016). LA TUTELA DEL AMBIENTE EN LA CONSTITUCIÓN NACIONAL ARGENTINA. Asociación de docentes. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales Universidad de Buenos Aires. *El Control de la Actividad Estatal*. Buenos Aires. Asociación de docentes de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires. Páginas 809 a 836.

14 Las cursivas son nuestras.

comienzo se convierte luego en eficaz. Por otro lado, el hecho de que una o varias medidas sean eficaces no significa que la pertinente actividad no sea permanentemente evaluada. Más aun, es posible que el desarrollo tecnológico convierta a una actividad que era originalmente riesgosa en una actividad inocua.

Tampoco debe desatenderse el hecho de que la eficacia de una o varias medidas puede estar asociada a la oportunidad de su ejecución. Así, una medida para impedir la degradación del ambiente puede ser eficaz si se la ejecuta en un tiempo determinado, pero ineficaz si se la lleva a cabo en un tiempo distinto.

3.4.- La relación de causalidad es uno de los temas más complejos en los hechos, en las ciencias sociales, en las conductas y en general en muchas actividades humanas. Parecería que la sospecha respecto de la relación de causalidad entre la actividad potencialmente peligrosa y el daño grave o irreversible da lugar a la exigencia de la adopción de medidas eficaces. Téngase en cuenta, aunque es obvio, que la adopción de medidas tiene un proceso de producción hasta que las mismas estén listas. Y que tales medidas deben ser efectivamente eficaces, es decir deben generar resultados idóneos y suficientes para cumplir el propósito que se busca.

El riesgo se vincula en forma directa con la causa que lo produce. Y si no hay certeza sobre la relación de causalidad, sin duda estamos pisando un terreno difícil. *La incertidumbre sobre la causalidad puede generar que se sobreestimen las posibles causas y los posibles efectos. Pero también que se subestimen ambos.* Cabe anotar además que las flaquezas sobre la relación de causalidad puede afectar la eficacia de la o de las medidas pertinentes para impedir la degradación del ambiente. Téngase en cuenta que, regularmente, para que se constituya una relación de causalidad los efectos de una actividad no deben ser esporádicos sino repetidos.

Uno de los problemas de la fragilidad y de la incertidumbre en la relación de causalidad es que no se puede conocer con certeza los efectos de corto, mediano y largo plazo de determinada actividad, y por ende la oportunidad y/o eficacia de la medida a adoptarse pueden verse afectadas. A lo anterior agréguese la posible existencia de “concausas” o de pluralidad de causas, alguna o algunas de las cuales pueden ser generadas por agentes extraños a quien desempeña la actividad presuntamente peligrosa.

3.5.- José Manuel de Cózar Escalante en su trabajo “PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN Y MEDIO AMBIENTE”¹⁵ destaca entre las críticas más frecuentes contra el principio de precaución, las siguientes:

1.- “Es inaceptablemente vago, general, impreciso como para constituir un principio eficaz, no dar lugar a controversias interminables o incluso tener algún sentido”.

15 DE CÓZAR ESCALANTE, José Manuel. Principio de precaución y medio ambiente. Tomado de http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1135-57272005000200003. Consulta realizada el 23 de febrero de 2021.

RELATIVIDAD DEL PRINCIPIO PRECAUTORIO EN MATERIA AMBIENTAL

2.- “No se puede establecer con precisión cuál es el umbral que conduce a un daño suficientemente grave o de carácter irreversible.”

3.- “El concepto de incertidumbre científica no tiene un significado exacto.”

4.- “Es una barrera a la innovación y al desarrollo.”

5.- “Busca el “riesgo cero”, lo cual es imposible.”

4.- Toda degradación del medio ambiente debe ser evitada, por sus efectos en la actual y en futuras generaciones. En todo caso no deben olvidarse todos los elementos que constituyen el desarrollo sostenible: desarrollo económico, desarrollo social y protección ambiental. Los tres son bienes jurídicos. El tercero es el más importante, pero no debe olvidarse nunca la relevancia de los dos primeros.

5.- El estudio del daño grave es todo un capítulo en el Derecho Ambiental. No vamos a profundizar sobre ello. Pero sí destacamos que pudiera darse el caso, conceptualmente hablando, de que un daño grave sólo lo sea al comienzo del impacto de la actividad dañosa y que prontamente o a mediano tiempo se diluya ostensiblemente o desaparezca, o se diluya progresivamente hasta llegar a niveles mínimos o a desaparecer. Cuestión ciertamente de difícil ocurrencia en el campo ambiental.

6.- La existencia del principio precautorio puede constituirse en un factor de estímulo para desarrollar actividades alternativas que no sean peligrosas para el medio ambiente, en el sentido de generar riesgo de daño grave o irreversible.

7.- El principio precautorio debe aplicarse conjuntamente con otros principios jurídicos, a efectos de evitar la polarización de las exigencias de las autoridades estatales. Así, debe aplicarse junto con el principio de proporcionalidad, con el de equidad, con el de justicia material, y en general conjuntamente con los pertinentes principios generales del Derecho.

8.- La aplicación del principio precautorio debe darse en el marco de una *debida diligencia* por parte del Estado. Debe ser una manifestación de éste principio. En la opinión consultiva No. OC-23/17 del 15 de noviembre de 2017 la Corte Interamericana¹⁶ definió, entre otros:

123. Los Estados están obligados a cumplir con sus obligaciones bajo la Convención Americana con debida diligencia. El concepto general de debida diligencia en el Derecho Internacional es típicamente asociado a la posible responsabilidad de un Estado frente a obligaciones de conducta o comportamiento,

¹⁶ Tomado de https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_23_esp.pdf. Consulta realizada el 23 de febrero de 2021.

en contraste con las obligaciones de resultado que requieren el logro de un objetivo específico...

124. Sobre la base de este deber de debida diligencia reposan la mayoría de las obligaciones en materia ambiental. La Corte reitera que una protección adecuada del medio ambiente es esencial para el bienestar humano, así como para el goce de múltiples derechos humanos, en particular los derechos a la vida, a la integridad personal, la salud y el propio derecho a un medio ambiente sano.

Conclusiones

- 1.- El principio precautorio es una expresión de garantía del derecho humano al ambiente sano.
- 2.- Provee un alto contenido de discrecionalidad para las autoridades encargadas de exigirlo.
- 3.- Tiene un alto contenido de relatividad dada la indeterminación de algunos de sus elementos.
- 4.- Es un error la abstracción absoluta respecto de los costos de las medidas eficaces para evitar la degradación del ambiente.
- 5.- Las flaquezas sobre la relación de causalidad pueden afectar la eficacia de la o de las medidas pertinentes para impedir la degradación del ambiente.
- 6.- Uno de los problemas de la fragilidad y de la incertidumbre en la relación de causalidad es que no se puede conocer con certeza los efectos de corto, mediano y largo plazo de determinada actividad, y por ende la oportunidad y/o eficacia de la o las medidas a adoptarse pueden verse afectadas.
- 7.- Toda degradación del medio ambiente debe ser evitada, por sus efectos en la actual y en futuras generaciones. En todo caso no deben olvidarse todos los elementos que constituyen el desarrollo sostenible: desarrollo económico, desarrollo social y protección ambiental.

BIBLIOGRAFÍA

Constitución de la República del Ecuador, publicada en el Registro Oficial No 449 del 20 de octubre de 2008.

Hernández Terán, Miguel. 2016. *EL CONTENIDO ESENCIAL DE LOS DERECHOS. Doctrina y Jurisprudencia*. Cevallos Editora Jurídica.

RELATIVIDAD DEL PRINCIPIO PRECAUTORIO EN MATERIA AMBIENTAL

Sentencia C-703/10 de la Corte Constitucional de Colombia. Tomada de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/C-703-10.htm>. Consulta realizada el 23 de febrero de 2021.

Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo. Tomada de <https://www.un.org/spanish/esa/sustdev/documents/declaracionrio.htm>. Consulta realizada el 23 de febrero de 2021.

HERNÁNDEZ, Miguel (2020). “El Derecho Ambiental, su internacionalización y la gestión de los aceites lubricantes usados.” *Novedades Jurídicas*. AÑO XVII. NÚMERO 167.

Sentencia C-703 de 2010 de la Corte Constitucional de Colombia. Tomada de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/C-703-10.htm>. Consulta realizada el 23 de febrero de 2021.

Sentencia T-236/17 de la Corte Constitucional de Colombia. Tomada de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/T-236-17.htm>. Consulta realizada el 23 de febrero de 2021.

“CASO DE LA “MASACRE DE MAPIRIPÁN” VS COLOMBIA”, Corte Interamericana de Derechos Humanos. Tomado de https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_134_esp.pdf. Consulta realizada el 23 de febrero de 2021.

“CASO COMUNIDADES INDÍGENAS MIEMBROS DE LA ASOCIACIÓN LHAKA HONHAT (NUESTRA TIERRA) VS ARGENTINA”, Corte Interamericana de Derechos Humanos. Tomado de https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_400_esp.pdf. Consulta realizada el 23 de febrero de 2021.

ROSATTI, Horacio (2016). LA TUTELA DEL AMBIENTE EN LA CONSTITUCIÓN NACIONAL ARGENTINA. Asociación de docentes. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales Universidad de Buenos Aires. *El Control de la Actividad Estatal*. Buenos Aires. Asociación de docentes de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires. Páginas 809 a 836.

DE CÓZAR ESCALANTE, José Manuel. Principio de precaución y medio ambiente. Tomado de http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1135-57272005000200003. Consulta realizada el 23 de febrero de 2021.

LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN CONTEXTOS ELECTORALES: UNA MIRADA DESDE LA SENTENCIA 1651-12-EP/20 DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR

TERESA NUQUES MARTÍNEZ¹⁷

*Sin una efectiva libertad de expresión, materializada en todos sus términos, la democracia se desvanece, el pluralismo y la tolerancia empiezan a quebrantarse, los mecanismos de control y denuncia ciudadana se empiezan a tornar inoperantes y, en definitiva, se empieza a crear el campo fértil para que sistemas autoritarios se arraiguen en la sociedad.*¹⁸

En este artículo se abordará el análisis del derecho a la libertad de expresión en contextos electorales, aquello se realizará desde los criterios desarrollados en la sentencia de la Corte Constitucional acerca del caso de la revista Vistazo, signado con el número 1651-12-EP/20.

A tal efecto, empezaremos con un breve recuento de los hechos del caso, para luego observar los principales criterios desarrollados por la Corte en esa sentencia y finalmente analizar cómo esos planteamientos se aplicaron al caso concreto.

1. Los hechos del caso

En el año 2011, la revista Vistazo, en el editorial de la edición 1049, titulado “*Un no rotundo*”, se pronunció en contra de 4 preguntas de la consulta popular y referéndum que se promovió en ese entonces¹⁹, entre los antecedentes relevantes, se puede notar que:

- La posición editorial del medio de comunicación rechazaba las preguntas que se referían, entre otras, a la creación del Consejo de Regulación de

¹⁷ Teresa Nuques, Doctora en derecho por la Universidad de A Coruña, profesora titular de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.

¹⁸ Corte IDH. Caso Herrera Ulloa v. Costa Rica, p. 116.

¹⁹ La Consulta popular y referéndum del 7 de mayo de 2011, se refería a lo siguiente: a) prohibir a las instituciones del sistema financiero privado y a las empresas de comunicación de carácter nacional a ser titulares de acciones en empresas ajenas a su actividad (pregunta 3); b) Sustituir el Pleno del Consejo de la Judicatura para crear uno transitorio para que reestructure la Función Judicial (pregunta 4); c) Modificar la elección de los 5 miembros del Pleno del Consejo de la Judicatura mediante temas remitidas por la Asamblea Nacional, Presidente de la Corte Nacional de Justicia, Fiscal General del Estado, Defensor Público y Función Ejecutiva (pregunta 5); y, d) La creación de un Consejo de Regulación de difusión de contenidos en televisión, radio, prensa y que establezca criterios de responsabilidad de los comunicadores y medios emisores (pregunta 9).

Desarrollo de la Información y comunicación (CORDICOM), y a la reestructuración judicial²⁰.

- En los meses siguientes se presentaron 5 denuncias en contra del medio de comunicación²¹, que fueron conocidas por el órgano electoral.
- En las denuncias se imputaba que, con el editorial la Revista Vistazo, (i) se difundió propaganda política o electoral cuando ello le correspondía al Consejo Nacional Electoral²²; que (ii) realizó propaganda electoral a favor de una postura negativa dentro del referendo y consulta popular del 7 de mayo de 2011 sin contar con la autorización del CNE, incurriendo en la infracción electoral prevista en el artículo 275 (3) del Código de la Democracia; y (iii) con ello se transgredió la veda electoral y las reglas de campaña electoral²³. En tal sentido, se mencionó que al tener distribución a nivel nacional y una presencia de más de 55 años, tenían alta recepción entre lectores y por ello habrían generado un daño importante respecto de la igualdad de oportunidades de las diversas posturas inmersas en un proceso electoral.

El caso fue analizado por el Tribunal Contencioso Electoral y mediante sentencia del 12 de diciembre de 2011, una Jueza de dicho órgano, resolvió desestimar por improcedentes las denuncias presentadas contra ENSA, ratificando su inocencia.

Las razones principales del fallo fueron: (i) que el editorial no era considerado como publicidad ni propaganda electoral; y (ii) que no existía una norma que prohibiera la publicación de las opiniones de los medios de comunicación a través de su espacio editorial.

El caso subió en apelación al Pleno del Tribunal Contencioso Electoral, el cual, mediante sentencia del 26 de septiembre de 2012, declaró a Vistazo responsable de la infracción que se alegaba.

En ese caso las principales razones del fallo fueron que: (i) la Revista Vistazo realizó propaganda electoral a favor de una postura negativa dentro del referendo y la consulta popular del 7 de mayo de 2011 sin contar con la autorización del CNE; y (ii) que conforme a la resolución del CNE, la campaña electoral duraba del 26 de marzo al 4 de mayo de 2011 y para la fecha en que circuló el editorial de la Revista Vistazo No. 1049,

20 En el editorial de la Revista Vistazo No. 1049, se concluía que “*En defensa de 54 años de periodismo, ejercido con absoluta independencia de los poderes políticos y económicos, Vistazo se pronuncia NO en la pregunta número tres y por considerar que la pregunta nueve, que crea un consejo de regulación de los medios, tiene como objetivo ulterior afectar la libertad de expresión y establecer controles a los medios, también se pronuncia por el NO. Finalmente, las preguntas cuatro y cinco que permiten al Ejecutivo reformar la Justicia son una injerencia en el Poder Judicial y afectan el equilibrio de poderes que debe primar en una democracia, éstas también merecen un NO rotundo. En definitiva, el referéndum que originalmente debía ser convocado para mejorar la seguridad ciudadana, no resolverá ese problema.*”

21 Las denuncias se presentaron en contra de Editores Nacionales S.A. ENSA (“ENSA”).

22 Código de la Democracia. Artículo 277, numeral 2.

23 *Ibidem*.

**LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN CONTEXTOS ELECTORALES:
UNA MIRADA DESDE LA SENTENCIA 1651-12-EP/20 DE LA CORTE
CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR**

el 6 de mayo de 2011, se encontraba prohibida la difusión de publicidad electoral y se encontraba en vigencia el silencio electoral

Finalmente, el caso llegó a conocimiento de la Corte Constitucional, mediante Acción Extraordinaria de Protección.

La Corte en esta sentencia procedió a realizar un interesante análisis de la libertad de expresión en contexto electoral.

2. Análisis de los principales criterios en libertad de expresión en contexto electoral analizado por la Corte Constitucional en la sentencia objeto de estudio

Para su análisis la Corte empezó por desarrollar aspectos esenciales de la libertad de expresión, para luego avanzar hacia la libertad de expresión y su relación con los derechos políticos; y, finalmente, observar los límites a la libertad de expresión.

Acerca de la libertad de expresión, la Corte ha manifestado que el derecho a la libertad de pensamiento y expresión se encuentra reconocido tanto en tratados e instrumentos internacionales como en la Constitución ecuatoriana y se refieren a la protección de este derecho y su contenido, destacando la libertad de todas las personas, de manera individual o colectiva, para expresarse, buscar, acceder, recibir o difundir información²⁴.

La Corte Constitucional explica que el derecho a la libertad de pensamiento y expresión se protege principalmente por el vínculo fundamental que representa en relación con el desarrollo de la democracia, acogiendo de ese modo, el siguiente criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (“Corte IDH”):

*“La libertad de expresión es una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática. Es indispensable para la formación de la opinión pública. Por ende, es posible afirmar que una sociedad que no está bien informada no es plenamente libre”.*²⁵

La Corte en esta sentencia reafirma la doble dimensión de la libertad de expresión, esto es su dimensión individual y social. Manifestando que ambas dimensiones deben ser protegidas simultáneamente²⁶.

24 Art. 13. Convención Americana sobre Derechos Humanos; Artículo IV. Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre; Artículo 19. Declaración Universal de Derechos Humanos; Artículo 19. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. ; Art. 18 Constitución de la República del Ecuador.

25 Opinión Consultiva OC-5/85 La Colegiación Obligatoria de Periodistas. Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, p. 69.

26 Sentencia Corte Constitucional No. 282-13-JP del 4 de septiembre de 2019, párr. 58. “La titularidad de este derecho no está restringida a determinada profesión o grupo de personas, ni al ámbito de la libertad de prensa. No obstante, esta Corte reconoce que los medios de comunicación sirven como vehículo de expresión y difusión de la

Por un lado, la dimensión individual de la libertad de expresión, protege que cualquier persona se pueda expresar libremente y por cualquier medio a su elección, informaciones e ideas de toda índole, no agotándose en la libertad de expresarse, sino que implica también la libertad de difundir información.²⁷

La Opinión Consultiva OC-5/85 sobre la Colegiación Obligatoria de Periodista, citada por la Corte, expresamente señala en su párrafo 30: *“Cuando se restringe ilegalmente la libertad de expresión de un individuo, no sólo es el derecho de ese individuo el que está siendo violado, sino también el derecho de todos a ‘recibir’ informaciones e ideas, de donde resulta que el derecho protegido por el artículo 13 tiene un alcance y un carácter especiales. Se ponen así de manifiesto las dos dimensiones de la libertad de expresión. En efecto, ésta requiere, 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 expresión del pensamiento ajeno”*.

Por otro lado, respecto a su dimensión social, en esta sentencia la Corte acoge el criterio desarrollado en la Opinión Consultiva referida, que prevé que la libertad de expresión se encuentra garantizada como un medio para el intercambio de ideas e informaciones y para la comunicación masiva entre los seres humanos; en ese sentido, entraña una relación directa con el derecho de todos a conocer opiniones y noticias.²⁸

En la referida sentencia la Corte Constitucional, reafirma que la protección simultánea de las dos dimensiones de la libertad de expresión implica también, proteger a los medios de comunicación *“por ser considerados el vehículo de expresión y de difusión de la información, ideas y opiniones de quienes se expresan a través de ellos, permitiendo el ejercicio de este derecho en su dimensión individual”*.²⁹

La Corte en esta sentencia cita el Caso Ricardo Canese. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111. p.78; y señala expresamente que *“78. la expresión y la difusión de pensamientos e ideas son indivisibles. Una restricción de las posibilidades de divulgación representa directamente, y en la misma medida, un límite al derecho de expresarse libremente”*.

En el mismo sentido, la Corte Constitucional reafirmó que el Estado ecuatoriano está obligado a *“minimizar las restricciones a la circulación de la información y promover la*

información, ideas y opiniones de quienes se expresan a través de ellos, permitiendo el ejercicio de este derecho en su dimensión individual. Al mismo tiempo, cuando se obstaculiza la libertad de un medio de comunicación, se afecta necesariamente la dimensión social del derecho a la libertad de expresión, esto es, la posibilidad de las personas de buscar y recibir la información, así como las ideas y opiniones ajenas que tal medio difunde. Estas dos dimensiones de la libertad de expresión son interdependientes y deben protegerse de manera simultánea”.

27 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. La Colegiación Obligatoria de Periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana de Derechos Humanos). Solicitada por el gobierno de Costa Rica.

28 Opinión Consultiva 5/85, Op. Cit. p. 32; Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 1651-12-EP/21. Párr. 135.

29 *Ibidem*.

LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN CONTEXTOS ELECTORALES: UNA MIRADA DESDE LA SENTENCIA 1651-12-EP/20 DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR

*participación de las distintas informaciones en el debate público impulsando el pluralismo informativo*³⁰.

2.1. La libertad de expresión y los derechos políticos

La Corte Constitucional afirmó que la libertad de expresión se encuentra vinculada también con el ejercicio de los derechos políticos, pues ambos propician el fortalecimiento de la democracia³¹. En esta línea, la Corte Constitucional acogió el criterio de la Corte IDH que desarrolla que *“Los derechos políticos son derechos humanos de importancia fundamental dentro del sistema interamericano que se relacionan estrechamente con otros derechos consagrados en la Convención Americana como la libertad de expresión, la libertad de reunión y la libertad de asociación y que, en conjunto, hacen posible el juego democrático. (...)”*³²

En el mismo sentido, la Corte acoge el criterio del caso Ricardo Canese vs Paraguay, en donde expresamente señala que *“La Corte considera importante resaltar que, en el marco de una campaña electoral, la libertad de pensamiento y de expresión en sus dos dimensiones constituye un bastión fundamental para el debate durante el proceso electoral, debido a que se transforma en una herramienta esencial para la formación de la opinión pública de los electores, fortalece la contienda política entre los distintos candidatos y partidos que participan en los comicios y se transforma en un auténtico instrumento de análisis de las plataformas políticas planteadas por los distintos candidatos, lo cual permite una mayor transparencia y fiscalización de las futuras autoridades y de su gestión”*³³.

Y finalmente, en lo que se refiere a la libertad de expresión, ésta no se encuentra restringida a un grupo de personas. Como se precisa en el Caso Tristán Donoso. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de enero de 2009 Serie C No. 193, p. 114., la Corte IDH ha indicado que *“La Convención Americana garantiza este derecho a toda persona, independientemente de cualquier otra consideración, por lo que no cabe considerarla ni restringirla a una determinada profesión o grupo de personas. La libertad de expresión es un componente esencial de la libertad de prensa, sin que por ello sean sinónimos o el ejercicio de la primera esté condicionado a la segunda (...)”*.

Una vez abordados los criterios expuestos, la Corte Constitucional concluyó que:

“La libertad de expresión e información adquiere mayor importancia en períodos electorales, pues para que los ciudadanos ejerzan de forma efectiva sus derechos políticos como participar en la dirección de asuntos públicos o elegir y ser elegidos, es preciso garantizar un ambiente en el que se genere la mayor

30 *Ibídem.*

31 Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 1651-12-EP/21. Párr. 137.

32 *Caso Castañeda Gutman Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C No. 184, p.140.*

33 *Sentencia del 31 de agosto de 2004, Serie C, No. 111, p. 88.*

*cantidad de información posible con pluralidad de medios, ideas, opiniones, en fin, pluralismo informativo, así como el enriquecimiento del debate político*³⁴.

La libertad de expresión en contextos electorales, en realidad, debe involucrar a los principales actores: los votantes, las organizaciones políticas y los medios de comunicación.

En relación a los principales actores de la libertad de expresión en contextos electorales, la Corte Constitucional ha desarrollado este tema, en torno a los criterios del Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y expresión, Frank La Rue, 2 Julio 2014, A/HRC/26/30³⁵.

En ese sentido, se advierte que (i) los votantes necesitan recibir información completa y exacta, para expresar su interés político sin temor, para ello requieren que se ejercite el derecho a la libertad de expresión; (ii) las organizaciones políticas, por su parte, necesitan expresar su mensaje político libremente a fin de dar a conocer ideas, programas y planes políticos; y, (iii) los medios de comunicación, se encuentran llamados a ser un mecanismo de control en relación al proceso electoral, y un medio para difusión de ideas.³⁶

En atención a los estándares del derecho a la libertad de expresión, en la sentencia constitucional bajo análisis se examinó el derecho a comunicar y el derecho a recibir información. Es así que se determina lo siguiente:

- Derecho a comunicar: se refiere a la facultad de los individuos a manifestar sus juicios de valores, opiniones y puntos de vista sobre determinados sucesos; es por ello que al ser una manifestación del pensamiento individual y por tanto un juicio subjetivo, su nivel de escrutinio es mínimo y excepcional.
- Derecho a recibir información: se relaciona a hechos y sucesos objetivos, cuyo fin es la descripción objetiva de hechos; es por ello que, si bien su nivel de escrutinio es excepcional será un tanto más estricto.

La Corte Constitucional señala la necesidad de establecer (i) La naturaleza del discurso; y el (ii) nivel de escrutinio según el tipo de discurso. En atención a ello, la Corte diferencia la Información vs. Opinión en los siguientes términos:

- En el ejercicio de la opinión, su elemento predominante entraña la manifestación de un juicio subjetivo sobre determinado tema³⁷.
- Por otro lado, en el ejercicio del derecho a recibir información, el elemento preponderante radica en la descripción de hechos objetivos por medio de

34 Corte Constitucional del Ecuador, sentencia 1651-12-EP/21. Párr. 138.

35 Corte Constitucional, sentencia 1651-12-EP/20. Párr. 142.

36 ONU: Consejo de Derechos Humanos, Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y expresión, Frank La Rue, 2 Julio 2014, A/HRC/26/30, párr. 11.

37 Corte Constitucional, sentencia 1651-12-EP/20. Párr. 152.

**LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN CONTEXTOS ELECTORALES:
UNA MIRADA DESDE LA SENTENCIA 1651-12-EP/20 DE LA CORTE
CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR**

los cuales se busca que la sociedad se encuentre comunicado del acontecer público³⁸.

- Finalmente, si bien tanto la información como las opiniones son discursos protegidos “*es importante distinguirlos pues los hechos son susceptibles de juicios de veracidad o falsedad, no así las opiniones*”.³⁹

Por otro lado, la Corte evidencia la diferencia respecto del nivel de escrutinio del ejercicio de cada derecho, concluyendo que:

- En atención al ejercicio del derecho a comunicar, manifestar sus juicios de valores u opiniones “*toda vez que no puede concluirse la certeza o falsedad de una opinión, en tanto que es una manifestación del pensamiento individual de cada persona y por tanto un juicio subjetivo, su nivel de escrutinio será mínimo y excepcional*”.⁴⁰
- En atención al ejercicio del derecho a recibir información “[su] fin es la descripción objetiva de hechos, si bien su nivel de escrutinio es excepcional será un tanto más estricto, a fin de precautelar que la ciudadanía pueda formarse una concepción lo mayor apegada a la realidad de los hechos y sujetos que afectan su entorno”.⁴¹

Respecto a los límites del derecho a la libertad de expresión, la Corte ha desarrollado que:

- La libertad de expresión es un derecho reconocido a todas las personas y no cabe restringirlo selectivamente a un grupo de personas o cierta profesión, como los que ejercen profesionalmente la comunicación social y de los medios de comunicación.⁴²
- Los Estados no solo deben garantizar la libertad de expresar ideas u opiniones, sino que esa protección implica el deber de no restringir la difusión de dichas ideas u opiniones al mayor número de destinatarios⁴³.

38 *Ibidem*.

39 Corte Constitucional, sentencia 1651-12-EP/20. Párr. 153.

40 *Ibidem*.

41 *Ibidem*.

42 Corte IDH “*Toda persona, independientemente de cualquier otra consideración, por lo que no cabe considerarla ni restringirla a una determinada profesión o grupo de personas. La libertad de expresión es un componente esencial de la libertad de prensa, sin que por ello sean sinónimos o el ejercicio de la primera esté condicionado a la segunda*”. Caso Tristán Donoso. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de enero de 2009 Serie C No. 193.

43 En este sentido la Corte IDH ha manifestado: “78. la expresión y la difusión de pensamientos e ideas son indivisibles. Una restricción de las posibilidades de divulgación representa directamente, y en la misma medida, un límite al derecho de expresarse libremente” (Caso Ricardo Canese. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111. p. 78). “73. En cuanto a la censura previa, la Corte consideró que para que el Estado hubiera garantizado efectivamente el ejercicio del derecho a la libertad de pensamiento y

- Aunque se tienda a la protección de la libertad de expresión en períodos electorales, ello no impide a los Estados, establecer ciertas regulaciones para la libertad de expresión de los actores antes mencionados⁴⁴.

Es así que, en atención a lo expuesto, la Corte concluyó que es deber del Estado (i) minimizar las restricciones a la circulación de información; y (ii) equilibrar las distintas informaciones en el debate público impulsando el pluralismo informativo.

Para ello acogió el criterio desarrollado en el Caso Kimel vs. Argentina. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia 2 de mayo de 2008. Corte Interamericana Derechos Humanos Serie C No. 177, la cual en su párrafo 57 establece que *“Dada la importancia de la libertad de expresión en una sociedad democrática y la elevada responsabilidad que ello entraña para quienes ejercen profesionalmente labores de comunicación social, el Estado no sólo debe minimizar las restricciones a la circulación de la información sino también equilibrar, en la mayor medida de lo posible, la participación de las distintas informaciones en el debate público, impulsando el pluralismo informativo. En consecuencia, la equidad debe regir el flujo informativo. En estos términos puede explicarse la protección de los derechos humanos de quien enfrenta el poder de los medios y el intento por asegurar condiciones estructurales que permitan la expresión equitativa de las ideas”*.⁴⁵

También manifestó que es necesario no restringir la difusión del pensamiento y expresiones, acogiendo de esta manera el criterio del caso Caso “Palamara Iribarne v. Chile”. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C, No. 135. p. 73. *“73. En cuanto a la censura previa, la Corte consideró que para que el Estado hubiera garantizado efectivamente el ejercicio del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión del señor (...) no bastaba con que permitiera que escribiera sus ideas y opiniones, sino que tal protección comprendía el deber de no restringir su difusión, de forma tal que pudiera distribuir el libro utilizando cualquier medio apropiado para hacer llegar tales ideas y opiniones al mayor número de destinatarios, y que éstos pudieran recibir tal información”*. (Caso “Palamara Iribarne v. Chile”. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C, No. 135. p. 73).

A continuación, la Corte reafirma el test establecido en sentencia No. 282-13-JP/19, el cual indica que *“Para considerarse legítimas, las restricciones al derecho a la libertad de expresión deben estar expresamente previstas en una ley, perseguir un fin legítimo y, ser idóneas, necesarias y estrictamente proporcionales para la consecución de tal fin.”*

de expresión del señor (...) no bastaba con que permitiera que escribiera sus ideas y opiniones, sino que tal protección comprendía el deber de no restringir su difusión, de forma tal que pudiera distribuir el libro utilizando cualquier medio apropiado para hacer llegar tales ideas y opiniones al mayor número de destinatarios, y que éstos pudieran recibir tal información (Caso “Palamara Iribarne v. Chile”. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C, No. 135. p. 73).

⁴⁴ Corte Constitucional, sentencia 1651-12-EP/20. Párr. 144.

⁴⁵ Caso Kimel vs. Argentina. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia 2 de mayo de 2008. Corte Interamericana Derechos Humanos Serie C No. 177.

**LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN CONTEXTOS ELECTORALES:
UNA MIRADA DESDE LA SENTENCIA 1651-12-EP/20 DE LA CORTE
CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR**

A tal efecto, test tripartito para analizar las posibles limitaciones a la libertad de expresión consiste en la verificación de los siguientes elementos:

- a. Legalidad: Supone que las limitaciones se encuentren establecidas en la ley.⁴⁶
- b. Finalidad legítima: Esto significa que las restricciones –aunque estén contenidas en una ley– deben necesariamente responder a una finalidad compatible con los derechos constitucionales o con el bien común, seguridad nacional, orden público.⁴⁷
- c. Idoneidad, necesidad y proporcionalidad⁴⁸:
 - (i) La idoneidad implica que la restricción es conducente a alcanzar el fin legítimo.
 - (ii) La necesidad debe estar probada en sentido de que no existe otra medida menos lesiva.
 - (iii) La restricción debe ser proporcional en sentido estricto, es decir el beneficio alcanzado debe ser mayor a la limitación a la libertad de expresión.

3. Análisis del caso en concreto

Respecto al análisis del caso en concreto, la Corte Constitucional verificó que en la resolución impugnada no se tomaron en cuenta los estándares de protección de la libertad de expresión, ni el nivel de escrutinio según la naturaleza del discurso, lo que trajo como resultado una interferencia injustificada y arbitraria a este derecho.

Indicó que en la decisión impugnada no existe un análisis claro de si la publicación de la Revista Vistazo tiene la manifestación de un juicio subjetivo; o si, por el contrario, es un editorial informativo o de otra naturaleza⁴⁹.

Consideró que el haber sancionado a un medio de comunicación por un editorial de contenido político sin que medie un análisis que legitime tal decisión, produce un efecto inhibitorio para otros medios de comunicación u otros actores cuyas manifestaciones políticas –de cualquier naturaleza– *“también están protegidas por la libertad de expresión y por el debate democrático que implica el derecho de todos a disentir, confrontar sus ideas, propuestas y opiniones”*⁵⁰.

46 Corte Constitucional, sentencia 1651-12-EP/20. Párr. 163.

47 *Ibidem*. Párr. 165 y ss.

48 *Ibidem*. Párr. 177 y ss.

49 *Ibidem*. Párr. 154.

50 *Ibidem*. Párr. 155.

En ese sentido, la Corte reconoce que, aunque el editorial hubiese sido recibido de forma desfavorable por el Estado o por cualquier otro sector de la población –en atención a la garantía del pluralismo– está protegido de la misma forma por la libertad de expresión.

También observó que la publicación de ENSA en la Revista Vistazo hizo referencia a críticas a algunas preguntas de la consulta popular de mayo de 2011 y alusión a los posibles riesgos que –en su opinión– se prevenían como consecuencia de su aprobación por parte de la ciudadanía.

Asimismo, indicó que la publicación constituye un discurso de interés público por guardar relación directa con la realización de un proceso electoral y por tanto entraña el carácter de discurso especialmente protegido por el derecho a la libertad expresión. Por lo tanto, el editorial era acreedor de la protección reforzada, reconocida para discursos de interés público

En atención a lo expuesto, en el test tripartito aplicado en el caso No. 1651-12-EP/20, la Corte Constitucional analizó las restricciones a la libertad de expresión –de la sentencia impugnada dictada por el Pleno del TCE– bajo los parámetros de (i) Legalidad; (ii) Legitimidad; e (iii) Idoneidad, necesidad y proporcionalidad, en los siguientes términos:

3.1. Legalidad de la sanción

Dentro de los argumentos por los que la Corte concluyó que se afectó el principio de legalidad, de bajo la siguiente argumentación:

La Corte Constitucional señaló que el principio de legalidad “*cuida que un acto solo puede castigarse si, al momento de cometerse, fuere objeto de una ley en vigor, suficientemente precisa y escrita, unida a una sanción suficientemente cierta (nullum crimen, nulla poena sine lege praevia, stricta, certa, scripta)*”.⁵¹

En ese sentido, concluyó que se infringió dicho principio porque se aplicaron retroactivamente los artículos 207 y 203 reformados, del Código de la Democracia pues:

*“(...)a la época a la que circuló el editorial (mayo 2011) el silencio o veda electoral previsto en el artículo 207 del Código de la Democracia no era aplicable a los medios de comunicación (...) tampoco se encontraba vigente la prohibición a los medios de publicar en campaña electoral cualquier mensaje que promocióne indirecta o directamente a favor de una tesis política por parte de los medios de comunicación prevista en el artículo 203 del Código de la Democracia”.*⁵²

51 *Ibidem*. Párr. 78.

52 *Ibidem*. Párr. 81-82.

3.2. Finalidad legítima de la sanción

Respecto a la lectura de la sentencia, la Corte señaló que, de ella no se desprendían argumentos que permitan legitimar la sanción impuesta; que en la misma solo se realizaron alusiones a las normas del Código de la Democracia, que hacían referencia a los sujetos políticos inscritos para participar en la campaña electoral en el Consejo Nacional Electoral que tenían la exclusividad para contratar y difundir publicidad electoral en prensa escrita, radio, televisión y vallas publicitarias.

En ese sentido, se determinó que la sanción impuesta no se fundó en fines compatibles con la libertad de expresión como la protección de *“derechos de terceros, del orden público, bien común, seguridad nacional ni se justificó adecuadamente la contravención a normas imperativas que buscan proteger la exclusividad o equidad en la campaña electoral o límites de gasto y financiamiento de esta”*.⁵³

A tales efectos, la Corte Constitucional manifestó que era indispensable que los jueces del TCE analicen la naturaleza del discurso (editorial) conforme a los estándares existentes para legitimar su decisión impugnada. No obstante, la Corte considero que los jueces del TCE:

“omitieron dicho análisis y en su lugar, calificaron al editorial como opinión y propaganda electoral al mismo tiempo, cuando estos conceptos tienen características propias. Es decir, tampoco verificaron que al calificar un discurso como una opinión ello conlleva un nivel de escrutinio mínimo y excepcional, por lo que resulta incompatible restringirla sobre la base del objetivo de hacer respetar exclusividades o equidad en campaña electoral o límites de gasto o financiamiento electoral”.⁵⁴

A continuación, la Corte determinó que, al haberse concluido que la decisión judicial impugnada estableció una sanción que contravino los dos primeros elementos del examen, resultaba innecesario realizar otras consideraciones en torno a la idoneidad, necesidad y proporcionalidad, *“pues ante la falta de una finalidad legítima no es posible determinar si la restricción es conducente a dicha finalidad o si es necesaria o proporcional para el efecto”*⁵⁵.

A su vez, la Corte enfatizó las formas usuales de vulnerar la libertad de expresión en procesos electorales, y distinguió que:

- La vulneración del derecho a la libertad de expresión a lo largo de los procesos electorales suele implicar la intromisión del Estado en el contenido de los medios de difusión.

53 *Ibidem*. Párr. 172.

54 *Ibidem*. Párr. 170.

55 *Ibidem*. Párr. 178.

- Dicha intromisión se observaría también, en la aprobación de leyes para controlar o regular los discursos políticos inmediatamente antes y durante las elecciones, lo cual, a consideración de la Corte, constituiría una razón de preocupación importante, para velar por la protección de este derecho.
- En tal sentido, en el contexto de un proceso electoral, al sancionar una publicación cuyo contenido es justamente político, deben cumplirse los estándares de protección a la libertad de expresión y la naturaleza del discurso para un escrutinio legítimo, de modo que no se perpetúe un control o regulación indebida de los discursos a lo largo de los procesos electorales.

Como medidas de reparación, la Corte dispuso (i) Disculpas públicas del Pleno del Tribunal Contencioso Electoral a favor de Revista Vistazo; (ii) la Publicación de la sentencia constitucional; (iii) la Implementación de un programa de capacitación a sus miembros sobre la protección a la libertad de expresión haciendo énfasis de la vigencia de este derecho en épocas y contextos electorales.

3.3. Parámetros a considerar para la protección de la libertad de expresión en contextos electorales

Al respecto la Corte ha enfatizado en que la libertad de expresión es una piedra angular de una sociedad democrática ya que es fundamental para la construcción de la opinión pública.⁵⁶

En tal sentido, ha señalado que la libertad de expresión puede ser restringida, únicamente de forma excepcional y para que ello sea admisible deben cumplirse de forma necesaria y simultánea los principios de legalidad, legitimidad, idoneidad, necesidad y proporcionalidad.

Asimismo, reiteró la importancia de determinar la naturaleza de los discursos sometidos al escrutinio de las autoridades –entre estas jueces– en el contexto de los procesos electorales, para adecuar sus actuaciones a los estándares de protección de la libertad de expresión, desarrollados en la jurisprudencia vinculante contenida en la sentencia No. 1651-12-EP/20 del 2 de septiembre de 2021.

Finalmente, en su pronunciamiento, la Corte exhortó a los medios de comunicación, periodistas, quienes ejerzan la comunicación social, y en general a los demás actores de la libertad de expresión a que cumplan su labor responsablemente en contextos electorales⁵⁷.

⁵⁶ *Ibidem*. Párr. 134; Opinión Consultiva OC-5/85 La Colegiación Obligatoria de Periodistas. Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, p. 69.

⁵⁷ *Ibidem*. Párr. 192.

**LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN CONTEXTOS ELECTORALES:
UNA MIRADA DESDE LA SENTENCIA 1651-12-EP/20 DE LA CORTE
CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR**

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Código de la Democracia. Publicación: LEY 2-RS 578 - 27/abr./2009. Última reforma: 03/feb/2020.
- Constitución de la República del Ecuador. Publicación: CPE 0 - RO 449 - 20/oct/2008. Última reforma: 25/ene/2021.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 1651-12-EP/21.
- Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 282-13-JP/19.
- Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 282-13-JP/19.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Castañeda Gutman Vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C No. 184.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Palamara Iribarne v. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C, No. 135.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Ricardo Canese*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Tristán Donoso*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de enero de 2009 Serie C No. 193.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5.
- Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre.
- Declaración Universal de Derechos Humanos.
- Organización de las Naciones Unidas: Consejo de Derechos Humanos. *Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y expresión*, Frank La Rue, 2 Julio 2014, A/HRC/26/30.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

¿PUEDE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL SER UN REMEDIO PARA LAS PATOLOGÍAS DEMOCRÁTICAS?: ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL EN EL ECUADOR

AGUSTÍN GRIJALVA JIMÉNEZ⁵⁸
JOSÉ LUIS CASTRO-MONTERO⁵⁹

Resumen

Según la Constitución ecuatoriana, la democracia se construye a partir de la representación política, la participación ciudadana y la autodeterminación comunitaria. En la realidad, la concentración de poder político en el Ejecutivo, el uso selectivo e incluso manipulativo de los mecanismos de democracia directa y la inobservancia sistemática de los derechos colectivos, especialmente de aquellos relativos a las comunidades indígenas, comportan obstáculos estructurales para la democracia ecuatoriana. El compromiso democrático de la justicia constitucional, en este contexto, puede resultar crucial para resignificar la acción política y remediar los problemas anotados. Según la jurisprudencia aquí revisada, la justicia constitucional ecuatoriana comienza a dar los primeros pasos en esa dirección.

Palabras claves: representación política, democracia directa, democracia comunitaria, participación ciudadana.

Constitutional democracy in Ecuador: developments and pitfalls

Abstract

From a normative perspective, democracy in Ecuador is built upon representation, citizen participation and indigenous self-government as complementary categories. In practice, over-centralized power in the Executive branch, manipulative and distortive practices concerning participatory mechanisms and systematic violations against collective rights are just some of the structural barriers that the Ecuadorian regime must overcome in order to become an authentic constitutional democracy. A Constitutional Court truly committed to authentic democratic processes can play a crucial role to remedy these structural problems.

Key words: political representation, direct democracy, communitarian democracy, citizen participation.

58 Doctor en Ciencia Política, Universidad de Pittsburgh y Doctor en Jurisprudencia, Pontificia Universidad Católica del Ecuador (PUCE). Profesor del Área de Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar (UASB), sede Ecuador. Actualmente es juez de la Corte Constitucional del Ecuador. Quito, Ecuador. Dirección electrónica: agustin.grijalva@gmail.com.

59 Magíster en Investigación en Derecho, Tilburg University y KU Leuven; especialista Superior en Derecho Constitucional, UASB, sede Ecuador; abogado por la PUCE. Profesor contratado del Área de Derecho de la UASB. Quito, Ecuador. Dirección electrónica: j.l.castromontero1@gmail.com.

1. Introducción

En este artículo volvemos nuestra atención sobre una antigua obsesión de la literatura constitucional: las relaciones de tensión y complementariedad que se tejen entre la democracia y la justicia constitucional. Nuestra entrada, sin embargo, es distinta a aquella que recurrentemente presenta la mayoría de estudios. No pretendemos dar cuenta de las nociones teóricas que informan este escabroso e inconcluso debate, sino que ensayamos un acercamiento a través de la jurisprudencia. Para ello, anotamos las deficiencias más agudas que amenazan la democracia en el Ecuador. A partir de la identificación de estos problemas, analizamos qué respuestas ha dado la jurisprudencia constitucional al respecto.

Nuestro método de análisis es simple. Consiste en identificar las patologías democráticas y clasificarlas en función de los tipos de democracia que establece la Constitución: la democracia representativa, participativa y comunitaria. Luego, examinamos aquellas decisiones de la Corte Constitucional relacionadas con estas patologías. Estimamos que este ejercicio analítico es relevante al menos por dos razones. Primero, porque (hasta donde conocemos) es la primera revisión sistemática que se realiza de la jurisprudencia emitida por la actual conformación de la Corte Constitucional (2019-2020). Segundo, porque el caso ecuatoriano permite analizar la relación entre democracia y justicia constitucional en un contexto de alta fragilidad institucional y de transición.

El resto del artículo procede de la siguiente manera: el primer apartado presenta brevemente el contexto en el que opera la Corte Constitucional. Posteriormente, analizamos la democracia representativa, participativa y comunitaria, sus patologías y las respuestas jurisprudenciales. El artículo finaliza con las conclusiones.

2. Un prelude necesario: la Corte Constitucional en Ecuador

La Constitución ecuatoriana de 2008 consagra un modelo de control de constitucionalidad fuerte. Esto muy sintéticamente implica la existencia de una Constitución rígida⁶⁰ y de un organismo jurídico especializado, la Corte Constitucional (en adelante la Corte o CC), que tiene la última palabra sobre las discrepancias en torno a la interpretación de las disposiciones constitucionales y el alcance de los derechos fundamentales.⁶¹ Este organismo concentra una serie de competencias que, al menos formalmente, lo ubican como del tipo con mayores atribuciones⁶². Es decir, un organismo de justicia dotado de amplias facultades que le permite controlar a los poderes elegidos, actuar como un jugador con poder de veto en la arena política y reparar las violaciones a derechos constitucionales, pudiendo para ello emitir medidas de carácter estructural.

60 Artículos 441 y siguientes de la Constitución.

61 Artículo 429 de la Constitución.

62 Patricia Sotomayor, "El Poder Constitucional En América Latina: Hacia Una Tipología de Las Cortes Constitucionales de La Región", SSRN Scholarly Paper (Rochester, NY: Social Science Research Network, 19 de febrero de 2019), <https://papers.ssrn.com/abstract=3338079>.

2.1. La Corte Constitucional y sus competencias formales

Dentro de sus facultades de control *ex ante*, la CC dictamina la constitucionalidad de tratados internacionales, convocatorias a consultas populares nacionales o locales, objeciones presidenciales a proyectos de ley, propuestas de reforma constitucional y proyectos de estatutos autonómicos. También se encarga del control jurídico de actos políticos al emitir dictamen de admisibilidad sobre el inicio juicio político contra el Presidente y dictamen de favorabilidad sobre la destitución del Presidente o disolución de la Asamblea Nacional, cuando se alegue la arrogación de funciones. En el caso de los estados de excepción, declarados por el Presidente de la República, la CC puede decidir su inconstitucionalidad, dejando sin efecto los mismos. Además, se encarga de dirimir conflictos de competencias entre las funciones del Estado u otros órganos.

Con respecto al control abstracto *ex post* de constitucionalidad, como la mayoría de cortes y tribunales en la región, la CC garantiza la supremacía de la Carta Fundamental frente a normas de inferior jerarquía. En este orden, sus atribuciones le permiten decidir la expulsión del ordenamiento jurídico de normas⁶³ o actos administrativos –por el fondo o la forma–, a través de una acción pública de inconstitucionalidad. Así mismo, mediante una acción de inconstitucionalidad por omisión, la CC dictamina sobre mandatos constitucionales de desarrollo normativo que no han sido atendidos por instituciones del Estado o sobre normativa que tiene graves deficiencias de constitucionalidad, cuando se trata de una omisión relativa. Estas acciones tienen la particularidad de que pueden ser activadas por cualquier ciudadano sin requisitos adicionales de legitimación.

En cuanto al control concreto, si un juez ordinario tiene dudas razonables sobre la constitucionalidad la aplicación de una norma para resolver un caso sometido a su conocimiento, debe suspender la sustanciación del caso y elevarlo a un pronunciamiento de la CC a través de una consulta de constitucionalidad de norma.

En el ámbito de la protección de los derechos, existen garantías jurisdiccionales constitucionales que la CC conoce de forma directa y otras que se tramitan ante los jueces inferiores. El primer grupo de garantías jurisdiccionales incluye mecanismos de tutela de derechos constitucionales que fueron vulnerados por acción u omisión judiciales durante la tramitación de un proceso judicial o decisiones de la justicia indígena. Esta garantía jurisdiccional se denomina acción extraordinaria de protección. También existen garantías jurisdiccionales que buscan asegurar el cumplimiento de normas infra constitucionales, informes y sentencias de organismos internacionales –acción por incumplimiento– y de fallos del sistema de justicia constitucional –acción de incumplimiento.

El segundo grupo de garantías abarca los procesos de selección y revisión de garantías jurisdiccionales. Aquí se destaca la acción de protección, conocida en la legislación comparada como acción de amparo o tutela. Existen también otras garantías como el

⁶³ Según el artículo 436.3 de la Constitución, la facultad de la CC alcanza inclusive a la declaración de inconstitucionalidad de normas conexas a las que se analizan como principales.

hábeas corpus, el hábeas data, la acción de acceso a la información pública, que buscan proteger derechos como la libertad personal, la información personal y el libre acceso a información pública, entre otros. Dentro de este grupo también están las medidas cautelares constitucionales que buscan evitar o hacer cesar una violación inminente de derechos fundamentales. Respecto de estas garantías jurisdiccionales, el proceso de selección y revisión que realiza la CC consiste específicamente en el escogimiento de los casos de garantías jurisdiccionales más relevantes en función de parámetros como la gravedad, novedad, relevancia e inobservancia de precedentes jurisprudenciales. Una vez que los casos han sido seleccionados, pasan a revisión. Ello permite a la Corte revertir las decisiones adoptadas por los jueces inferiores, desarrollar nuevos parámetros jurisprudenciales sobre derechos constitucionales o consolidar sus precedentes, a través de la emisión de decisiones que constituyen jurisprudencia vinculante.

2.2. De la expectativa a la realidad

Entre 2008 y 2018, la Corte no logró afianzarse como un árbitro independiente de la política, ni como garante de los derechos constitucionales. Al contrario, la CC operó más bien como un espacio fuertemente influenciado por la Función Ejecutiva y no como una institución independiente y técnica de carácter constitucional. Como ejemplo, durante diez años la Corte no negó ni una sola declaratoria de estado de excepción emitida por el gobierno del ex Presidente Correa, cuando en realidad muchas de ellas, aunque convenientes para el régimen, se referían a situaciones que no cumplían los estándares constitucionales para su declaratoria.⁶⁴ La falta de control de los estados de excepción produjo graves consecuencias como continuas suspensiones de ciertos derechos constitucionales y la evasión de controles para la contratación pública que derivó en corrupción.

En materia legislativa, cuando la Asamblea Nacional dicta una ley que viola derechos constitucionales, existe la posibilidad de acudir ante la CC para solicitar que declare la inconstitucionalidad de esa ley y la expulse del ordenamiento jurídico, con lo cual la misma queda sin efecto alguno. Durante el mandato de Correa, el control constitucional por parte de la Corte fue deficitario. Numerosas leyes relativas a asuntos económicos, comunicacionales, electorales y de muy diversa índole no fueron objeto de efectivo control constitucional.⁶⁵

En los procesos judiciales revisados por la CC en los que el Estado era parte, este gozó de altas tasas de éxito en sus demandas, especialmente frente a los particulares.⁶⁶ Un

64 Al examinar las declaratorias de estados de excepción durante los gobiernos de Correa, 35 en total desde el 2007 hasta Julio del 2016, puede constatar que ningún decreto presidencial que declara un estado de excepción fue considerado inconstitucional por la Corte Constitucional, quien debe ejercer un control de oficio de estos decretos.

65 Agustín Grijalva, Elsa Guerra y Dunia Martínez, "Constitutional Limits on the Power of the Executive", en Juan F. Gonzalez-Bertomeu y Roberto Gargarella, *The Latin American Casebook: Courts, Constitutions, and Rights* (Routledge, 2016).

66 Jose Luis Castro-Montero y Marco Proaño Duran, "Legal Argumentation and Judicial Decision Making: Empirical Evidence from Ecuador", *Revista Derecho del Estado* 41 (2018): 37.

¿PUEDE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL SER UN REMEDIO PARA LAS PATOLOGÍAS DEMOCRÁTICAS?: ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL EN EL ECUADOR

estudio empírico evidenció que cuando el presidente demandaba la inconstitucionalidad de una norma era 17 veces más probable que la Corte Constitucional declare la inconstitucionalidad, en comparación con un demandante ciudadano.⁶⁷ Con el cambio de gobierno, en febrero de 2018 se impulsó una consulta popular en la que se dispuso encargar a un organismo ad-hoc, el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social Transitorio (CPCCS-T), la evaluación y cesación de las máximas autoridades públicas, entre ellas, los jueces de la CC. En agosto de 2018, el CPCCS-T resolvió cesar a los jueces, alegando su falta de independencia. Además, se detectaron altísimas tasas de represamiento de causas⁶⁸ e incluso escándalos de corrupción que vinculaban a los entonces jueces con otros miembros del gobierno. Después de un periodo de seis meses de vacancia constitucional, durante los cuales el CPCCS-T llevó a cabo un concurso público, se nombraron nueve jueces constitucionales. La nueva conformación de la CC, que incluye principalmente académicos y litigantes del sector privado entró en funciones en febrero de 2019.

En este artículo analizamos principalmente la jurisprudencia emitida por la actual conformación de la Corte, es decir, aquella dictada desde febrero de 2019 a la actualidad. Las siguientes secciones presentan las patologías de cada tipo de democracia y las respuestas jurisprudenciales a las mismas.

3. Las patologías de la representación

La democracia representativa se funda en la delegación del poder de una comunidad política a ciertos funcionarios electos mediante el sufragio. Estos funcionarios representan a la comunidad y adoptan decisiones en su nombre.⁶⁹ Este tipo de democracia descansa en cuatro supuestos fundamentales: (i) los representantes o gobernantes son electos por los gobernados a través de elecciones, (ii) los ciudadanos son libres para formular peticiones y criticar a los gobernantes, pero no para tomar decisiones en su lugar, (iii) el gobierno se establece a partir de la separación de órganos que ejercen competencias limitadas y se controlan recíprocamente y (iv) el medio de control de los gobernantes son las elecciones periódicas.⁷⁰

Algunos de los problemas de la democracia representativa en Ecuador son: lograr mayor proporcionalidad en la representación, más democratización e institucionalización

67 José Luis Castro-Montero y Gijs van Dijck, "Judicial Politics in Unconsolidated Democracies: An Empirical Analysis of the Ecuadorian Constitutional Court (2008-2016)", *Justice System Journal* 0, no 0 (2 de junio de 2017): 1-19, <https://doi.org/10.1080/0098261X.2017.1327336>.

68 Según informes de la CC, se estima que más de diez mil causas se encontraban represadas. Ver: *Diario El Comercio*, "La Corte Constitucional resolvió 595 causas en su primer año", disponible en: <https://www.elcomercio.com/actualidad/corte-constitucional-resolucion-causas-ecuador.html>, accedido el 3 de junio de 2020.

69 Giovanni Sartori, *¿Qué es la democracia?* (Penguin Random House Grupo Editorial México, 2012).

70 Adam Przeworski, *Que esperar de la democracia. Límites y posibilidades del autogobierno* (Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina, 2010). Vale notar que la separación de poderes, según Przeworski, no solo se trata de la clásica separación entre ejecutivo, legislativo y judicial, sino también de la separación de funciones propias de los Estados contemporáneos como las regulatorias, bancarias, de supervisión o de descentralización.

de los partidos y movimientos políticos⁷¹, incluyendo una reversión de su alta fragmentación; mayor participación política de las mujeres⁷², así como de los grupos diversos que integran la sociedad ecuatoriana.⁷³ También es importante regular adecuadamente el financiamiento de las campañas electorales, incluso para frenar la corrupción y el abuso de la posición dominante de los gobernantes para hacerse reelegir.⁷⁴ Las últimas reformas al Código de la Democracia –la ley electoral ecuatoriana– de diciembre del 2019 buscan atender algunos de estos problemas, aunque de modo insuficiente.

Otros graves problemas de la organización de la democracia relacionados con el sistema representativo son la excesiva concentración de poder institucional en el ejecutivo. La concentración de poder en el Presidente actúa en desmedro de las demás funciones del Estado, incluyendo el sistema judicial, la jurisdicción constitucional⁷⁵ y los órganos de control, así como de la participación directa y otros derechos fundamentales de los propios ciudadanos.⁷⁶ Es discutible cuánto de ello es atribuible al diseño institucional y orgánico de la Constitución y cuánto a las prácticas autoritarias de los gobernantes.⁷⁷ La máxima expresión de este proceso de concentración fue la aprobación de la reelección presidencial indefinida, lograda con apoyo de la CC y aprobada por la Asamblea Nacional.⁷⁸ En 2014, la CC estimó que la eliminación de las restricciones a la reelección ampliaría el derecho a elegir y a ser elegido. Esta enmienda, sin embargo, se revirtió en el referéndum de febrero de 2018 que restableció la reelección por una sola vez, de manera consecutiva o no, tal cual constaba originalmente en la Constitución de 2008.

Una característica particular del sistema representativo ecuatoriano es la elección popular de los consejeros del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social

71 Simón Pachano, *La trama de Penélope: procesos políticos e instituciones en el Ecuador* (FLACSO Ecuador: Agora Democrática, 2007).

72 Santiago Basabe, “La Sub Representación de Mujeres En Gabinetes Ministeriales: El Caso Ecuatoriano En Perspectiva Comparada, 1979-2015.”, accedido 6 de febrero de 2020, https://www.academia.edu/36817341/La_sub_representaci%C3%B3n_de_mujeres_en_gabinetes_ministeriales_el_caso_ecuatoriano_en_perspectiva_comparada_1979-2015.

73 Para análisis de algunos de estos problemas ver Richard Ortiz Ortiz (editor), *Reforma Electoral en Ecuador* (Quito, UDLA, 2016). También Ángel Torres Maldonado, *Noción de Sistemas Electorales – Análisis del Caso Ecuatoriano* (Loja, UNL, 2014). Para una revisión conceptual del Derecho Electoral Ecuatoriano ver Jorge Moreno Yanes, *Elementos de derecho electoral ecuatoriano* (Quito: Tribunal Contencioso Electoral, 2010).

74 Agustín Grijalva y José Luis Castro. *Reelección presidencial y democracia* (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2021).

75 Pablo Sebastián López Hidalgo, *Reflexiones acerca de la legitimidad democrática de la justicia constitucional en Ecuador*, Derecho y Sociedad (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, 2018).

76 Hernán Salgado Pesantes, “El Ejecutivo presidencial post-consulta a una década de la Constitución de 2008”, *Revista Iuris* 1, no 17 (2018): 75-86; Hernán Salgado Pesantes, *El Sistema Presidencial en América Latina – Del Caudillismo Autocrático al Hiper-presidencialismo Constitucional* (Cuadernos de Política Constitucional del IIDH –Sección Ecuador, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2017).

77 Julio Echeverría, *La democracia sometida: el Ecuador de la revolución ciudadana*, Diagonal (Quito, 2015); César Montúfar Mancheno, “¿Vivimos en democracia?: aproximación conceptual al régimen político ecuatoriano 2007-2015”, report (Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2015), <http://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/4707>.

78 Agustín Grijalva y José Luis Castro-Montero, “Reelección Presidencial Indefinida en América Latina: Análisis Crítico de Tres Argumentos Reelectionistas” en Manuel Carrasco Durán y Blanca Rodríguez Ruiz, *La participación ciudadana como pilar del Estado democrático.: Posibilidades y límites en el marco de la democracia representativa*, Edición: 1 (Cizur Menor: Editorial Aranzadi, 2019).

¿PUEDE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL SER UN REMEDIO PARA LAS PATOLOGÍAS DEMOCRÁTICAS?: ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL EN EL ECUADOR

(CPCCS). Este órgano es el encargado de la promoción de los derechos políticos (o de participación), el control social de los asuntos de interés público y la designación de varias de las máximas autoridades del Estado como el Procurador General del Estado, el Contralor, las autoridades de las instituciones de la Función Judicial y de manera indirecta a los jueces de la Corte Constitucional.

El CPCCS forma parte de la Función de Transparencia y Control Social –uno de los cinco poderes del Estado–, junto con otras dependencias como las superintendencias o la Contraloría. En principio, los consejeros de este órgano fueron elegidos mediante un sistema meritocrático, es decir, por concurso público de oposición y méritos organizado por el Consejo Nacional Electoral. Sin embargo, desde el referéndum de 4 de febrero del 2018, se definió que los consejeros del CPCCS pasarían a ser elegidos a través de elecciones universales y directas.

El cambio del sistema de designación meritocrático al de designación electoral no generó resultados positivos. En agosto de 2019, tras dos meses y medio en funciones, cuatro de los siete consejeros fueron censurados por el legislativo luego de un juicio político por incumplimiento de funciones. En agosto de 2020, el primer ex presidente electo de dicha entidad fue sentenciado en un juicio penal por asociación ilícita, al haber participado en cobros de dinero a cambio de entregar cargos en el sector público. Un mes más tarde, el segundo ex presidente del organismo también fue censurado por la Asamblea Nacional, debido a la arrogación de funciones y a la presunta mal utilización de los beneficios otorgados a las personas con discapacidad.

El CPCCS, especialmente por el poder que concentra al designar autoridades de control, es objeto de intensas polémicas, pugnas políticas y de múltiples propuestas de reforma constitucional tendientes a su supresión o al menos a transferir al legislativo sus actuales funciones constitucionales de designación de autoridades de control.

3.1. Justicia constitucional y representación

Los pronunciamientos de la CC más importantes en términos de democracia representativa han sido dictados en procesos de control constitucional previo de iniciativas de reforma constitucional. En los casos No. 4-19-RC, 5-19-RC, 7-19-RC y 8-19-RC, la Corte resolvió la improcedencia de varias iniciativas de reforma que pretendían regular la representación de la ciudadanía en el legislativo exigiendo, por ejemplo, que los candidatos a legisladores cuenten un título profesional de tercer nivel o experiencia profesional mínima de diez años.

La CC estimó que la propuesta buscaba introducir un “componente elitista” en la integración del legislativo. Esta condición excluiría de la posibilidad del sufragio pasivo a más del 91% de la población total. De la misma manera, la Corte observó que 96% de los afro ecuatorianos, 97% de los montubios y 98% de los indígenas no podrían ser candidatos a elección popular en la Asamblea Nacional. La reforma propuesta,

consecuentemente, privaría del derecho a ser elegido a dirigentes indígenas y comunitarios cuyos conocimientos ancestrales no se acreditan mediante títulos universitarios. Por ello, la Corte concluyó que la exigencia de títulos profesionales y experiencia profesional mínima de diez años a los candidatos a legisladores era restrictiva de los derechos políticos y no podría ser tramitada mediante enmienda constitucional.

También sobre el sufragio pasivo, la Corte resolvió una propuesta que buscaba instituir una prohibición para que aquellos ciudadanos llamados a juicios penales no puedan ser candidatos a asambleístas. La Corte consideró que esta iniciativa restringía la presunción de inocencia de las personas –solo desvirtuada luego de una sentencia condenatoria ejecutoriada– y, consecuentemente, su derecho a ser elegido.

En cuanto a la reelección indefinida de las autoridades de elección popular, en el Dictamen No. 7-19-RC/19, la CC revirtió la decisión adoptada en 2014 por los anteriores miembros del organismo⁷⁹ e indicó que no existe un derecho a la reelección y que las limitaciones a la reelección son regulaciones legítimas que protegen la alternancia democrática de las autoridades electas en sus cargos. La Corte además resaltó que la reelección indefinida es una distorsión que resulta incompatible con un sistema de gobierno republicano y democrático.

En relación con la regulación de las organizaciones políticas, la Corte conoció una propuesta de reforma constitucional que buscaba eliminar el financiamiento público de las mismas. Desde 1998, en Ecuador opera un sistema de financiamiento político mixto: privado, a partir de los aportes de sus afiliados, y público, exclusivamente para aquellas organizaciones que cumplen con ciertas condiciones legales relacionadas con resultados electorales. En el Dictamen No. 10-19-RC/20, la CC manifestó que las organizaciones políticas son “canales de expresión de parte de la ciudadanía en los temas de interés y quehacer público” y destacó que el financiamiento público –más precisamente, el fondo partidario permanente– es un mecanismo que protege la participación y la igualdad material de las distintas organizaciones políticas.⁸⁰

También relacionada con la democracia representativa, la Corte resolvió una acción de interpretación del artículo 131 de la Constitución en la que señaló que, al igual que los ministros, otros servidores con rango de ministros y que ejercen la rectoría, planificación, ejecución y evaluación de las políticas públicas, son sujetos de juicio político. Tal es el caso, por ejemplo, de los secretarios nacionales. Este pronunciamiento, dictado en el caso No. 1-11-IC, fortalece la rendición de cuentas, la fiscalización y la responsabilidad política de dichos funcionarios.

Otro tema resuelto por la CC ha sido la eliminación del CPCCS. Al respecto, la CC ha sostenido de manera consistente y reiterada que la modificación de funciones de esta

79 En el Dictamen No. 1-14-DRC-CC, la Corte sostuvo que la reelección indefinida del Presidente y otras autoridades de elección popular suponía una ampliación de su derecho a ser elegido, además del derecho a elegir de los ciudadanos.

80 Corte Constitucional del Ecuador, Dictamen No. 10-19-RC/19 de 22 de enero de 2020.

¿PUEDE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL SER UN REMEDIO PARA LAS PATOLOGÍAS DEMOCRÁTICAS?: ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL EN EL ECUADOR

entidad puede darse mediante enmienda (casos 4-19-RC y 8-19-RC), mientras que su eliminación procede mediante reforma parcial (casos 3-19-RC, 7-19-RC y 9-19-RC).

Cabe también resaltar la defensa que la CC ha realizado de la libertad de expresión, entendiendo este derecho como prerrequisito de la democracia. En el caso 282-13-JP, correspondiente a un proceso de revisión de garantías jurisdiccionales, la CC conoció una acción judicial planteada por la Administración Pública en contra de un diario de circulación nacional. La entidad pública acusaba al medio de comunicación por haber publicado de manera inexacta la rectificación de una noticia referente al alto nivel de gasto del gobierno en campañas publicitarias. Al igual que la Corte IDH, la CC se refirió a la libertad de expresión como la *piedra angular* de la democracia y manifestó que los medios de comunicación permiten el ejercicio de esta libertad fundamental tanto en el plano individual como colectivo. La Corte fue enfática en señalar que las acciones u omisiones de las entidades del Estado están bajo escrutinio de la sociedad y que el discurso de interés público goza de una protección constitucional reforzada. La Corte introdujo los estándares de reporte fiel y real malicia, aplicables a las expresiones dirigidas en contra de funcionarios públicos. De ese modo, el organismo revirtió la decisión judicial a favor del medio escrito y concluyó que las restricciones a la libertad de expresión son constitucionales solamente si están previstas en la ley, persiguen un fin legítimo y son necesarias y proporcionales.⁸¹

Esta protección reforzada de aquellos discursos que versan sobre asuntos públicos fue reiterada en el caso 1651-12-EP. Este se originó en una sanción impuesta por el Tribunal Contencioso Electoral (TCE) a un medio escrito, debido a la publicación de una editorial contraria a las propuestas apoyadas por el gobierno en un proceso de consulta popular celebrado en 2012. La CC concluyó que “la sanción electoral impuesta al medio de comunicación (...) es una restricción inadmisibles a la libertad de expresión dado que ella infringió los principios de legalidad y legitimidad, produciéndose en consecuencia una interferencia arbitraria al ejercicio de la libertad de expresión del medio de comunicación sancionado”. Esta restricción de la libertad de expresión, enfatizó la Corte, generó “un efecto inhibitorio para otros medios de comunicación u otros actores cuyas manifestaciones políticas –de cualquier índole– también están protegidas por la libertad de expresión y por el debate democrático que implica el derecho de todos a disentir, confrontar sus ideas, propuestas u opiniones”.⁸² Entre otras medidas, la Corte dejó sin efecto la multa y ordenó al TCE pedir disculpas públicas y realizar capacitaciones sobre el alcance de la libertad de expresión en materia electoral.

4. Las patologías de la participación

La democracia participativa alude a aquellos mecanismos mediante los cuales los ciudadanos actúan e influyen directamente en la gestión pública, sin la mediación

81 Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 282-12-JP/19 de 4 de septiembre de 2019.

82 Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 1651-12-EP/20 de 2 de septiembre de 2020.

de representantes políticos. Profundizando la incorporación de mecanismos de participación ciudadana de la Constitución de 1998, la actual Carta Suprema incluye en el artículo 61 y del artículo 103 al 106, bajo la denominación de *democracia directa*, a la iniciativa popular normativa, la consulta popular y la revocatoria del mandato, que desde 2008 contempla la posibilidad de revocar el mandato al Presidente de la República. Este espíritu *participacionista* se expresa también en otras disposiciones como el artículo 100 y 101 que establecen en especial para los gobiernos locales, la existencia de audiencias públicas, veedurías, asambleas, cabildos populares, consejos consultivos, observatorios, y la silla vacía.⁸³

Varias de estas instituciones de democracia directa están reguladas jurídicamente en disposiciones infra constitucionales como la Ley Orgánica de Participación Ciudadana, el Código de la Democracia y el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización. Tal es el caso de la iniciativa popular normativa, el referéndum, la consulta popular, diversos tipos de consejos participativos, audiencias y cabildos, así como la silla vacía. Es importante, en todo caso, distinguir dos aspectos distintos, aunque relacionados: el diseño jurídico formal de estos mecanismos de participación y su praxis social.

La democracia participativa no se agota en las disposiciones constitucionales y legales citadas. La misma permea otras instituciones como los procedimientos de reforma constitucional, las consultas populares sobre estatutos regionales y proyectos de impacto ambiental, solo por citar algunos casos. En el caso de las reformas, la Constitución ecuatoriana contempla tres procedimientos: el de enmienda, reforma parcial y asamblea constituyente que debe ser activada para una reforma total.⁸⁴ En los tres casos, los ciudadanos pueden presentar iniciativas de reforma. Estas iniciativas deben ser calificadas por la Corte Constitucional y, en caso de estimar su procedencia constitucional, los ciudadanos deben acompañar un porcentaje de firmas del electorado a su propuesta. Las iniciativas de enmienda y reforma parcial de la Constitución requieren ser aprobadas mediante referéndum, salvo en el caso de las enmiendas tramitadas por vía legislativa.

El balance del funcionamiento de estas instituciones de democracia directa bajo la vigencia de la Constitución del 2008 es desigual y problemático.⁸⁵ En general, los resultados están muy por debajo de las promesas constitucionales, especial y nuevamente por la

83 Al respecto véase Vicente Solano, *Democracia Participativa y Meritocracia ¿Entre La División de Poderes y La Participación Ciudadana* (Cuenca: Universidad de Cuenca, 2018); Agustín Grijalva, "Participación y presidencialismo en la Constitución ecuatoriana de 2008", *Revista da Faculdade de Direito da UFG* 41, no 2 (7 de diciembre de 2017): 134, <https://doi.org/10.5216/rfd.v41i2.50480>.

84 Jorge Benavides Ordóñez, "Los procedimientos de reforma en algunas constituciones de América Latina. Un estudio normativo con particular énfasis en la Constitución ecuatoriana de 2008", *Estudios constitucionales* 16, no 1 (junio de 2018): 39-66, <https://doi.org/10.4067/S0718-52002018000100039>.

85 Para un muy balance ver Albert Noguera Fernández y Marco Navas, *Los nuevos derechos de participación: ¿derechos constituyentes o constitucionales?: estudio del modelo constitucional de Ecuador* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2016).

¿PUEDE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL SER UN REMEDIO PARA LAS PATOLOGÍAS DEMOCRÁTICAS?: ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL EN EL ECUADOR

fuerte injerencia del ejecutivo, durante los cuales se impidió la expresión y participación con libertad y autonomía de la sociedad civil y sus organizaciones.⁸⁶

Los estudios empíricos sobre la implementación de estos numerosos mecanismos constitucionales de participación son aún escasos.⁸⁷ Sin embargo, puede plantearse la hipótesis de un desarrollo insuficiente e incluso negativo. Por ejemplo, desde su tardía creación, varios de los nuevos consejos participativos tuvieron mayoría de delegados del Ejecutivo y fueron presididos por estos⁸⁸ o tuvieron un desarrollo marginal y muy baja incidencia en procesos como la planificación y ejecución de la política pública.⁸⁹ La ampliación y regulación de la revocatoria del mandato derivó en cierta manipulación y abuso de esta figura.⁹⁰ Instituciones novedosas como la silla vacía son aún de escasa y confusa aplicación e incluso han sido distorsionadas por las mayorías políticas de los gobiernos locales.⁹¹

En términos teóricos, los mecanismos de democracia directa contemplados en la Constitución buscan fomentar el compromiso democrático de los ciudadanos y la respuesta política de los gobernantes, fortalecer la legitimidad democrática, la publicidad y transparencia de la voluntad popular y corregir las fallas de representatividad de los modelos tradicionales de democracia liberal.⁹² En la práctica, el potencial transformador de estas instituciones se ha visto menoscabado por el uso selectivo y direccionado que las autoridades electas han dado a estos mecanismos para legitimar decisiones que incluso pueden atentar en contra de los principios fundacionales de la democracia y los derechos constitucionales.

4.1. Justicia constitucional y participación

Los fallos más relevantes en términos de democracia participativa han sido emitidos en procesos correspondientes al control constitucional previo de peticiones de consulta popular. Como se anotó, tanto las consultas populares como las propuestas de

86 Para una visión de la relación entre Estado y sociedad en Ecuador en la última década ver Juan Cuvi, *La sociedad autónoma: del estado tutelar a la nueva utopía* (Ediciones Abya-Yala, 2018).

87 Un estudio empírico reciente que pone al Ecuador en perspectiva comparada es Alicia Lissidini, "Democracia Directa en América Latina: avances, contradicciones y desafíos". Disponible en: <https://nuso.org/documento/democracia-directa-en-america-latina-avances-contradicciones-y-desafios/>.

88 Pablo Ospina. "La Participación Ciudadana en Ecuador (2009-2012)" en *Horizontes de los Derechos Humanos – Ecuador 2012*, Edit. Gina Benavides y Gardenia Chávez (Quito, 2013).

89 Daniela Orrantía Parra, "Análisis crítico de la planificación participativa en la elaboración del Plan Nacional del Buen Vivir 2013-2017", 2015, <http://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/4890>.

90 Xavier Edwin Malacatus Arévalo, "La revocatoria del mandato, como derecho establecido en la actual Constitución y legislación del Ecuador, respecto a sus alcances, requisitos y limitaciones", 2016, <http://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/4984>.

91 Jose Luis Castro-Montero, "La silla vacía y el dilema de la participación ciudadana en el Ecuador", *Ius Humani Revista de derecho*, no 4 (2014).

92 Diana Durán Smela, "Entre el republicanismo y el constitucionalismo popular. ¿Cómo potenciar la participación democrática en la política pública y constitucional del bien común?", *Vniversitas* 60, No. 123 (15 de octubre de 2011): 169-202, <https://doi.org/10.11144/Javeriana.vj60-123.ercp>; Marco Navas Alvear, "Proceso constituyente, participación y un nuevo diseño democrático en la constitución ecuatoriana actual", *Confluenze. Rivista di Studi Iberoamericani* 6, no 2 (30 de diciembre de 2014): 94-116, <https://doi.org/10.6092/issn.2036-0967/4759>.

reforma constitucional pueden ser activadas por iniciativa ciudadana, con el respaldo de un número de firmas determinado en la Constitución y la ley.

En 2013, la CC determinó que, previo a ejercer control constitucional de las peticiones de consulta popular y reforma constitucional, los ciudadanos debían cumplir con el requisito de la legitimidad democrática.⁹³ Es decir, no se podía acceder a la Corte ni obtener un pronunciamiento sobre la constitucionalidad de los temas que se deseaban consultar o reformar sin antes haber recogido miles de firmas. Este requisito resultaba inoficioso puesto que, si no se obtenía el dictamen de constitucionalidad de la CC, las firmas recogidas quedaban sin valor. De tal manera se bloquearon varias iniciativas de participación ciudadana contrarias a las políticas del régimen.

El caso de los Yasunidos, un grupo ecológico que ensayó una consulta popular sobre la explotación de recursos petrolíferos en el Parque Nacional Yasuní, resulta particularmente ejemplificativo. Luego de haber recogido más de 700 000 firmas, el Consejo Nacional Electoral negó la validez de aproximadamente 200 000 de ellas, bajo argumentos como el gramaje del papel. Los Yasunidos no pudieron acceder a la Corte Constitucional, al no haber obtenido las firmas necesarias. Ello evidencia que el requisito previo de la legitimidad democrática en realidad introducía un burocratismo innecesario que impedía la participación ciudadana especialmente en aquellos temas que le resultaban incómodos al gobierno.

En 2019, la actual conformación de la Corte Constitucional eliminó el requisito de presentación de firmas previo al dictamen de constitucionalidad.⁹⁴ Con el actual procedimiento, la Corte primero decide sobre la constitucionalidad de las peticiones de consulta popular y reforma constitucional y, una vez que emite dictamen favorable, los ciudadanos pasan a acreditar la legitimidad democrática, a través de la recolección de firmas. Ello se complementó con la celeridad en la resolución de estas causas. Antes de 2019, las propuestas de consulta popular tardaban en resolverse alrededor de 2 a 3 años. Actualmente, ningún proceso se resuelve en más de veinte días a partir de su avoco de conocimiento. Si la Corte no se pronuncia en ese plazo, se asume que la consulta popular recibió dictamen de constitucionalidad favorable, de acuerdo con lo establecido en el artículo 105 de la LOGJCC.

A partir de este cambio jurisprudencial se han propuesto varias consultas populares, referéndums e incluso convocatorias a asambleas constituyentes. En todos estos casos la Corte ha debido examinar cuál es la vía idónea conforme a la Constitución, así como garantizar que el cuestionario respectivo cumpla con los requisitos que la propia Constitución y la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional establecen a efectos de asegurar condiciones realmente democráticas de participación, que aseguren la claridad y lealtad de los temas consultados. Entre 2019 y 2020, la actual Corte ha resuelto más de cuarenta casos relativos a consultas populares y

93 Corte Constitucional del Ecuador, Dictamen No. 1-13-DCP-CC de 25 de septiembre de 2013.

94 Corte Constitucional de Ecuador, Dictamen No. 1-19-CP/19 de 16 de Abril de 2019 de 17 de Septiembre del 2019, que cambia la línea jurisprudencial establecida en el Dictamen No. 001-13-DCP-CC de 25 de septiembre de 2013.

¿PUEDE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL SER UN REMEDIO PARA LAS PATOLOGÍAS DEMOCRÁTICAS?: ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL EN EL ECUADOR

reformas constitucionales, mientras que, en diez años, la anterior conformación de la Corte Constitucional solo resolvió una decena de ellos.

Esta apertura jurisprudencial a la participación ciudadana se extendió a la posibilidad de realizar consultas populares sobre actividades extractivas, tema que generó un intenso y polarizado debate.⁹⁵ Quienes sostenían la imposibilidad de estos procesos de consulta manifestaron básicamente tres argumentos: la improcedencia de consultas sobre competencias exclusivas del gobierno central, un supuesto fraude constitucional, al incluir una nueva prohibición para realizar actividades mineras, y la vulneración de la seguridad jurídica, en el caso de los títulos previamente otorgados a concesionarios mineros.

La Corte, con voto de mayoría, expresó que la participación ciudadana sobre asuntos extractivos y ambientales no solo es un derecho en sí mismo, sino también una garantía constitucional de otros derechos, un principio ambiental y un objetivo que condiciona el régimen de desarrollo constitucional y la distribución de competencias públicas. La CC anotó que “no existe, en principio, una disposición constitucional que prohíba clara y expresamente que la ciudadanía pueda plantear como asunto de consulta popular temas relacionados con la explotación de recursos naturales no renovables y específicamente con actividades de minería”.⁹⁶ Al contrario, la Corte consideró que siempre que se respeten derechos y garantías jurisdiccionales, no se reforme la Constitución (pues para ello existen otros procedimientos) y se garantice la libertad del elector, los procesos de consulta popular sobre asuntos extractivos son perfectamente compatibles con la Constitución. En uno de los casos sometidos a su conocimiento, la Corte emitió dictamen favorable y efectivamente se desarrolló un proceso de consulta popular local sobre minería.⁹⁷ Estos pronunciamientos de la Corte también han recibido críticas por parte de ciertos sectores, bajo el argumento de que el organismo ha introducido criterios no contemplados en la LOGJCC, como la “congruencia democrática”.⁹⁸

Otra figura de democracia directa establecida en la Constitución es la iniciativa popular normativa, que permite a los ciudadanos proponer la creación, reforma o derogatoria de normas jurídicas. La propia Constitución señala que los órganos con potestad normativa tendrán un plazo de “ciento ochenta días para tratar la propuesta”. La Ley Orgánica de Participación Ciudadana (LOPC), sin embargo, flexibilizó dicho plazo señalando que el órgano competente debe “empezar a tratar” la propuesta en ciento ochenta días, sin definir cuándo debe tomar una decisión sobre la aprobación o no de la misma.

También es de resaltar que, en el caso 7-20-CP, la Corte sostuvo que no cabe confundir la consulta popular con otros mecanismos de democracia directa. “Mientras

95 Corte Constitucional, Dictamen No. 9-19-CP/19 de 17 de septiembre de 2019.

96 Corte Constitucional del Ecuador, Dictamen No. 9-19-CP/10 de 17 de septiembre de 2019. Además, ver los Dictámenes No. 2-19-CP/19 de 20 de junio de 2019, 10-19-CP/19 de 17 de septiembre de 2019, 1-20-CP/20 de 21 de febrero de 2020, 5-20-CP/20 de 26 de agosto de 2020.

97 Corte Constitucional del Ecuador, Dictamen No. 6-20-CP/20 de 18 de septiembre de 2020.

98 Corte Constitucional del Ecuador, Dictamen No. 1-21-CP/21 de 23 de junio de 2021.

que la consulta popular permite conocer la opinión de la ciudadanía sobre cualquier asunto, la iniciativa popular normativa permite a la ciudadanía proponer la creación, reforma o derogatoria de normas jurídicas ante la Función Legislativa o cualquier otro órgano con competencia normativa”, señaló la CC. Del mismo modo, la Corte indicó que no debe emplearse la consulta popular únicamente con fines plebiscitarios, sin que la ciudadanía tenga la posibilidad de una auténtica reflexión sobre los temas consultados.

También refiriéndose a la iniciativa popular normativa en el caso 38-14-AN, la Corte declaró la inconstitucionalidad de la frase “empezar a tratar” del artículo 10 de la LOPC y expresó que “el término “tratar” comprende conocer la propuesta, analizarla y tomar una decisión correspondiente sobre la misma (...) es claro que la regla constitucional establece que en un máximo de ciento ochenta días la propuesta debe ser tratada (conocida) y resuelta por el organismo correspondiente, de lo contrario recaería en un plazo fatal y entraría en vigencia la iniciativa normativa tal cual fue presentada”. De tal manera se obligó a los órganos con potestad normativa a discutir y aprobar o improbar las iniciativas populares normativas en el plazo previsto en la Constitución.

Finalmente, vale destacar la protección constitucional del “derecho a la protesta pacífica”. En el contexto de las manifestaciones de varios sectores sociales, especialmente de las organizaciones indígenas, en contra del gobierno de Lenín Moreno en octubre de 2019, la Corte controló la constitucionalidad de las medidas adoptadas por el Ejecutivo para aquietar las protestas ciudadanas. La Corte señaló que las medidas de suspensión provisional de las libertades de reunión no debían afectar el derecho constitucional a la resistencia “del que son titulares todas y todos los ecuatorianos, siempre que el mismo sea ejercido de manera pacífica y sin atentar contra los derechos, libertades y garantías de terceros”. Cabe resaltar que el artículo 98 de la Constitución ecuatoriana señala expresamente que los ciudadanos podrán ejercer “el derecho a la resistencia frente a acciones u omisiones del poder público o de las personas naturales y jurídicas no estatales que vulneren o puedan vulnerar sus derechos constitucionales”.⁹⁹

5. Las patologías del autogobierno comunitario

A pesar de que la democracia comunitaria es un concepto acuñado desde hace varias décadas en el contexto latinoamericano, definirla aún resulta problemático. Hay quienes la conceptualizan como una forma de gobierno que demanda la deliberación y participación plena de todos los miembros de la comunidad.¹⁰⁰ Otros la explican a partir de rasgos definitorios como la reciprocidad, su orientación hacia la consecución de fines

99 Corte Constitucional del Ecuador, Dictámenes No. 5-19-EE/19 de 07 de octubre, 5-19-EE/19A de 10 de octubre de 2019 y 5-19-EE/19B de 16 de octubre de 2019.

100 José Woldenberg, “Luis Villoro: poder, democracia, multiculturalismo. Luis Villoro: Power, Democracy, Multiculturalism”, *Nueva Época*, 2016, 8; Luis Villoro, *Tres retos de la sociedad por venir. Justicia, democracia, pluralidad* (México, D.F: Siglo XXI Editores Mexico, 2009).

¿PUEDE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL SER UN REMEDIO PARA LAS PATOLOGÍAS DEMOCRÁTICAS?: ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL EN EL ECUADOR

colectivos (incluso por sobre los derechos individuales) y la obediencia obligatoria de decisiones consensuadas.¹⁰¹ Algunos advierten una supuesta incompatibilidad con la democracia representativa, principalmente por las prácticas culturales, vivencias y racionalidad relacional de los grupos sociales que la practican, además de las diferencias orgánicas estructurales como la ausencia de la división tripartita de poderes.¹⁰² Aunque también se destacan semejanzas entre la democracia comunitaria y la representativa como la rotación obligatoria de los gobernantes.¹⁰³

La solución sobre el alcance práctico de la democracia comunitaria tampoco se resuelve de manera definitiva desde el plano normativo. De hecho, la Constitución ecuatoriana no incluye secciones específicas sobre la democracia comunitaria, como sí ocurre en el caso de la democracia representativa y la democracia participativa. La legislación orgánica —es decir, aquella que regula las instituciones creadas por la Constitución, los derechos y garantías, las competencias de los gobiernos locales, los partidos políticos y el sistema electoral— tampoco ha desarrollado el alcance y concepto de democracia comunitaria, ni incluye principios orientadores.

No obstante, una interpretación sistemática del artículo 95 en relación con el resto de la Constitución evidencia que este tipo de democracia tiene relación directa con el Estado plurinacional, la autodeterminación, el autogobierno y los derechos colectivos de las nacionalidades y pueblos indígenas y de las comunidades afro-ecuatorianas y montubias.¹⁰⁴ En efecto, tanto al interior de estas comunidades como en su relación con el Estado se producen procesos de participación a nivel local o comunitario que la Constitución reconoce y garantiza. El artículo 57, por ejemplo, protege entre otros derechos colectivos, sus formas de organización social, la propiedad de sus tierras y la participación en la gestión de sus recursos naturales, incluyendo la consulta previa libre e informada sobre planes y programas de explotación de recursos naturales, el mantenimiento de sus sistemas jurídicos y educativos y el derecho a ser consultados antes de que se promulguen o emitan normas que afecten sus derechos colectivos.

Es claro que estos y otros derechos colectivos implican procesos de autogobierno y autonomía colectiva en el marco del Estado plurinacional e intercultural. Estos procesos constituyen una forma de participación política vinculada a las sociedades y culturas de estos pueblos, a la que el artículo 95 de la Constitución denomina *democracia*

101 Carlos de la Torre, "The Resurgence of Radical Populism in Latin America", *Constellations* 14, No. 3 (septiembre de 2007): 384-97, <https://doi.org/10.1111/j.1467-8675.2007.00453.x>; Catherine E. Walsh, Walter D. Mignolo, y Álvaro García Linera, *Interculturalidad, descolonización del estado y del conocimiento* (Ediciones del Signo, 2006).

102 Edgardo Lander, "Venezuelan Social Conflict in a Global Context", *Latin American Perspectives* 32, No. 2 (1 de marzo de 2005): 20-38, <https://doi.org/10.1177/0094582X04273867>.

103 Fernando Mayorga, "Estado plurinacional y democracia intercultural en Bolivia", *Revista Brasileira de Ciências Sociais* 32, no 94 (2017), <https://doi.org/10.17666/329401/2017>.

104 Para la relación entre democracia comunitaria y justicia indígena ver Boaventura de Sousa Santos y Agustín Grijalva (editores), *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador* (Quito: Abya-Yala y Rosa Luxemburgo, 2012).

comunitaria. Más allá del diseño constitucional formal, estos procesos participativos integran un rico capital político y cultural del país y la región.¹⁰⁵

Sin embargo, nuevamente y pese a ciertos logros, hay una significativa brecha entre la Constitución formal y la realidad social.¹⁰⁶ La institucionalidad estatal continúa funcionando bajo la lógica de un Estado nacional y no la de un Estado plurinacional. Basta ver cómo los derechos colectivos, por citar dos ejemplos, la consulta previa y la consulta pre-legislativa, son sistemáticamente ignorados por las entidades públicas.¹⁰⁷ La coordinación entre justicia ordinaria y justicias indígenas sigue siendo escasa y por ello insuficiente.

6. Justicia constitucional y democracia comunitaria

En el caso 20-12-IN, la Corte conoció una acción pública de inconstitucionalidad en contra de una decisión ministerial que, sin haber sido previamente consultada, declaró como bosque protector a una zona considerada como ancestral por las comunidades Kichwas y Siona. La CC declaró la inconstitucionalidad de la decisión administrativa y expresó que la consulta prelegislativa es obligatoria y debe efectuarse de buena fe, es decir, de manera clara y accesible. Esta consulta, aclaró la CC, opera frente a medidas emitidas por la Asamblea Nacional, así como frente a cualquier medida administrativa o normativa que pueda afectar derechos colectivos de las comunidades indígenas. El organismo dispuso que el Ministerio de Ambiente y del Agua expida un nuevo acuerdo ministerial consultando a las comunidades indígenas. De igual manera, en el caso 3-15-IA, la Corte declaró la inconstitucionalidad de una resolución provincial que establecía los límites entre cantones, sin consultar a las comunidades ancestrales de la zona.

En los casos No. 5-19-RC, 9-19-RC y 16-19-CP, varios ciudadanos propusieron reformar la Constitución para crear un sistema estatal único de justicia indígena que opere de manera paralela al de la justicia ordinaria. La CC resaltó que el Ecuador es un Estado intercultural y plurinacional, que reconoce, protege y garantiza la coexistencia y el desarrollo de sistemas normativos de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas. La Corte reconoció que estas comunidades tienen “el derecho a [conservar y desarrollar] su propio Derecho”, derivado del derecho a la autodeterminación colectiva. Este derecho a su propio Derecho incluye las facultades para designar a sus autoridades, generar sus propias normas y decisiones y ejercer facultades jurisdiccionales.

¹⁰⁵ Salvador Schavelzon, *El nacimiento del Estado plurinacional de Bolivia: etnografía de una Asamblea Constituyente*, Primera edición (La Paz, Bolivia: Plural Editores, 2012).

¹⁰⁶ Bayron Orrego, “Democracia comunitaria y configuración de apuestas políticas de gobiernos indígenas en Latinoamérica”, *Ciencia Política* 14, no 27 (1 de enero de 2019): 227-49, <https://doi.org/10.15446/cp.v14n27.77759>.

¹⁰⁷ Mariana Walter y Leire Urkidi, “Community Mining Consultations in Latin America (2002-2012): The Contested Emergence of a Hybrid Institution for Participation”, *Geoforum* 84 (1 de agosto de 2017): 265-79, <https://doi.org/10.1016/j.geoforum.2015.09.007>; Esben Leifsen, Luis Sánchez-Vázquez, y Maleny Gabriela Reyes, “Claiming prior consultation, monitoring environmental impact: counterwork by the use of formal instruments of participatory governance in Ecuador’s emerging mining sector”, *Third World Quarterly* 38, no 5 (4 de mayo de 2017): 1092-1109, <https://doi.org/10.1080/01436597.2017.1294980>.

¿PUEDE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL SER UN REMEDIO PARA LAS PATOLOGÍAS DEMOCRÁTICAS?: ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL EN EL ECUADOR

La Corte aclaró que, si bien la Constitución ecuatoriana reconoce a la justicia indígena, en singular, en realidad este reconocimiento alude y protege a sistemas heterogéneos que incluyen diversos procedimientos y normas que conforman el conjunto de manifestaciones de justicia propias de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas. “Los derechos colectivos de los pueblos y nacionalidades indígenas crean una esfera de autonomía que excluye la intromisión del Estado en el desarrollo, mantenimiento y aplicación de sus instituciones y sistemas jurídicos propios. La única justificación legítima para la intromisión del Estado en esta esfera es la protección de los derechos constitucionales”, resaltó la Corte.

En suma, la Corte concluyó que la creación de un único sistema de justicia indígena restringe los derechos colectivos de las comunidades indígenas a “crear, desarrollar, aplicar y practicar su Derecho propio o consuetudinario, como manifestaciones de su derecho a la autodeterminación”.

Adicionalmente, la Corte ha resaltado la necesidad de una efectiva cooperación entre la justicia ordinaria y la justicia indígena en el caso 134-13-EP. En dicha causa, la Corte sostuvo que “ninguna autoridad judicial ordinaria está facultada para revisar las decisiones de la jurisdicción indígena adoptada conforme a sus derechos reconocidos en la Constitución y en instrumentos internacionales de derechos humanos. Por ende, ante una solicitud de declinación de competencia, las juezas y jueces ordinarios deberán limitarse exclusivamente a verificar la existencia de un proceso de justicia indígena. En este sentido, dentro del término probatorio de tres días contemplado en el artículo 345 del COFJ, al analizar la pertinencia de tal invocación, los jueces ordinarios se limitarán a verificar la existencia del proceso de justicia indígena. En ningún caso, los jueces ordinarios examinarán el sentido de la respectiva decisión, incluso si ya existiese un proceso en la justicia común sobre el mismo asunto”.

Aunque resulta muy temprano evaluar los resultados de estas decisiones judiciales, la CC parece haber tomado un serio compromiso con un modelo deliberativo de la democracia que respete las visiones existentes en el Estado plurinacional. Ello deberá reflejarse de un modo más nítido en temas como la consulta previa y pre legislativa de las comunidades indígenas, afro ecuatorianas y montubias, especialmente cuando estas consultas versen sobre asuntos extractivos. Además, es imprescindible que estas formas de democracia se relacionen con otros derechos establecidos en la Constitución, como los derechos de la naturaleza.

7. Conclusiones

La democracia en Ecuador se asienta en la representación, la participación y el autogobierno comunitario como realidades convergentes y amalgamadas en relaciones no siempre complementarias ni adecuadas, pero que expresan la búsqueda política de mayor inclusión de la diversidad y pluralismo social. Lejos del ideal regulativo, la

democracia ecuatoriana revela problemas estructurales, entre ellos, una importante tensión entre concentración y distribución del poder político. El presidencialismo fuerte de la Constitución y las propias instituciones democráticas han sido usadas para limitar e incluso controlar la deliberación y la participación directa de los ciudadanos y de las comunidades, restringiendo así los derechos políticos que la propia Constitución reconoce y, por esta vía, debilitando la garantía social de los demás derechos fundamentales.

La justicia constitucional ha permanecido en deuda con la construcción plural y deliberativa de la democracia, esencialmente por su falta de independencia frente a los poderes elegidos. Esta tendencia, sin embargo, se ha matizado en los tres últimos años, en los que la jurisprudencia constitucional empieza a dar signos esperanzadores de un compromiso democrático serio. Las decisiones recientes de la CC muestran que, aún en un contexto de alta fragilidad institucional, es posible ejercer control de constitucionalidad de modo compatible con las exigencias de una teoría democrática plural, como la que presenta la Constitución ecuatoriana. Sentencias que interpelan a una mayor amplitud de los mecanismos de democracia directa y a tomar en serio la participación de las comunidades indígenas generan expectativas sobre la posibilidad de institucionalizar un ejercicio del control constitucional consistente con algunos de los complejos problemas democráticos. Queda pendiente la tarea de evaluar la eficacia y efecto de estas decisiones de la CC.

BIBLIOGRAFÍA

- Basabe, Santiago. "La Sub Representación de Mujeres En Gabinetes Ministeriales: El Caso Ecuatoriano En Perspectiva Comparada, 1979-2015." Accedido 6 de febrero de 2020. https://www.academia.edu/36817341/La_sub_representaci%C3%B3n_de_mujeres_en_gabinetes_ministeriales_el_caso_ecuatoriano_en_perspectiva_comparada_1979-2015.
- Benavides Ordóñez, Jorge. "Los procedimientos de reforma en algunas constituciones de América Latina. Un estudio normativo con particular énfasis en la Constitución ecuatoriana de 2008". *Estudios constitucionales* 16, no 1 (junio de 2018): 39-66. <https://doi.org/10.4067/S0718-52002018000100039>.
- Carrasco Durán, Manuel, y Blanca Rodríguez Ruiz. *La participación ciudadana como pilar del Estado democrático.: Posibilidades y límites en el marco de la democracia representativa*. Edición: 1. Cizur Menor: Editorial Aranzadi, 2019.
- Castro-Montero, Jose Luis. "La silla vacía y el dilema de la participación ciudadana en el Ecuador". *Ius Humani Revista de derecho*, no 4 (2014): 299-330.
- Castro-Montero, José Luis, y Gijs van Dijck. "Judicial Politics in Unconsolidated Democracies: An Empirical Analysis of the Ecuadorian Constitutional Court (2008-2016)". *Justice System Journal* 0, no 0 (2 de junio de 2017): 1-19. <https://doi.org/10.1080/0098261X.2017.1327336>.
- Cuvi, Juan. *La sociedad autónoma: del estado tutelar a la nueva utopía*. Ediciones Abya-Yala, 2018.

¿PUEDE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL SER UN REMEDIO PARA LAS PATOLOGÍAS DEMOCRÁTICAS?: ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL EN EL ECUADOR

- Durán Smela, Diana. "Entre el republicanismo y el constitucionalismo popular. ¿Cómo potenciar la participación democrática en la política pública y constitucional del bien común?" *Vniversitas* 60, no 123 (15 de octubre de 2011): 169-202. <https://doi.org/10.11144/Javeriana.vj60-123.ercp>.
- Echeverría, Julio. *La democracia sometida: el Ecuador de la revolución ciudadana*. Diagonal. Quito, 2015.
- Gonzalez-Bertomeu, Juan F., y Roberto Gargarella. *The Latin American Casebook: Courts, Constitutions, and Rights*. Routledge, 2016.
- Grijalva, Agustín. "Participación y presidencialismo en la Constitución ecuatoriana de 2008". *Revista da Faculdade de Direito da UFG* 41, no 2 (7 de diciembre de 2017): 134. <https://doi.org/10.5216/rfd.v41i2.50480>.
- Grijalva, Agustín y Castro-Montero, José Luis. *Reelección presidencial y democracia*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2021.
- Lander, Edgardo. "Venezuelan Social Conflict in a Global Context". *Latin American Perspectives* 32, no 2 (1 de marzo de 2005): 20-38. <https://doi.org/10.1177/0094582X04273867>.
- Leifsen, Esben, Luis Sánchez-Vázquez, y Maleny Gabriela Reyes. "Claiming prior consultation, monitoring environmental impact: counterwork by the use of formal instruments of participatory governance in Ecuador's emerging mining sector". *Third World Quarterly* 38, no 5 (4 de mayo de 2017): 1092-1109. <https://doi.org/10.1080/01436597.2017.1294980>.
- López Hidalgo, Pablo Sebastián. *Reflexiones acerca de la legitimidad democrática de la justicia constitucional en Ecuador*. Derecho y Sociedad. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, 2018.
- Malacatus Arévalo, Xavier Edwin. "La revocatoria del mandato, como derecho establecido en la actual Constitución y legislación del Ecuador, respecto a sus alcances, requisitos y limitaciones", 2016. <http://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/4984>.
- Mayorga, Fernando. "Estado plurinacional y democracia intercultural en Bolivia". *Revista Brasileira de Ciências Sociais* 32, no 94 (2017). <https://doi.org/10.17666/329401/2017>.
- Montúfar Mancheno, César. "¿Vivimos en democracia?: aproximación conceptual al régimen político ecuatoriano 2007-2015". Report. Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2015. <http://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/4707>.
- Moreno Yanes, Jorge. *Elementos de derecho electoral ecuatoriano*. Quito: Tribunal Contencioso Electoral, 2010.
- Navas Alvear, Marco. "Proceso constiuyente, participación y un nuevo diseño democrático en la constitución ecuatoriana actual". *Confluenze. Rivista di Studi Iberoamericani* 6, no 2 (30 de diciembre de 2014): 94-116. <https://doi.org/10.6092/issn.2036-0967/4759>.
- Noguera Fernández, Albert, y Marco Navas. *Los nuevos derechos de participación : ¿derechos constituyentes o constitucionales? : estudio del modelo constitucional de Ecuador /*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016.

- Orrantia Parra, Daniela. "Análisis crítico de la planificación participativa en la elaboración del Plan Nacional del Buen Vivir 2013-2017", 2015. <http://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/4890>.
- Orrego, Bayron. "Democracia comunitaria y configuración de apuestas políticas de gobiernos indígenas en Latinoamérica". *Ciencia Política* 14, no 27 (1 de enero de 2019): 227-49. <https://doi.org/10.15446/cp.v14n27.77759>.
- Pachano, Simón. *La trama de Penélope: procesos políticos e instituciones en el Ecuador*. FLACSO Ecuador : Agora Democrática, 2007.
- Pesantes, Hernán Salgado. "El Ejecutivo presidencial post-consulta a una década de la Constitución de 2008". *Revista Iuris* 1, no 17 (2018): 75-86.
- Przeworski, Adam. *Que esperar de la democracia. Limites y posibilidades del autogobierno*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina, 2010.
- Santos, Boaventura de Sousa ed. *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador*. Quito: Abya-Yala, 2012.
- Sartori, Giovanni. *¿Qué es la democracia?* México: Penguin Random House Grupo Editorial, 2012.
- Schavelzon, Salvador. *El nacimiento del Estado plurinacional de Bolivia: etnografía de una Asamblea Constituyente*. Primera edición. La Paz, Bolivia: Plural Editores, 2012.
- Solano, Vicente. *Democracia Participativa y Meritocracia ¿Entre La División de Poderes y La Participación Ciudadana*. Cuenca: Universidad de Cuenca, 2018. https://www.academia.edu/40563488/Democracia_participativa_y_meritocracia_Entre_la_divisi%C3%B3n_de_poderes_y_la_participaci%C3%B3n_ciudadana.
- Sotomayor, Patricia. "El Poder Constitucional En América Latina: Hacia Una Tipología de Las Cortes Constitucionales de La Región (The Constitutional Power in Latin America: Towards a Typology of the Constitutional Courts of the Region)". SSRN Scholarly Paper. Rochester, NY: Social Science Research Network, 19 de febrero de 2019. <https://papers.ssrn.com/abstract=3338079>.
- Torre, Carlos de la. "The Resurgence of Radical Populism in Latin America". *Constellations* 14, no 3 (septiembre de 2007): 384-97. <https://doi.org/10.1111/j.1467-8675.2007.00453.x>.
- Villoro, Luis. *Tres retos de la sociedad por venir. Justicia, democracia, pluralidad*. México, D.F: Siglo XXI Editores Mexico, 2009.
- Walsh, Catherine E., Walter Mignolo, y Álvaro García Linera. *Interculturalidad, descolonización del estado y del conocimiento*. Ediciones del Signo, 2006.
- Walter, Mariana, y Leire Urkidi. "Community Mining Consultations in Latin America (2002-2012): The Contested Emergence of a Hybrid Institution for Participation". *Geoforum* 84 (1 de agosto de 2017): 265-79. <https://doi.org/10.1016/j.geoforum.2015.09.007>.
- Woldenberg, José. "Luis Villoro: poder, democracia, multiculturalismo1 Luis Villoro: Power, Democracy, Multiculturalism". *Nueva Época*, 2016, 8.

CONSTRUYENDO DIGNIDAD: LA RELACIÓN ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL Y EL DERECHO INTERNO: EL CASO DE ECUADOR Y LAS SENTENCIAS DE MATRIMONIO IGUALITARIO Y DESPENALIZACIÓN DEL ABORTO

ALEJANDRA CÁRDENAS REYES¹⁰⁸

La visión positivista imperante en la aplicación del derecho ecuatoriano ha llevado a considerar a la norma expresa e interna como inamovible e incapaz de ser interpretada a partir de otras fuentes. A pesar de que la normativa constitucional desde 1998 ha establecido la aplicabilidad directa de los tratados internacionales, la práctica tradicional ha llevado a operadores y operadoras de justicia; así como a agentes del Estado, a mirar, únicamente, las normas nacionales como válidas. Cabe mencionar, que a partir de la Constitución de 2008, se han podido observar sentencias en las que los y las juezas citan normas internacionales, sin embargo, éstas son enunciadas, y no desarrolladas en su alcance y contenido; por lo que no constituyen argumentos que sustentan sus decisiones judiciales.

En el siglo XX, con la llegada de los nuevos constitucionalismos, se abrieron las puertas a la incorporación del derecho internacional en el ordenamiento jurídico interno. Esto ha permitido que las normas se conviertan en una herramienta viva, que se complementa y se nutre con los aportes de las normas y la jurisprudencia internacionales, principalmente cuando éstas poseen estándares más favorables a la dignidad humana.

En el marco del derecho constitucional y del derecho internacional público se plantea la necesidad de estudiar cómo los ordenamientos internos e internacionales interactúan en procura de la dignidad humana. En el caso ecuatoriano, como se mencionó anteriormente, la norma constitucional reconoce la cláusula abierta y cláusulas de remisión para la creación del bloque de constitucionalidad. Sin embargo, a partir de febrero de 2019 con la posesión de la Nueva Corte Constitucional se dio un giro de timón hacia la incorporación, con mucha fuerza, de normas, estándares y jurisprudencia internacionales en las decisiones judiciales que reconocen derechos humanos.

A la luz de estos elementos teóricos y fácticos, este ensayo busca indagar en los pilares teóricos que sustentan la relación de los ordenamientos jurídicos internos e internacionales; así como la base que sostiene las disposiciones constitucionales ecuatorianas, para finalmente mirar cómo han confluído las normas internas e internacionales en

108 Docente de la Universidad de Las Américas –UDLA– Ecuador, y de la Universidad Católica Santiago de Guayaquil. Directora del Proyecto de vinculación “Derecho para la Comunidad”, miembro de la Red de Politólogas. Correo: ximena.cardenas@udla.edu.ec. Código ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3988-2667>

las decisiones de la Corte Constitucional Ecuatoriana para la protección de los derechos humanos a través de la revisión de dos casos emblemáticos y controversiales: el reconocimiento del matrimonio igualitario (2019) y la despenalización del aborto por violación (2021).

Por tanto, el trabajo plantea la siguiente pregunta de investigación ¿Cuál es la teoría que subyace la constitución ecuatoriana y que guía la relación entre el derecho interno y el derecho internacional y cómo se ha venido aplicando a partir en las sentencias de la Corte Constitucional en los casos del matrimonio igualitario y la despenalización del aborto?

Para despejar esta pregunta, el trabajo está dividido en tres secciones. La primera, presenta una revisión del marco teórico sobre las escuelas que han explicado la relación de los ordenamientos jurídicos nacionales e internacionales. Posteriormente, se realiza una revisión de las normas constitucionales y de las decisiones de la Corte Constitucional y, finalmente, se presentan las conclusiones de la investigación.

El Derecho Internacional Público y el Derecho interno: en busca de la dignidad humana

Es evidente que el siglo XXI se caracteriza por una presencia incuestionable y contundente de normas, organismos y procedimientos internacionales, los cuales permean de manera profunda los ordenamientos jurídicos internos. La actuación de los Estados, tanto en el ámbito procesal, como jurisdiccional y legal requiere de una armonización con el marco internacional; sin embargo, esta práctica desde muchas voces puede ser considerada como una pérdida de soberanía interna.

Frente a esta situación, con más frecuencia se puede observar una fuerte identidad entre los principios fundamentales del derecho internacional, y los valores declarados por cada uno de los Estados, los mismos que convergen en la búsqueda del bien común y la dignidad humana. Así mismo, la presencia de estos valores en discursos estatales, la aprobación de normas que involucran preceptos internacionales y la creación de jurisprudencia que se sostiene en tratados internacionales, permiten pensar que la definición de soberanía conocida desde la Paz de Westfalia, está en crisis. Un ejemplo de esto, son las resoluciones de las altas cortes constitucionales y ordinarias en las que los argumentos que sustentan sus decisiones se tejen sobre los marcos jurídicos nacionales e internacionales¹⁰⁹.

109 Un claro ejemplo de esto es el Trabajo de las Cortes Constitucionales de Ecuador, Colombia, Perú y Tribunal Constitucional de Bolivia. En el caso de Colombia, desde la década de los 90' y 2000 se reitera de manera permanente la necesidad de aplicar en las decisiones del máximo órgano constitucional, el contenido de la normativa internacional. Un ejemplo de esto son las sentencias de la Corte Constitucional de Colombia: Sentencia No. C.225/95, de 18 de mayo de 1995; Sentencia C-400/98, de 10 de agosto de 1998; Sentencia C-067/03, de 4 de febrero de 2003; Sentencia 291/07, de 25 de abril de 2007, sentencia T-535/20 de 18 de diciembre de 2020. En cuanto al Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia se encuentran como ejemplo las sentencias: Sentencia 1420/2004R de 6 de setiembre de 2004; Sentencia No. 110/2010R, de 10 de mayo de 2010. Sentencia No. 0084/2017 de 28 de noviembre de 2017. En el caso de Perú se puede observar la

CONSTRUYENDO DIGNIDAD: LA RELACIÓN ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL Y EL DERECHO INTERNO: EL CASO DE ECUADOR Y LAS SENTENCIAS DE MATRIMONIO IGUALITARIO Y DESPENALIZACIÓN DEL ABORTO

Esta relación entre los marcos normativos nacionales e internacionales ha sido explicada desde el derecho internacional público y las relaciones internacionales. En un primer momento, el análisis presentó un debate de dos tesis hegemónicas el monismo y el dualismo. Hoy por hoy la literatura da cuenta de una tesis híbrida, flexible cuyo objetivo es la materialización de intereses comunes, como la dignidad humana, denominado el pluralismo constitucional.

En esta sección se presentan los principales postulados e hipótesis desarrolladas por estas tres teorías con el objetivo de contar con elementos que permitan revisar las normas constitucionales y la actuación de la Corte Constitucional Ecuatoriana en el caso del matrimonio igualitario y la despenalización del aborto por violación.

1. El monismo y el dualismo, tesis de una visión positivista

Las dos teorías clásicas se han disputado la consolidación o no de un ordenamiento jurídico y la fusión o la separación de las normas y sus principios en el marco del derecho internacional; así como la jerarquía y mecanismos de incorporación que cada una tiene.

La teoría dualista se ha basado en la hipótesis de que el derecho internacional y el derecho interno constituyen dos sistemas jurídicos separados e independientes el uno del otro, pero que coexisten paralelamente (Huertas, 2016). Los postulados de esta escuela de pensamiento han sido sostenidos por autores como Herdegen (2005), Triepel (1923) y Anzilotti (1928), para quienes la disociación está basada en que cada uno de estos ordenamientos jurídicos tiene objetos de regulación distinta, además de poseer sus propias fuentes, mecanismos de aplicación y justificación autónoma. Así, el derecho internacional regula las relaciones entre los Estados, mientras que en el derecho nacional la norma se aplica dentro del Estado (Crawford, 2012).

En este contexto, se hace preciso señalar, que la teoría dualista presenta una reflexión muy importante con respecto al incumplimiento de las obligaciones internacionales y sus correspondientes consecuencias. Así, los teóricos de esta escuela han sostenido que el ordenamiento internacional no tiene efectos sobre la validez del derecho interno. Sin embargo, si un Estado no cumple con las obligaciones que ha adquirido en el marco internacional, existen consecuencias jurídicas, el establecimiento de la responsabilidad internacional, fruto de la cual el Estado incumplidor debe reparar los daños causados a otro u otros Estados Anzilotti, 1928).

Finalmente, los teóricos del dualismo consideran que, en el evento de presentarse un conflicto entre normas de los ordenamientos internacional o nacional, éste debe ser

sentencia No. 0053-2004-AI/TC, de 12 de agosto de 2005. Finalmente, en el caso ecuatoriano están las sentencias No. 184-18-sep-CC, Caso No. 1692-12-EP, de 29 de mayo de 2018; Sentencia No. 309-16-sep-CC, de 18 de octubre de 2016. Sentencias No. 10-18/CN y 11-18-CN/19, de 12 de junio de 2019.

resuelto por el sistema jurídico interno. Generalmente, los órganos jurisdiccionales recurren a la ley nacional (Crawford, 2012, 280).

Frente a esta teoría aparece el monismo. Éste se caracteriza por proponer la consolidación de un solo ordenamiento jurídico que surge de la fusión del derecho interno y el derecho internacional (Andrade, P. y Huertas, J., 2017), o por lo menos, el establecimiento de un cierto número de órdenes interrelacionados que se presumen coherentes y consistentes. Estos doctrinarios sostienen, además, que el derecho internacional se aplica de manera directa en el orden interno.

Para autores del commonlaw, no ha sido fundamental la discusión académica, sino el análisis de los casos fácticos que se presentan y la solución que se les ha dado, recurriendo a los sistemas normativos (Andrade, P. y Huertas, J., 2017). En este sentido, para autores como Malanczuk, Crawford (2012), Denza (2003) y Shaw (2008), el monismo explica la creación de un solo ordenamiento jurídico en el que existe una primacía de las normas internacionales frente a las locales.

De otra parte, autores como Lauterpacht (1950), proponen que el bienestar y el ejercicio de los derechos de las personas son el fin último del derecho internacional, por tanto, constituyen el límite y la justificación moral de los dos ordenamientos jurídicos. El marco interno de los Estados es incapaz de garantizar el ejercicio de estos derechos. Por tanto, el derecho internacional es el instrumento adecuado para hacerlos efectivos, además, este ordenamiento internacional garantiza la existencia del Estado y la supervivencia del orden interno.

Para Kelsen (1945), el monismo se caracteriza porque el derecho internacional y el derecho interno conforman un solo sistema de normas. Éstos reciben su validez y contenido a través de una operación intelectual que asume la existencia de una norma singular y básica denominada Groundnorm. En palabras de Kelsen, la ley es un sistema jerárquico en el cual cada norma alcanza su validez de una norma superior. El autor propone que en el ordenamiento interno los Estados se comportan de manera común, mientras que las normas internacionales poseen principios de efectividad los cuales permiten la evolución del derecho, en la medida en que crea situaciones y las acepta como legítimas a las actuaciones de los Estados.

En tal virtud, el orden interno crea normas básicas, mientras que, el orden legal de la humanidad (derecho internacional) es el presupuesto que surge de las normas nacionales que son determinadas por el ordenamiento internacional. Por tanto, es la norma internacional la razón última de los ordenamientos jurídicos nacionales (Kelsen, 1945). A pesar de lo mencionado, para Kelsen esta relación entre los dos ordenamientos jurídicos debía ser concebida sobre la base de la legislación internacional. La elección de cuál de los ordenamientos tiene jerarquía superior corresponde al ámbito político y no jurídico (Crawford, 2012, 281).

CONSTRUYENDO DIGNIDAD: LA RELACIÓN ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL Y EL DERECHO INTERNO: EL CASO DE ECUADOR Y LAS SENTENCIAS DE MATRIMONIO IGUALITARIO Y DESPENALIZACIÓN DEL ABORTO

A la luz de estos postulados, la doctrina ha establecido la existencia de una primacía de normas nacionales o internacionales en este único sistema jurídico (Acosta y Huertas, 2017; Heregen, 2005). El monismo que da primacía al derecho interno se denomina monismo interno o constitucionalista y sus teóricos sostienen que el incumplimiento de una norma internacional se justifica a través de una norma interna. Mientras que el monismo que da prioridad a las normas internacionales en los ordenamientos internos, se conoce como monismo internacionalista.

En este contexto, es muy importante analizar la validez del derecho internacional en el derecho interno. Para Herdegen (2005, 169), esta validez está dada a través de tres dimensiones, la primera, el significado de la validez del derecho internacional; la segunda, el fundamento y rango de la validez en el derecho interno; y la tercera, clases de validez interna del derecho internacional.

La validez interna del derecho internacional se refiere a la aplicabilidad de las normas del derecho internacional en el derecho interno. La teoría que domina hoy en día el sistema internacional, se denomina de aplicación directa o “Self-executing”, la cual implica que los tratados internacionales pueden ser aplicados de manera directa por las cortes y autoridades nacionales (Herdegen, 2005, 170), sin necesidad de una ley nacional que facilite su aplicación en el marco interno. Para Herdegen, es fundamental evidenciar lo que él denomina la aplicación directa en sentido estricto, es decir cuando la norma internacional puede ser invocada por los individuos ante las cortes o autoridades de un determinado Estado¹¹⁰. Finalmente, para el mencionado autor, esta aplicación directa y validez del derecho internacional en el derecho interno, debe ser analizada en la adecuación que se hace a los órganos internacionales y todas las disposiciones de derecho interno.

El segundo elemento, se refiere al fundamento y rango que reciben las normas internacionales en el derecho interno. Para comprender esta dimensión se hace necesario pensar cuál es el fundamento que permite la aplicación del derecho internacional, sea a través de una norma interna como la Constitución, una ley inferior o las normas consuetudinarias. Para explicar este elemento de manera más clara, Herdegen cita los casos de Reino Unido y Alemania; en el primero, el derecho internacional se aplica en virtud del derecho consuetudinario. Mientras que en Alemania, éste tiene cabida en virtud de las disposiciones constitucionales que permiten la incorporación de la normativa internacional en el derecho interno. Además, señala que es importante observar la jerarquía que cada ordenamiento jurídico otorga a las normas internas¹¹¹.

110 En este sentido el artículo 11.3 de la Constitución del Ecuador dispone que los derechos consagrados en la Constitución y en los instrumentos internacionales serán aplicados de manera directa por y ante cualquier servidor o servidora pública, ya sea de oficio o a petición de parte. Así mismo, dispone que para la aplicación de los derechos no se exigirán condiciones o requisitos que no están establecidos en la Constitución o en la ley.

111 En el caso de la Constitución de Ecuador el artículo 424 de la Constitución determina que la Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. En tanto, el artículo 425 señala que el orden jerárquico de aplicación de las normas será: la Constitución, los tratados y convenios internacionales, leyes orgánicas, leyes ordinarias, normas regionales, ordenanzas distritales, decretos y reglamentos, las

Finalmente, el tercer elemento al que se refiere Herdegen (2005, 171), es la clase de validez interna del derecho internacional. Cómo se da validez al derecho internacional en los ordenamientos jurídicos internos, frente a lo cual el autor propone que existen varias propuestas diferentes. Así se refiere a la doctrina de la transformación, mediante la cual el derecho internacional obtiene validez interna siempre y cuando es transformado en derecho nacional a través de un mandato que da paso a su entrada en vigor. La otra doctrina es la de la ejecución, para la cual las normas internacionales deben ser aplicadas en el derecho interno sin perder su carácter de internacionales. De manera general, los Estados han aceptado la aplicación de los tratados internacionales y su interpretación a la luz de las reglas del derecho internacional y que un tratado internacional se aplica siempre y cuando siga teniendo validez en el marco internacional¹¹².

De otra parte, la doctrina se ha referido también a la teoría del monismo moderado¹¹³, se ha reconocido como su máximo representante a Verdross (1982), quien sostiene que el derecho internacional y el derecho interno componen un solo ordenamiento jurídico. Sin embargo, reconoce la posibilidad de conflictos, no de carácter definitivo, entre el derecho internacional y el derecho interno, que van a ser resueltos, en virtud de la unidad del sistema jurídico. “Doy a esta teoría el nombre de monismo moderado, porque mantiene la distinción ente el D.I. y el derecho estatal, pero subraya al propio tiempo su conexión dentro de un sistema jurídico unitario basado en la Constitución de la comunidad jurídica internacional” (Verdross, 1982, 96).

A partir de esta definición, se pueden evidenciar cuatro elementos de este monismo moderado, el primero, la existencia de conflictos entre el derecho interno y el derecho internacional; el segundo, el reconocimiento de la primacía del derecho internacional; el tercero, los conflictos que se dan entre estos dos ordenamientos no poseen un carácter definitivo; y, cuarto, la solución a estos problemas está dada por la unidad que conforman estos dos regímenes que se sustenta en la constitución de una comunidad jurídica internacional.

En este sentido para Verdross (1982, 77-79) las constituciones internas de los Estados fusionan los ordenamientos jurídicos internos e internacionales. Sin embargo, reconoce que en el marco internacional también existen normas de nivel superior que van a dar lugar a la constitución de un orden jurídico internacional. En palabras de Fassbender, la creación de una norma superior internacional o constitución basada en el derecho

ordenanzas, los acuerdos, las resoluciones y demás decisiones de los poderes públicos. Pero el artículo 424 señala que la Constitución y los tratados internacionales que reconozcan derechos más favorables que los contenidos en la Constitución prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o decisión del poder público.

112 Para aclarar de mejor manera esta afirmación, Herdegen presenta los ejemplos de Gran Bretaña y Estados Unidos, donde se aplica el derecho internacional (excepto los tratados internacionales) con base en las reglas del derecho consuetudinario como si se tratara de derecho interno. En cuanto a los tratados internacionales, éstos para su aplicación requieren de un fundamento especial, que en el caso de Gran Bretaña es la aprobación de un acto legislativo especial a través del cual se adopta el tratado.

113 Cabe señalar que de acuerdo con la Corte Constitucional colombiana emitida en varias sentencias, entre ella la más representativa la C-400 de 1998, ésta es la doctrina que subyace en el derecho interno colombiano.

CONSTRUYENDO DIGNIDAD: LA RELACIÓN ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL Y EL DERECHO INTERNO: EL CASO DE ECUADOR Y LAS SENTENCIAS DE MATRIMONIO IGUALITARIO Y DESPENALIZACIÓN DEL ABORTO

internacional fue evolucionando hasta consolidarse en la Carta de la ONU en 1945 (2009, 541-544).

Esta revisión de los principales aportes de las teorías que han explicado la relación entre el derecho interno y el derecho internacional conduce a presentar una nueva aproximación teórica, en la que se basará este ensayo y se denomina el pluralismo constitucional.

El pluralismo constitucional es una doctrina que surge en el siglo XXI, es decir la primera década del año 2000. Se ve marcada por la irrupción de varios teóricos que dan cuenta de la evolución del derecho internacional y la necesidad de repensar su relación con el derecho interno. Una de las características fundamentales de esta escuela, es reconocer que el derecho internacional hoy por hoy influye en los ordenamientos internos de los Estados y en las decisiones que adoptan sus agentes, sin embargo, cuestiona, la existencia de un único ordenamiento, universal y con reglas exclusivas de solución de controversias (Acosta y Huertas, 2017, 696).

Autores como Kumm (2009), Walker (2002), Maduro (2009), Komárek (2010), Halberstam (2012), Acosta y Huertas (2017), proponen que el derecho internacional y el derecho interno son dos ordenamientos jurídicos diferentes, pero interdependientes, cuya relación no está basada en un orden jerárquico, por lo que su interacción se regula por una serie de principios que se fundan en los componentes constitucionales que posee el derecho internacional. Es preciso señalar que cuando se habla de pluralismo constitucional, los autores no hacen referencia al orden interno de los Estados, sino al reconocimiento de que el sistema internacional posee principios fundadores que constituyen las relaciones internacionales.

Ahora bien, Bogdandy (2011, 292) insiste en reconocer que el ordenamiento internacional y el ordenamiento jurídico interno son diferentes, que no actúan de manera separada, debido a que poseen un punto de interacción que está dado por la existencia de una serie de principios que facilitan este diálogo. Estos principios surgen del análisis y reflexión de los objetivos que tienen los dos ordenamientos y lo mejor que poseen cada uno de ellos.

El pluralismo constitucional reconoce que hay dos ordenamientos diferentes, son embargo, estos se complementan en tanto comparten objetivos, destinatarios, competencias e instituciones. Por tanto, reconocen el surgimiento de dos nuevos elementos que caracterizan la relación entre el derecho internacional y el derecho interno: la heterarquía y los principios fundamentales.

En primer lugar, reconocen a la heterarquía, en palabras de Acosta y Huertas (2017, 697) significa la existencia de varios centros de poder: las normas, las instituciones y el orden jurisdiccional, los cuales se relacionan de manera horizontal, sin ninguna jerarquía superior y acoplándose en virtud de la convivencia y articulación de cada uno de estos elementos.

El segundo elemento, fundamental, son los principios que permiten esta articulación y acoplamiento. Siguiendo a Bogdandy (2011), Kumm (2009) y Acosta y Huertas (2017), se pueden establecer tres principios: el efecto directo, la interpretación conforme y el respeto a los principios procesales, sustanciales y jurisdiccionales.

Ahora, siguiendo la línea de este ensayo es importante analizar el contenido de cada uno de estos principios. Así, el efecto directo, reconoce que las normas internacionales tienen un carácter de “auto-ejecución”, por tanto, éstas se incorporan en el ordenamiento interno de manera directa, sin que medie ningún agente para su incorporación (Bogdandy, 2011, 293).

En tanto, el principio anclado a la doctrina de la interpretación conforme, cuestiona la visión rígida de la pirámide del ius positivismo. Propone que las normas internacionales no se aplican de manera simple, sino que los operadores de justicia deben realizar un ejercicio de interpretación de las mismas. Para esta interpretación, es vital tomar en cuenta los principios que se han generado en el marco internacional, la jurisprudencia que se ha creado; así como los principios del derecho interno que se relacionan con la temática en cuestión (Bogdandy, 2011, 294).

La literatura de del pluralismo constitucional, reconoce que estos principios no son normas técnicas sino estándares que constituyen la relación de los ordenamientos en cuestión. En este sentido, su objetivo es alcanzar la articulación de los dos ordenamientos jurídicos de forma sistémica y no unitaria. La aplicación de estos principios permitirá la observación de elementos centrales de las relaciones internacionales: la cooperación internacional, el gobierno democrático, la subsidiariedad y la protección de los derechos humanos (Bogdandy, 2011, 294).

En este sentido, Kumm (2009) propone que el principio de legalidad en el derecho internacional ha supuesto la necesidad de aplicar de manera irrefutable las normas internacionales. Sin embargo, esto no es así, en tanto, la aplicación de éstas variara de acuerdo con los contextos en que se presenta. Así, la aplicación de las normas internacionales podría suspenderse, cuando estas violenten de manera seria las normas del derecho interno. En estos casos, el principio de legalidad no es suficiente en tanto, la aplicación de derecho internacional puede poner el riesgo los factores sustanciales, procesales o jurisdiccionales. Por tanto, propone la necesidad de observar los principios de subsidiariedad, de respeto a los derechos humanos y de proporcionalidad.

En cuanto al principio de subsidiariedad, de acuerdo con la doctrina (Vargas, 2018, 100) y la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH, Caso Acevedo Jaramillo y otros Vs. Perú, 2006, párr. 66; Caso Comunidad Campesina de Santa Bárbara Vs. Perú, 2015, párr. 159; Caso Duque Vs. Colombia, 2016, párr. 128), se refiere a que la responsabilidad estatal por incumplimiento de las obligaciones en materia de derechos humanos, surge única y exclusivamente, después de que los Estados hayan tenido la posibilidad de prevenir, investigar, sancionar y reparar. Así, el Estado es el principal garante de la protección y promoción de los derechos humanos.

CONSTRUYENDO DIGNIDAD: LA RELACIÓN ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL Y EL DERECHO INTERNO: EL CASO DE ECUADOR Y LAS SENTENCIAS DE MATRIMONIO IGUALITARIO Y DESPENALIZACIÓN DEL ABORTO

En virtud de las obligaciones contenidas en las normas internacionales, los Estados deben solventar las situaciones de afectación y violación de derechos humanos, desde sus ordenamientos jurídicos y sus instituciones internas. Solo cuando los Estados no lo pueden hacer, se activan el sistema internacional¹¹⁴.

El principio de proporcionalidad constituye una herramienta metodológica para la aplicación de los derechos humanos. El contenido de este principio está dado por tres reglas parciales (Espinosa, 2017, 22): 1. La idoneidad, dónde se analiza la eficacia de los medios escogidos para alcanzar el objetivo deseado; 2. La necesidad de la utilización de los medios empleados para alcanzar el fin, lo cual implica demostrar que no exista otro medio que permita alcanzar el fin y que sacrifique en menor medida los principios o derechos afectados; y 3. La proporcionalidad en sentido estricto, es decir el análisis de que los medios empleados sean necesarios para alcanzar el fin deseado y que no exceda en el sacrificio o limitación de derechos (Espinosa, 2017, 21).

Sobre la base de lo expuesto a continuación se realiza un revisión de la norma constitucional ecuatoriana, para posteriormente presentar el análisis de las sentencias.

2. Ecuador, haciendo camino al andar: la incorporación del Derecho Internacional en las decisiones de la Corte Constitucional

Una vez planteado el debate teórico sobre las teorías que explican las normas de incorporación del Derecho Internacional en el Derecho interno, a continuación se plantea una revisión de las normas constitucionales relativas a esta interacción; así como las sentencias que permiten mirar la interpretación que la Corte Constitucional ha hecho de estas normas a la luz de la teoría del pluralismo constitucional.

2.1. Ecuador: superando el monismo y dando forma al pluralismo constitucional

En virtud de los elementos teóricos se puede evidenciar que la Constitución ecuatoriana de 2008, supera la visión monista para plantear el pluralismo constitucional moderno e innovador. El positivismo pasa a un segundo plano para poner en el centro del ordenamiento jurídico a la dignidad humana. Pero cuáles son los rasgos de la Constitución que permiten hacer esta afirmación.

¹¹⁴ Es preciso mencionar que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos posee Sistemas Universal y Regionales de Protección de Derechos Humanos. El Sistema Universal surgió bajo el paraguas de las Naciones Unidas, sus principales instrumentos son la Carta de los Derechos Humanos: Declaración Universal de Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Además, de otros tratados internacionales que protegen otros derechos humanos. También se han establecido los Sistemas Regionales: Sistema Europeo, Sistema Interamericano y Sistema Africano de Protección de Derechos Humanos.

La Constitución de 2008 deja atrás la visión monista en tanto no reconoce la fusión de las normas internas e internacionales en un solo ordenamiento jurídico. Admite la existencia de un orden normativo interno y otro orden normativo internacional, sin embargo, deja muy clara su interacción en procura de la dignidad humana y la consecución de los valores e intereses superiores de la comunidad internacional¹¹⁵.

Otro de los rasgos distintivos del monismo es el establecimiento de una jerarquía de normas ya sea internas o internacionales (Acosta y Huertas, 2017; Heregen, 2005). Sin embargo, lo que se encuentra en la Constitución ecuatoriana es una flexibilidad jerárquica a favor de los estándares que ofrecen una protección más amplia al ejercicio de derechos humanos. Es preciso mencionar que la Ley Suprema dispone en su artículo 425 que el orden jerárquico de aplicación de normas será en primer lugar la Constitución y en segundo, los tratados internacionales y después las leyes orgánicas, leyes ordinarias, normas regionales, ordenanzas distritales y otras. Así mismo, plantea la existencia de un control constitucional de los tratados internacionales, con el fin de que observar que estos guarden armonía con la Constitución. Sin embargo, una vez que los tratados son ratificados y gozan de estándares más favorables que la Constitución, serán aplicados de manera supra constitucional (Art. 424).

Así mismo, posee otros rasgos que permiten mirar cómo se acopla a los elementos teóricos del pluralismo constitucional.

El reconocimiento de la **heterarquía**, es decir el ordenamiento jurídico se nutre de varios centros de poder: normas internacionales, reconocimiento de organizaciones internacionales y jurisdicción supra constitucional.

En este orden de ideas, la ley suprema ecuatoriana reconoce y acepta su sometimiento a los tratados internacionales ratificados por el país. Así en el capítulo referido a las Relaciones Internacionales (art. 416. 7 y 416.9), reconoce al derecho internacional como norma de conducta que guía las acciones del Estado¹¹⁶. De igual manera, exige el respeto a los derechos humanos de las personas, poniendo énfasis que para alcanzar este objetivo es necesario cumplir con las obligaciones internacionales establecidas en los tratados internacionales.

En cuanto al reconocimiento de organizaciones internacionales y la jurisdicción internacional, la Constitución de 2008, creo una herramienta que permite hacer efectivas las decisiones de organismos internacionales de derechos humanos que reconozcan obligaciones del Estado de dar o hacer frente a sus ciudadanos. De esta manera, el artículo 93 de la Constitución crea la acción por incumplimiento. Esta garantía jurisdiccional tiene por objeto hacer efectivas las normas del ordenamiento jurídico. Además, es un mecanismo que materializa y permite que las personas que viven en

115 Un ejemplo de esto consta en los artículos del 424 al 428 de la Constitución.

116 El artículo 416.9 de la Constitución de Ecuador dispone que reconoce al derecho internacional como norma de conducta, sin embargo, propone la necesidad de democratizar los organismos internacionales y garantizar la participación equitativa de todos los Estados en ellos.

CONSTRUYENDO DIGNIDAD: LA RELACIÓN ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL Y EL DERECHO INTERNO: EL CASO DE ECUADOR Y LAS SENTENCIAS DE MATRIMONIO IGUALITARIO Y DESPENALIZACIÓN DEL ABORTO

territorio ecuatoriano que han logrado una sentencia o informes de organismos internacionales de derechos humanos, alcancen la reparación real por violaciones a estos derechos. A partir de esta figura incluso los informes que surgen de órganos cuasi judiciales como los Comités de Naciones Unidas¹¹⁷, son exigibles en el marco de la justicia constitucional¹¹⁸.

Otro de los puntos centrales que permite evidenciar el reconocimiento del pluralismo constitucional es el reconocimiento de la **regla del efecto directo**. Siguiendo a Bogdandy (2011), esta se refiere a la incorporación de las normas internacionales en el ordenamiento interno, sin necesidad de un instrumento que las haga aplicables. Por tanto, los servidores judiciales y administrativos están obligados a hacer efectivos los mandatos contenidos en el marco jurídico internacional.

A este respecto la Constitución señala tanto en su capítulo relativo a los principios de interpretación de los derechos constitucionales (art. 11.3), como en la sección referente a las relaciones internacionales (art. 417) y en la referida a la supremacía constitucional (art. 426) el deber de aplicar de manera directa los tratados internacionales de derechos humanos.

Finalmente, es necesario referirse al último elemento planteado por la literatura del pluralismo constitucional, la implementación de la **doctrina de la interpretación conforme**. Ésta establece que las normas del derecho interno y el derecho internacional no se aplican de manera fría y literal, sino que se recurre al ejercicio de la hermenéutica, teniendo en cuenta los principios del ordenamiento jurídico internacional y el orden interno. Para Bogdandy (2011) la Constitución debe considerar los ordenamientos jurídicos de forma sistémica, garantizar la legitimidad de las decisiones; y, asegurar el respeto a temas esenciales del derecho internacional, como la cooperación, la democracia y la protección de los derechos humanos.

En este sentido, los artículos 2 y 3 de la Ley Orgánica de Garantías Constitucionales y Control Constitucional establecen los principios de la justicia constitucional, señalando entre ellos la satisfacción de los derechos humanos y la dignidad de las personas. Establece además, las normas de interpretación, donde se señala la interpretación basada en la proporcionalidad, de carácter sistémico, evolutivo, dinámico, teleológica, de cara a alcanzar el objetivo central del Estado.

117 Es importante señalar que en el marco del Sistema Universal de Derechos Humanos, se han creado varios tratados internacionales encaminados a la protección de estos derechos. Estos tratados han creado sus propios órganos de tratados, los cuales están encargados de monitorear el cumplimiento de las obligaciones de los Estados y los derechos de las personas allí consagrados. Estos órganos se denominan Comités y tienen como una de sus facultades el recibir peticiones individuales, es decir denuncias de personas particulares que han sido víctimas de violación de derechos humanos. Los Comités tienen la facultad de investigar estas peticiones y de pronunciarse sobre el cumplimiento o de las obligaciones de los Estados y la violación de derechos humanos. Sin embargo, su pronunciamiento no es vinculante, ya que no emiten sentencias sino recomendaciones.

118 La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional en sus artículos del 52 al 57 establece el procedimiento para presentar la acción por incumplimiento.

En la norma suprema de Ecuador, se encuentra de manera clara el reconocimiento del orden jurídico internacional, su interacción con el interno, la incorporación de éste en sus marcos normativos y acciones de funcionarios estatales. Así desde el preámbulo se reconoce la necesidad de alcanzar una integración latinoamericana, en la sección relativa a los Principios del Derecho Internacional se reconocen los principios de la Carta de las Naciones Unidas y del nuevo orden mundial. Finalmente, se reconoce la necesidad de hacer efectivos estos principios en la vida del cotidiana del Estado ecuatoriano.

La Constitución ecuatoriana ha creado un marco normativo que permite la interacción flexible entre el derecho interno y el derecho internacional de cara a proteger y garantizar los derechos humanos. Frente a esto, es importante mirar cómo el máximo órgano de control constitucional aplica las normas y lo operativiza en el reconocimiento de dos derechos controvertidos en el contexto nacional: el matrimonio igualitario y la despenalización del aborto por violación.

2.2. Haciendo efectivo el ejercicio de derechos a la luz de las normas internacionales: el rol de la Corte Constitucional

En esta sección se presenta un análisis de tres sentencias de la Corte Constitucional ecuatoriana, expedidas entre 2019 y 2021. Estas sentencias se caracterizan porque abordan dos temas complejos, el matrimonio de parejas del mismo sexo y el aborto por violación. En un primer momento se presenta un contexto de los derechos reclamados y las sentencias expedidas, para posteriormente, analizar las decisiones judiciales a la luz de los elementos propuestos por la teoría del pluralismo constitucional.

Contexto de los casos¹¹⁹:

La Constitución ecuatoriana de 2008, consagró al Estado como constitucional de derechos y justicia social. Carácter que evidencia que el objetivo de Ecuador se centra en la materialización de los derechos de las personas, los pueblos, las comunidades y la naturaleza en lo que sean atinentes¹²⁰.

En tal virtud ha sido reconocida como una norma suprema de corte garantista, que establece un catálogo de derechos bastante amplio¹²¹, además un conjunto de garantías normativas, de políticas públicas y jurisdiccionales para hacer efectivos esos derechos. Finalmente, la parte dogmática permea la institucionalidad del Estado, reconociendo que el fin último del Estado es la dignidad humana.

119 Para la revisión de este artículo se revisan tres sentencias que han zanjado un debate académico y empírico. La primera es la sentencia emitida dentro del Caso No. 10-18-CN, de 12 de junio de 2019. La segunda, corresponde al Caso 11-18-CN, de 12 de junio de 2019. Finalmente, la sentencia No. 34-19-IN/21 y Acumulados, de 28 de abril de 2021.

120 Arts. 1 y 10 de la Constitución de Ecuador.

121 La Constitución reconoce los derechos del buen vivir, derechos de protección, derechos de libertar, derechos de participación, derechos de los pueblos, nacionalidades y comunidades, derechos de los grupos de atención prioritaria y derechos de la naturaleza.

CONSTRUYENDO DIGNIDAD: LA RELACIÓN ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL Y EL DERECHO INTERNO: EL CASO DE ECUADOR Y LAS SENTENCIAS DE MATRIMONIO IGUALITARIO Y DESPENALIZACIÓN DEL ABORTO

Uno de los principios rectores de la actividad estatal en el reconocimiento de los derechos constitucionales es el de igualdad y no discriminación, que también está reconocido como derecho de las personas. Al tenor de esta disposición, en materia de género se mantuvieron algunos logros de la Constitución de 1998 y se alcanzaron otros avances. Así se reconoció la diversidad sexo genérica como una cláusula sospechosa de discriminación (art. 11.2); se reconoció las familias diversas y se les otorgó la protección estatal. En este sentido, el artículo 68 reconoció el derecho de las parejas del mismo sexo a formar una familia a través del la unión de hecho, sin embargo, el artículo 67 estableció el matrimonio como una institución exclusiva para parejas heterosexuales.

Para muchos defensores y defensoras de derechos humanos, esta distinción constituía una discriminación directa. Por lo que se iniciaron una serie de acciones jurídicas y sociales para visibilizar esta situación y alcanzar el trato igualitario. Una de las estrategias recurrida fue la presentación de parejas del mismo sexo ante el Registro Civil para que les casen, logrando la negativa de este órgano estatal. Frente a la cual se presentaron acciones de protección. Las mismas que concluyeron ante la Corte Constitucional¹²².

En el caso de la despenalización del aborto por violación, es necesario mencionar que esta ha sido una lucha que han llevado a cabo los movimientos de mujeres desde hace más de 20 años (Rosero, M. 2021). En la Asamblea Constituyente de 2007-2008, el debate por la despenalización del aborto fue muy ideológico, lo cual impidió que la Constitución reformada reconozca el derecho de las mujeres, niñas y adolescentes víctimas de violencia sexual a abortar en caso de quedar embarazadas fruto de esa violencia (Herrera, 2013).

Posteriormente, en septiembre de 2019 la Asamblea Nacional aprobó una serie de reformas al Código Orgánico Integral Penal, dentro de las cuales se debatió la posibilidad de eliminar la tipificación del delito por aborto, en casos de violación. Sin embargo, la decisión del Pleno del parlamento fue rechazar esta reforma, por lo que se perdió la oportunidad de incorporar la despenalización del aborto por violación¹²³.

122 La Corte Constitucional resolvió en el caso No. 10-18-CN, la consulta de constitucionalidad de los artículos 81 del Código Civil y 52 de la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles. Esta sentencia se aprueba con cinco votos. Se aprueba esta sentencia con el voto de los jueces: Alí Lozada, Karla Andrade, Daniela Salazar, Agustín Grijalva, Danieka Salazar y Ramiro Ávila, voto concurrente. Voto salvado: Hernán Salgado, Carmen Corral, Enrique Herrería Bonet y Teresa Nuques Martínez. Así mismo, resolvió el Caso 11-18-CN, de 12 de junio de 2019, surge de la consulta formulada por la Corte Superior de Justicia de Pichincha sobre la compatibilidad del artículo 67 de la Constitución con la Opinión Consultiva 24 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Esta sentencia se aprueba con cinco votos de los jueces: Alí Lozada, voto concurrente; Karla Andrade, Daniela Salazar, Agustín Grijalva, Danieka Salazar y Ramiro Ávila. Voto salvado: Hernán Salgado, Carmen Corral, Enrique Herrería Bonet y Teresa Nuques Martínez. En cuanto a la sentencia No. 34-19-IN/21 y Acumulados, de 28 de abril de 2021, la Corte analiza la constitucionalidad de los artículos 149 y 150 del Código Orgánico Integral Penal. La sentencia fue aprobada por el pleno de la Corte Constitucional con siete votos a favor: Karla Andrade Quevedo, Ramiro Ávila Santamaría (voto concurrente), Agustín Grijalva Jiménez, Alí Lozada, Enrique Herrería Bonet, Daniela Salazar Marín y Hernán Salgado Pesántez. Dos votos salvados: Carmen Corral y Teresa Nuques.

123 Para una mayor referencia del contexto vivido durante las reformas al Código Orgánico Integral Penal, revisar las notas: Aborto en Ecuador: el Parlamento rechaza la reforma legislativa para permitir la interrupción del embarazo en caso de violación. Recuperado de: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-49737022>.

Cabe mencionar que los datos sobre la violencia sexual en contra de mujeres, niñas y adolescentes en Ecuador, siempre han evidenciado un fenómeno real que afecta el desarrollo del plan de vida de este grupo humano. Así Ecuador es el tercer país en la región, con la tasa más alta de embarazo adolescente (Corte Constitucional Ecuador, sentencia 34-19-IN/21 y Acumulador, 32). Así mismo, de acuerdo con la Encuesta Nacional de Salud y Nutrición disponible del 2012, el 39,2% de adolescentes entre 15 y 19 años ha iniciado una vida sexual activa. Un dato alarmante es que la referente a las niñas de menos de 14 años, en la que se resalta que ocho de cada 100 adolescentes en esa edad se quedaron embarazadas de personas mayores a 30 años y que el 80% de embarazos en esa edad, fueron fruto de violencia (UNFPA, 2020, 11).

Finalmente, la Relatora Especial de la ONU de Violencia en contra de las Mujeres sus Causas y Consecuencias, señala que entre 2014 y 2018, 134 mujeres enfrentaron procesos relacionados con la interrupción del embarazo; y entre 2014 y 2019 se han abierto 286 denuncias por aborto, sin considerar si son por violación o no (Šimonovic, 2020, párr. 19).

Con estos antecedentes, la siguiente sección está encaminada a mirar cómo la Corte Constitucional incorpora el derecho internacional de los derechos humanos, como una herramienta esencial para resolver casos complejos.

¿Qué nos dice la Corte Constitucional sobre la relación entre el Derecho Internacional y el Derecho interno?

Es preciso mencionar que la Corte Constitucional no asume, de manera expresa, la alineación con una teoría específica en cuanto a la relación entre el derecho interno y el derecho internacional. A pesar de que las tres sentencias cuentan con un componente de reflexión e interpretación basado en las normas internacionales, no se hace relación al dualismo o al pluralismo constitucional. Sin embargo, este trabajo, pretende evidenciar que las sentencias poseen algunos rasgos que invitan a pensar que el Ecuador se ancla en la nueva tendencia doctrinaria.

Para afirmar esta hipótesis, el análisis de las sentencias se realiza sobre la base de cuatro elementos planteados por el pluralismo constitucional. En primer lugar, se mira el reconocimiento de la heterarquía, es decir el reconocimiento de varios espacios de poder: normas, organismos y procedimientos. En segundo lugar, se mira la aplicación del principio de aplicabilidad directa de los tratados internacionales; en tercer lugar, se toma en cuenta el principio de interpretación conforme y cómo lo asume la Corte Constitucional ecuatoriana. El análisis concluye con una revisión de los principios y valores que toma en cuenta la Corte para resolver las cuestiones jurídicas que se le plantea.

La Asamblea de Ecuador negó la despenalización del aborto para víctimas de violación en Código Penal. Recuperado de <https://www.elcomercio.com/tendencias/sociedad/asamblea-ecuador-despenalizacion-aborto-violacion.html>.

CONSTRUYENDO DIGNIDAD: LA RELACIÓN ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL Y EL DERECHO INTERNO: EL CASO DE ECUADOR Y LAS SENTENCIAS DE MATRIMONIO IGUALITARIO Y DESPENALIZACIÓN DEL ABORTO

En cuanto a la heterarquía, las tres sentencias evidencian elementos comunes. El primero se refiere al reconocimiento de la dignidad humana como el elemento que se encuentra en el vértice del ordenamiento jurídico ecuatoriano. Se establece de manera clara que la pirámide jerárquica normativa, no está anclada a la norma constitucional, sino a normas que garanticen estándares más favorables al ejercicio de la dignidad humana¹²⁴. En el caso de las dos sentencias relativas al matrimonio igualitario, la Corte se refiere a la jerarquía axiológica (caso 11-08-CN/19, párr. 131) y máxima prioridad sustantiva (caso 10-08-CN/19, párr. 21).

La jerarquía axiológica hace relación a que una norma, aunque no sea constitucional, pero que posee estándares más favorables, adopta rango constitucional y, por tanto, prevalece sobre otras normas e interpretaciones.

Mientras que al referirse a la máxima prioridad sustantiva, la Corte establece que la jerarquía constitucional está dada a partir de dos elementos, el primero una jerarquía formal y una jerarquía sustancial. En cuanto a la jerarquía formal, señala que es el atributo que el constituyente le da al texto constitucional, en tanto posee una rigidez normativa mayor a la ley.

La jerarquía sustancial está dada, en tanto la Constitución reconoce "... principios, fines, valores de justicia, centralmente, los derechos fundamentales" (caso 10-08-CN/19, párr. 21), lo que se convierte en un tejido axiológico cuyo objetivo es alcanzar la dignidad humana.

El segundo elemento, es el reconocimiento de que la jerarquía no está dada en normas internas o normas internacionales, determinadas, sino que incluye a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Para este efecto, se reconoce la figura del Control de Convencionalidad, como el principio a través del cual la jurisprudencia de la Corte IDH tanto de casos contenciosos como de opiniones consultivas, es obligatoria para todos los Estados partes de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH). El aporte de la Corte IDH a esta figura se da, en tanto, reconoce que la jurisprudencia en los casos contenciosos no solo vincula a las partes de la controversia, sino a todos quienes han ratificado la CADH. En cuanto a la facultad consultiva, los criterios y estándares establecidos por la Corte IDH, vinculan no solo al Estado consultante, sino a todos los signatarios de la Convención mencionada (Corte IDH, caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas de 26 de septiembre de 2006, párrafo 124).

Las sentencias relativas al matrimonio igualitario se refieren de manera contundente a la obligación del Estado ecuatoriano, la misma que fue adquirida por la Corte Constitucional

¹²⁴ En el caso de la sentencia del caso 10-08-CN/19, estos planteamientos constan en los párrafos 21 y 77, entre otros. En cuanto al caso 11-08-CN/19, párrafos 40, 133 y 288. Sentencia 34-19-IN/21 y acumulados, párrafos 105, 107.

en el 2016, de cumplir de manera obligatoria no solo con la CADH, sino también con la Jurisprudencia de la Corte IDH¹²⁵.

Finalmente, en el último elemento de la heterarquía, es preciso mencionar el reconocimiento del bloque de constitucionalidad¹²⁶ y la incorporación de los instrumentos internacionales de derechos humanos como herramientas centrales de la acción estatal. Vale decir que la Corte Constitucional reconoce que no solo los tratados internacionales deben ser considerados a la hora de observar estándares más favorables al ejercicio de derechos humanos. El órgano de justicia constitucional, se refiere a todos los instrumentos internacionales, es decir aquellos que no han pasado por un proceso de manifestación del consentimiento por parte del Estado, pero que tengan por objeto y fin la protección de la dignidad humana y el ejercicio de los derechos fundamentales.

Un ejemplo de lo afirmado es la reflexión que plantea el caso 11-18-CN/2019 (párr. 25), donde se presenta los dos tipos de instrumentos del derecho internacional: los convenios (tratados) y los instrumentos (declaraciones y resoluciones). Posteriormente, la Corte, en el párrafo 30, señala que para efectos de reconocimiento de derechos humanos de acuerdo con la Constitución, es irrelevante el estatus que tengan. Afirma que todos los derechos reconocidos en cualquier tipo de instrumento, vinculante o no, son exigibles y "... forman parte del sistema jurídico ecuatoriano".

Finalmente, las tres sentencias, invocan la herramienta del bloque de constitucionalidad para reconocer la jerarquía que tienen los instrumentos internacionales en el sistema jurídico ecuatoriano.

La segunda categoría del pluralismo constitucional es la doctrina de aplicación directa. La Corte Constitucional en estas tres sentencias emblemáticas, recurren a esta doctrina para garantizar los derechos a la igualdad y no discriminación, a la familia, al matrimonio de las parejas del mismo sexo, a la vida libre de violencia. Es importante enfatizar lo que se dijo en la sección precedente, la Corte reconoce la aplicación directa, no solo de los tratados internacionales, sino de todos los instrumentos internacionales.

En la sentencia del caso 11-18-CN/2019, la Corte reconoce que son fuentes de derecho: las declaraciones de DDHH, la jurisprudencia de la Corte IDH, las observaciones generales de los Comités de la ONU de derechos humanos, las opiniones consultivas

¹²⁵ En el Caso 11-18-CN/2019, del párrafo 262 al 290 la Corte analiza de manera extensa el contenido del control de convencionalidad y las obligaciones que se le generan al Estado frente a este. Así mismo, en el caso 10-18-CN/2019, la Corte analiza el control de convencionalidad en los párrafos 78 y 79.

¹²⁶ De acuerdo con la doctrina, el bloque de constitucionalidad es para Uprinmy, el bloque de constitucionalidad es un intento por sistematizar jurídicamente el fenómeno mediante el cual la Constitución posee más normas jurídicas que aquellas que constan expresamente contenidas en ella. Esta incorporación se da por el proceso de remisión que la misma Ley Suprema hace a otras normas internacionales o de inferior jerarquía (Uprinmy, S/f: 3). De otra parte, para autores como Bidart Campos, el bloque de constitucionalidad es un conjunto normativo que posee disposiciones, principios o valores que materialmente tienen rango constitucional aunque se encuentren fuera del texto de la norma suprema. El aporte de esta herramienta es ser un parámetro de control de constitucionalidad de normas (y por qué no de acciones y resoluciones del Estado) de carácter infraconstitucional (Bidart Campos, 2005: 265-267).

CONSTRUYENDO DIGNIDAD: LA RELACIÓN ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL Y EL DERECHO INTERNO: EL CASO DE ECUADOR Y LAS SENTENCIAS DE MATRIMONIO IGUALITARIO Y DESPENALIZACIÓN DEL ABORTO

de la Corte IDH, los informes de Relatores de mandatos temáticos y grupos de trabajo de la ONU y las recomendaciones del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, entre otros (párr.141).

En los párrafos 148 y 149 de la misma sentencia, la Corte hace un ejercicio de hermenéutica concreto, cuando señala que pueden existir derecho que no están expresamente reconocidos en el texto constitucional (a estos los denomina innominados), lo cual genera una laguna jurídica. Afirma que para llenar este vacío se requiere de un reconocimiento expreso, el cual debe ser llenado a partir de la interpretación, en este caso la realizada por la Corte IDH, en la OC 24.

Es importante destacar que en la sentencia 34-19-IN/21, la aplicación directa de los tratados internacionales proviene desde la ciudadanía. Así, en todas las demandas presentadas ante la Corte Constitucional, las peticionarias solicitan declarar la inconstitucionalidad de los artículos 149 y 150 del Código Orgánico Integral Penal, en tanto, violenta el derecho a la vida libre de violencia de las mujeres, reconocidos en instrumentos internacionales¹²⁷.

El último factor que permite evidenciar la aplicación de la teoría del pluralismo constitucional es la doctrina de la interpretación conforme y los principios a los que se recurre, saliendo de la visión clásica positivista. Las sentencias relativas al reconocimiento del derecho al matrimonio y a la consolidación de la familia por parte de parejas del mismo sexo, significa superar la interpretación literal de la norma constitucional. Cabe mencionar que la sentencia relativa al caso 10-18-CN/2018, cuestiona la interpretación formalista y literalista como mecanismos para resolver los conflictos en materia de derechos humanos (párr. 30).

Otro de los elementos centrales en el desarrollo hermenéutico de las tres sentencias es el análisis y aplicación del principio pro persona y de favorabilidad en el reconocimiento de estándares más protectivos en materia de derechos humanos. La sentencia correspondiente al caso 11-18-CN/2018 cuestiona la interpretación literal y aislada en tanto la considera restrictiva. La Corte argumentó que este tipo de interpretación excluye a otras normas jurídicas y otras formas de interpretación, cuya falta de aplicación puede acarrear violaciones a los derechos humanos reconocidos por la Constitución (párr. 67).

En el caso de la sentencia relativa a la despenalización del aborto en casos de violación, la Corte Constitucional recurre a los principios de igualdad y no discriminación, reconociendo su carácter de norma de ius cogens, por tanto, de imperativa en el marco internacional.

A la luz de lo mencionado, la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional está encaminada a señalar una relación complementaria entre el ordenamiento jurídico

¹²⁷ La Corte resuelve siete demandas presentadas por diversas personas y organizaciones de la sociedad civil: Caso No. 34-19-IN, caso 105-20-IN, caso 109-20-IN, caso 23-21-IN, caso 25-21-IN, caso 25-21-IN, caso 27-21-IN.

interno y el ordenamiento jurídico internacional. Esta relación está centrada en la materialización de los valores y principios fundamentales relacionados con la dignidad humana.

Conclusiones

El Derecho Internacional Público se encuentra en una permanente evolución. Fruto de ella en el punto actual del derecho internacional se han superado a las visiones monistas y dualistas para explicar las relaciones entre los sistemas jurídicos interno e internacional. El siglo XXI ha colocado en el tapete una teoría más flexible, que reconoce que el ordenamiento jurídico internacional es diferente al ordenamiento jurídico interno y son autónomos. Sin embargo, presentan una relación intrínseca, la misma que está dada por una interdependencia cuya relación no es jerárquica, sino complementaria, que se rige por principios que regulan esta interacción. Así mismo, desde esta visión juegan un rol fundamental los órganos jurisdiccionales tanto internacionales como internos, debido a que realizan a interpretación en procura de los valores que persigue la humanidad. En palabras de Walker (2009), se está consolidando una constitucionalización del orden internacional.

En el caso de Ecuador, la Constitución de 2008 planteó ya una relación más dinámica con el derecho internacional, de cara a reconocer la supremacía de la dignidad humana, en el ordenamiento jurídico interno. Así como el reconocimiento de varias fuentes del derecho para alcanzar estos objetivos y la interacción con los instrumentos internacionales. Sin embargo, la sola declaración constitucional no es suficiente. A través de la revisión de estas tres sentencias, se puede apreciar que la Corte Constitucional ecuatoriana está dejando atrás la visión formalista y positivista del derecho. Esta alta corte ha centrado su labor en los pilares axiológicos, los valores de las personas y para esto ha propuesto una interacción con los instrumentos internacionales incluida la jurisprudencia.

Parecería ser que esta evolución positiva hacia el pluralismo constitucional ha tomado más de una década. Sin embargo, se hace camino al andar y sentencias como las analizadas en este ensayo dan cuenta de una transición hacia el reconocimiento de la relación sistémica entre el derecho internacional y el derecho interno, de cara a alcanzar la dignidad humana.

Se han dado grandes pasos desde el máximo órgano de interpretación constitucional, el desafío ahora está en que estas decisiones se plasmen en normas secundarias que las hagan efectivas y que recojan los estándares establecidos por la Corte Constitucional. Así mismo, hace falta un análisis crítico sobre la incorporación de los postulados del pluralismo constitucional en la formación de abogadas y abogados, así como de servidores y servidoras públicas principalmente judiciales. Hace falta romper las barreras con la herencia histórica de ius positivismo.

**CONSTRUYENDO DIGNIDAD: LA RELACIÓN ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL
Y EL DERECHO INTERNO: EL CASO DE ECUADOR Y LAS SENTENCIAS DE
MATRIMONIO IGUALITARIO Y DESPENALIZACIÓN DEL ABORTO**

REFERENCIAS

- Andrade, P. y Julián Huertas. 2017. *Teorías sobre la Relación entre el derecho interno y el derecho internacional en la jurisprudencia constitucional colombiana*. En Juana Acosta, Paola Acosta y Daniel Rivas (Ed.), *Anacronismos y Vaticinios Diagnóstico sobre las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno en Latinoamérica*. Colombia: Universidad de la Sana, SLADI LASIL, Universidad del Externado. Pág. 681-704.
- Anzilotti, Dionisio, 1928. *Corso de diritto internazionale (Appunti ad uso degli studenti)*. Vol.1, Parte generale (Course of International Law).
- BBC News. (18 de septiembre de 2019). Aborto en Ecuador: el Parlamento rechaza la reforma legislativa para permitir la interrupción del embarazo en caso de violación. *BBC News*. Recuperado de <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-49737022>.
- Campos, Bidart (1995). *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, Buenos Aires, Ediar. pp. 265-267.
- Bogdandy, Armin Von. 2011. *Repensar la relación entre el derecho constitucional y el derecho internacional*. En *Hacia un nuevo Derecho Público*, México: UNAM.
- Crawford, James. 2012. *Brownlie's Principles of Public International Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Denza, Eileen. 2003. *The Relationship between International and National Law*. En Malcolm Evans (ed.) *International Law*. New York: Oxford University Press.
- El Comercio (17 de septiembre de 2019). La Asamblea de Ecuador negó la despenalización del aborto para víctimas de violación en Código Penal. *El Comercio*. Recuperado de: <https://www.elcomercio.com/tendencias/sociedad/asamblea-ecuador-despenalizacion-aborto-violacion.html>.
- Espinosa, Carla. 2017. Ponderación y proporcionalidad en el caso KIMEL-Argentina de la corte IDH. En *Cálamo Número 7*, 19-30.
- Fassbender, Bardo. 2009. *The United Nations Charter as Constitution of the International Community*. Martins Nijhoff Publishers. Boston: Leiden. Págs. 541-544.
- Halberstam, Daniel. 2012. Systems pluralism and institutional pluralism in constitutional law: national, supranational and global governance. *Constitutional Pluralism in the European Union and beyond*. En Avbelj, Matj y Komárek, Jan (Eds). Hart Publishing.
- Herdegen, Matías, 2005. *Derecho Internacional Público*. México. Universidad Autónoma de México. Fundación Konrad Adenauer.
- Herrera, Fanny. (2013). *El aborto y la Constituyente del 2008. Lucha ideológica o discursiva en la prensa ecuatoriana (Tesis de posgrado)*. Universidad Andina Simón Bolívar, Ecuador.
- Huertas-Cárdenas, Julián. 2016. *Monismo moderado colombiano: examen a la teoría oficial de la Corte Constitucional desde la obra de Alfred Verdross*. En *132 Universitas*: 197-234. [http://dx. Doi.org/10.11144/Javeriana.vj132.mmce](http://dx.doi.org/10.11144/Javeriana.vj132.mmce).

ALEJANDRA CÁRDENAS REYES

- Kelsen, Hans. 1945. *General Theory of Law and State*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press.
- Komárek, Jan. 2010. Institutional dimension of constitutional pluralism. Eric Stein Working Paper, No. 3.
- Kumm, Matthias. 2009. The Cosmopolitan turn in Constitutionalism: On the relationship between constitutionalism in and beyond the State. En: Dunoff and Trachtman (Eds.). *Ruling the World? Constitutionalism, international law, and global governance*. New York: Cambridge, pp: 285-324.
- Lauterpacht, Hersch. 1950 *International Law and Human Rights*. London. Stevens and Sons.
- Maduro, Miguel. 2009. Courts and Pluralism. Essay on a theory of judicial adjudication in the context of legal and constitutional pluralism. En: Dunoff and Trachtman (Eds.). *Ruling the World? Constitutionalism, international law, and global governance*. New York: Cambridge.
- Rosero, M. (28 de abril de 2021). En Ecuador, mujeres aplauden despenalización del aborto por violación y recuerdan en camino recorrido y lo que falta. *El Comercio*. Recuperado de <https://www.elcomercio.com/tendencias/sociedad/ecuador-mujeres-despenalizacion-aborto-violacion.html>.
- Shaw, Malcolm. 2008. *International Law*. Cambridge University Press: New York.
- Šimonovic, D. 2020. Report of the Special Rapporteur on Violence Against women it causes and consequences.
- Triepel, Heinrich. 1923. Les rapports entre le droit interne et le droit international. En *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, Vol. 1: 77-121.
- Vargas, Vera Georgina. 2018. La aplicación del principio de Subsidiariedad en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: avances y retos, *Iuris Dictio* 21, 99-109. DOI: <http://dx.doi.org/10.18272/iu.v2li21.1140>.
- Verdross, Alfred. 1982, *Derecho Internacional Público*. Madrid: Aguilar.
- Walker, Neil. 2002. The idea of constitutional pluralism. *The modern law review*, vol.65 No. 3. Págs. 317-359.
- UNFPA. (2020). Consecuencias socioeconómicas del embarazo en adolescentes en Ecuador. Implementación de la metodología para estimar el impacto socioeconómico del embarazo y la maternidad adolescentes en países de América Latina y el Caribe - Milena 1.0. Fondo de Población de las Naciones Unidas - Oficina de país en Ecuador. Quito.
- Uprimny, Rodrigo (s/f). Bloque de constitucionalidad, derechos humanos y nuevo procedimiento penal, https://cdn.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_47.pdf Recuperado: 5-agosto 2021.

**CONSTRUYENDO DIGNIDAD: LA RELACIÓN ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL
Y EL DERECHO INTERNO: EL CASO DE ECUADOR Y LAS SENTENCIAS DE
MATRIMONIO IGUALITARIO Y DESPENALIZACIÓN DEL ABORTO**

NORMAS

Constitución de la República del Ecuador, 2008.

Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, 2009.

SENTENCIAS

Corte Constitucional de Ecuador. Caso No. 10-18-CN, de 12 de junio de 2019.

----- Caso No. 11-18-CN, de 12 de junio de 2019.

----- Sentencia 34-19-IN/21 y Acumulados, de 28 de abril de 2021.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2006). Caso Acevedo Jaramillo y otros Vs. Perú. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C No. 15.

----- (2006). Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas de 26 de septiembre de 2006, párrafo 124.

----- (2015). Caso Comunidad Campesina de Santa Bárbara Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C No. 299.

----- (2016). Caso Duque Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de febrero de 2016. Serie C No. 310.

LA CONSTITUCIONALIDAD COMO CONDICIÓN DE VALIDEZ DE LAS ACTUACIONES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

JUAN CARLOS BENALCÁZAR GUERRÓN

A Eduardo Córdova Guerrón

In memoriam

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Análisis del artículo 424 de la Constitución de la República*. III. *El respeto a los derechos constitucionales como condición de validez no está sujeto a condiciones de tiempo*. IV. *Conclusión*.

I. Introducción

El carácter de norma jurídica suprema que tiene la Constitución se expresa en una especialísima consecuencia en el Derecho administrativo: *la constitucionalidad es una condición de validez de todas las actuaciones de la Administración pública*.

Esta afirmación es conforme con el discurso jurídico que está presente en las aulas universitarias y en los planteamientos de juristas ecuatorianos, pues deriva necesariamente de aquella tenaz reivindicación del valor preceptivo de la Constitución, opuesto totalmente a la antigua concepción puramente programática de ésta.

Lamentablemente, el lado teórico contrasta nítidamente con la práctica forense, y lo que es peor, con las sentencias de muchos jueces. Sucede que aquel valor normativo de la Constitución es tan ignorado, que la situación resultante casi equivale a las antiguas concepciones que se exponían sobre la Constitución, en las épocas anteriores al denominado neo constitucionalismo.

En este artículo expondremos principalmente sobre lo que establece el artículo 424 de la Constitución de la República y aplicaremos este precepto a las actuaciones de la Administración pública. Igualmente, nos referiremos a las consecuencias prácticas que tiene dicha norma y la condición de validez que contiene, para luego exponer nuestra opinión sobre las consecuencias que deberían tener en la legislación y en la administración de justicia en materia administrativa, muy especialmente cuando están en juego los derechos constitucionales.

II. Incidencia del artículo 424 de la Constitución en las actuaciones de la administración pública

1. La constitucionalidad como condición de validez

Entendemos por validez a aquella suma de requisitos esenciales que permiten que un acto jurídico pueda producir los efectos previstos en el derecho. La validez significa *aptitud jurídica*, ausencia de vicio, conformidad con el ordenamiento jurídico.

Por el contrario, la nulidad o invalidez es la ineptitud jurídica de la que padece un acto jurídico, en cuanto lo imposibilita para provocar las consecuencias de derecho que se pretenden. Esta inhabilidad se da cuando el acto padece de un vicio especialmente grave. La nulidad o invalidez, en suma, implica la existencia de una patología jurídica que impide que el acto tenga el cobijo del derecho y, por tanto, merezca la tacha del ordenamiento.¹²⁸

La Administración pública manifiesta su actividad a través de varios tipos de actos jurídicos: reglamento, acto administrativo, acto de simple administración, contrato o convenio y hecho administrativo. Cada una de ellas deben ser conformes con la Constitución, como establece el artículo 424, caso contrario, carecen de eficacia jurídica:

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

La Constitución –advierte Elisur Arteaga Nava– es una norma jurídica, y como tal, manda, dispone y regula, tal como lo hacen la ley o el reglamento. No obstante, la Constitución posee atributos propios y exclusivos que la distinguen de las demás normas del ordenamiento y que va más allá de ellas, pues *constituye y funda*.

A este ir más allá que las restantes leyes, hace que a ese conjunto de normas agrupadas en un texto se le dé el calificativo de ley suprema. Se trata, ciertamente de una forma de ley, pero goza de notas que la distinguen y sitúan en una posición diferente y elevada.¹²⁹

La Constitución, en efecto, tiene por finalidad posibilitar la construcción jurídica de un orden político, como destaca Pérez Royo.¹³⁰ Es una Ley Suprema porque contiene los principios fundamentales sobre los cuales se asienta la convivencia en una sociedad

128 Véase, Benalcázar Guerrón, Juan Carlos, “Reflexiones sobre la validez y la invalidez de los actos administrativos”, en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, tomo LXVII, número 268, mayo-agosto de 2017, pp. 81-106.

129 ARTEAGA NAVA, ELISUR, *Derecho constitucional*, México, Oxford University Press Harla, 1998, p. 4.

130 PÉREZ ROYO, JAVIER, *Curso de derecho constitucional*, 8a. ed., Madrid, Marcial Pons, 2002, p. 100.

LA CONSTITUCIONALIDAD COMO CONDICIÓN DE VALIDEZ DE LAS ACTUACIONES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

política y los que orientan la organización del poder público y de la autoridad. Por ello, señala Néstor Pedro Sagüés, no deben confundirse los roles.

La Constitución debe ser eso, una ley fundamental, y no una ley ordinaria. Por ende, no tiene por qué ocuparse de asuntos accesorios, contingentes, secundarios. Tiene así que satisfacer el principio de fundamentalidad y tratar únicamente lo necesario para la regulación esencial del Estado.¹³¹

Los caracteres específicos de la Constitución implican un particular régimen jurídico. La Norma Suprema del ordenamiento tiene especiales pautas de interpretación acordes con la función que tiene en el ordenamiento jurídico –aun cuando se parte de los métodos que estudia la teoría general del derecho– y una jerarquía normativa particular, que establece, como consecuencia, un fundamento particular de validez que deben reunir las leyes, reglamentos y actos de autoridad. Cuando existe violación de los preceptos constitucionales existe una situación de negación directa e inmediata a los principios fundamentales sobre los que se asienta el orden político, de tal forma que la ley, reglamento o acto de autoridad que contenga el vicio de inconstitucionalidad, tiene que ser necesariamente eliminado del ordenamiento jurídico, sin posibilidad de convalidación.

La constitucionalidad, en suma, es un requisito de validez de los actos de la autoridad administrativa que se impone por el valor normativo supremo que tiene la Constitución. Este condicionante debe entenderse a partir de la comprensión de la Norma Suprema como un conjunto de postulados que *constituyen y fundan a la sociedad política que es el Estado*, y que por tal razón, se imponen como jerárquicamente superiores e ineludiblemente vinculantes. El acto jurídico que pugna con este conjunto prevaleciente de normas supremas también atenta contra el cimiento jurídico del Estado y del ordenamiento.

2. Consecuencias de la infracción a las normas constitucionales

En el caso de los actos administrativos, de los actos de simple administración y de los contratos, la infracción a las normas constitucionales significará *nulidad absoluta, radical y de pleno derecho del respectivo acto jurídico*. La supremacía constitucional se impondrá a través de la desaparición de los efectos jurídicos del acto, desde el momento en que se incurrió en el vicio de inconstitucionalidad.

Los actos administrativos se caracterizan porque se dirigen precisa y derechamente a la producción o al establecimiento de una consecuencia jurídica; porque se encaminan a la creación, modificación, o extinción de una determinada relación jurídica, a la declaración (o a la negación de la declaración) de un derecho o de otra circunstancia jurídicamente relevante, respecto de una persona, cosa o situación concreta y particular.¹³² La consecuencia jurídica debe surgir directa e inmediatamente del acto mismo, carácter propio

131 SAGÜÉS, Néstor Pedro, Elementos de derecho constitucional, 3a. ed., Buenos Aires, Astrea, 2001, t. I, p. 58.

132 Cfr. Bocanegra Sierra, Raúl, *Lecciones sobre el acto administrativo*, 2a. edición, Madrid, Thomson-Civitas, 2004, p. 33.

de los actos administrativos que los distingue netamente de otras manifestaciones de actividad, que si bien se refieren a un asunto particular y tienen trascendencia para el derecho, no tienen la virtualidad de producir inmediatamente los efectos descritos.¹³³

En virtud de la supremacía constitucional, la conformidad con las normas supremas es el primer requisito de validez de un acto administrativo. Por el contrario, cuando un acto administrativo incurre en un vicio de inconstitucionalidad, se produce la nulidad absoluta e insubsanable de aquel. Lamentablemente, una proposición tan simple y sencilla de entender no se ha contemplado debidamente en la legislación infra constitucional.

El artículo 99 del Código Orgánico Administrativo no incluye como requisito de validez a la conformidad con la Constitución, cuando ello debía ser previsto expresa y categóricamente. No obstante, dicho artículo sí se refiere a un particular requerimiento que tiene origen constitucional: la motivación.

En la letra l) del número 7 del artículo 76 de la Constitución de la República se habla de la motivación como un juicio lógico que enlaza los preceptos jurídicos con los hechos para justificar una decisión. La norma constitucional citada sanciona con nulidad absoluta al acto inmotivado porque incurre en arbitrariedad y disconformidad con el derecho. Pero la motivación no es el único vicio inconstitucionalidad que puede afectar a un acto administrativo, pues este puede violar derechos constitucionales, atentar contra las competencias constitucionales, etcétera.

Sin embargo, el número 1 del artículo 105 del Código Orgánico Administrativo sí contempla a la inconstitucionalidad como vicio de nulidad absoluta de un acto administrativo. En términos generales, al regular la temática de la validez y nulidad de las actuaciones administrativas, el Código incurre en el defecto de no ligar los requisitos de validez con las causas de nulidad. De *lege ferenda*, por elementales exigencias de orden lógico, es necesario que primero se regulen aquellas exigencias de licitud que deben cumplir las actuaciones de la administración pública, para luego establecer las causas de nulidad que constituyen la infracción a tales requerimientos, pero con la debida conexión entre los requisitos y las consecuencias de su infracción.

En lo que se refiere a los llamados “actos de simple administración”,¹³⁴ indudablemente están sujetos a la Constitución y condicionados en su validez por la conformidad con

133 Gordillo, Agustín, *Tratado de derecho administrativo: El acto administrativo*, 1ª edición colombiana. Bogotá, Biblioteca Jurídica Dike, 1999, p. II-4.

134 La denominación “actos de simple administración” y las conceptualizaciones que se tienen sobre esta figura en el foro ecuatoriano, son totalmente criticables. La denominación de “simples” parecería denotar una suerte de acto jurídico de menor importancia. Al menos, así lo entienden muchos en el foro jurídico ecuatoriano. Se cree también que son actos que tienen efectos jurídicos de “menor cuantía”, e incluso, en el foro se ha llegado a decir que no producen dichos efectos.

En propiedad, aquello que se denomina “acto de simple administración” es una actuación de la autoridad administrativa que prepara una decisión final, o bien, que formula una instrucción o disposición interna dentro de la Administración pública. Estos actos perfectamente producen efectos jurídicos en relación con un procedimiento administrativo o en los resultados de las actuaciones subsiguientes.

LA CONSTITUCIONALIDAD COMO CONDICIÓN DE VALIDEZ DE LAS ACTUACIONES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

las normas supremas. El inciso final del artículo 217 Código Orgánico Administrativo dice que los actos de simple administración “por su naturaleza” no son propiamente impugnables, salvo el derecho de impugnar el acto administrativo que omitió un acto de simple administración que era necesario para formar la declaración final de la autoridad administrativa.¹³⁵ Estas apreciaciones son, a nuestro juicio, equivocadas. Un acto preparatorio, de trámite o interno pueden ocasionar perjuicios directos a un administrado, justamente, por violación a la Constitución, de modo que pueden ser declarados inválidos mediante una cabal impugnación. Las consecuencias de la inconstitucionalidad pueden ser de distinta índole, como la nulidad de los actos posteriores sustentados en la actuación preparatoria inconstitucional, o bien, dejar sin efecto la instrucción interna o el valor que pueda tener la actuación que se invalida por infringir la normativa suprema.

En lo que se refiere a los contratos públicos o contratos administrativos, existió el dogma legal, totalmente cuestionable, de que no eran susceptibles de impugnarse mediante acciones constitucionales.¹³⁶ Lo cierto es que un contrato administrativo bien puede infringir la Constitución de la República y ser nulo, total o parcialmente. Por ejemplo, cuando versa sobre un objeto constitucionalmente prohibido, a saber, la delegación al sector privado de la administración del agua, que viola el artículo 318 de la Constitución de la República. Igualmente, puede ser inconstitucional un contrato que invada esferas de competencia que pertenecen a otra función del Estado, como sucede con la

Un acto preparatorio o interno de la Administración pública puede ocasionar consecuencias graves, como menoscabar un derecho o atentar directamente contra el ordenamiento jurídico. Por ejemplo, en un sumario administrativo se acepta la petición de una prueba que consiste en la declaración del psiquiatra que atiende al servidor público implicado. El profesional médico se ve obligado a violar su secreto profesional, lo cual no es para nada “simple”.

En otras ocasiones, un acto preparatorio puede ser vinculante para la decisión final o de gran trascendencia para ésta. Como un informe previo, que necesariamente debería ser conocido por todas las personas implicadas o interesadas para poder desvirtuarlo, en ejercicio del derecho de defensa.

En definitiva, el llamado “acto de simple administración” es una forma de actuación de la Administración pública que tiene la función de preparar la decisión final o instruir a los servidores públicos subalternos, sin que la circunstancia de que se produzcan al interno de la Administración pública o que sean preparatorios, elimine la posibilidad de que afecten o menoscaben un derecho o una norma y puedan ser declarados inválidos.

135 La limitación de la impugnación de los actos de simple administración no es una cuestión de “naturaleza”, sino de orden. No puede admitirse que cualquier acto preparatorio o de trámite, o bien, las instrucciones internas que se producen en las entidades administrativas estén siempre a merced de una impugnación, porque ello entorpecería la tramitación de los asuntos administrativos. Pero esta apreciación no empece a que un acto de simple administración pueda ocasionar, de modo directo, un menoscabo. Como ya dijimos, la orden de que un psiquiatra declare testigo en un procedimiento disciplinario. Esta disposición, de modo directo e inmediato, vulnera el derecho a la intimidad del paciente y no puede obstaculizarse su impugnación.

En el artículo 5 de la antigua Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa se permitía la impugnación de actos de simple administración cuando decidían directa o indirectamente el fondo del asunto, de modo que pongan fin al procedimiento o hagan imposible su continuación, lo cual demuestra que no se trata de un problema de la “naturaleza del acto”, sino de los efectos jurídicos que el acto de trámite, preparatorio o interno produce: si estos son capaces de causar una consecuencia directa en la esfera jurídica del administrado, pueden ser impugnados.

136 Así lo establecía el inciso final del artículo 102 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública: “Los procesos de contratación pública no son susceptibles de acciones constitucionales porque tienen mecanismos de defensa adecuados y eficaces para proteger los derechos derivados de tales procesos previstos en la Ley”. Esta disposición fue declarada inconstitucional por la sentencia N.º 006-17-SEP-CC de 11 de enero de 2017, dictada por la Corte Constitucional.

estipulación que contempla el pago al contratista mediante el establecimiento de una exacción al público, que supone un tributo encubierto.

Más problemático –y polémico– es el caso de las leyes, reglamentos, ordenanzas y, en general, de las normas jurídicas inconstitucionales. El primer efecto equivale a una derogatoria, porque la norma declarada contraria a la Constitución no podrá ser invocada por ninguna autoridad ni sustentar sus decisiones en la disposición viciada. Además, la declaratoria de inconstitucionalidad produce efectos hacia el futuro, como establece el número 4 del artículo 96 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, salvo que la Corte Constitucional establezca, excepcionalmente, un efecto retroactivo “cuando sea indispensable para preservar la fuerza normativa y superioridad jerárquica de las normas constitucionales, y la plena vigencia de los derechos constitucionales”.

No obstante, los números 4 y 5 del artículo 76 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional contemplan el principio del mantenimiento de las normas jurídicas y la posibilidad de que continúe rigiendo un precepto impugnado si existe una interpretación que sea conforme con las normas constitucionales, de modo que la declaración de inconstitucionalidad es el último recurso, como dice el número 6 *ibídem*.¹³⁷ En este caso, la norma cuestionada se mantiene en el ordenamiento jurídico, pero se incorpora a ella una *interpretación conforme* o *condicionada* a cierto sentido que la Corte Constitucional determina que es acorde con la Constitución.

En este último caso, surge la duda si la interpretación condicionada que se aplica a una norma jurídica tiene efectos hacia el futuro o puede aplicarse a actos o decisiones de la Administración pública dictadas con anterioridad a la sentencia de constitucionalidad.

La respuesta más simple sería acudir a la seguridad jurídica y decir que los actos de la autoridad administrativa que aplican una norma, con anterioridad a la declaración de constitucionalidad condicionada de ésta, se mantienen y que la interpretación conforme a la constitución rige para el futuro. Esta opinión no la consideramos correcta. Una cosa es la declaración de inconstitucionalidad, que equivale a una derogatoria, otra es la *interpretación de una norma para que sea conforme con la Constitución*, arbitrio este que mantiene la norma cuestionada en el ordenamiento jurídico, pero que exige que sea aplicada según la hermenéutica propuesta por la Corte Constitucional.

¹³⁷ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional: “Art. 76.- Principios y reglas generales.- El control abstracto de constitucionalidad se regirá por los principios generales del control constitucional previstos por la Constitución y las normas constitucionales, la jurisprudencia y la doctrina. En particular, se regirá por los siguientes principios: [...]”

5. Interpretación conforme.- Cuando exista una interpretación de la disposición jurídica que sea compatible con las normas constitucionales, no se declarará la inconstitucionalidad y en su lugar se fijará la interpretación obligatoria compatible con aquella. De igual modo, cuando una parte de una disposición jurídica la torne en su integridad inconstitucional, no se declarará la inconstitucionalidad de toda ella, sino que se invalidará la parte inconstitucional y dejará vigente la disposición así reformada”.

LA CONSTITUCIONALIDAD COMO CONDICIÓN DE VALIDEZ DE LAS ACTUACIONES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

La Corte Constitucional ha sido poco categórica –incluso oscura– en la resolución de esta problemática. En las sentencias N.º 22-13-IN/20 de 9 de junio de 2020 y N.º 1121-12-EP/19 de 8 de enero de 2020, se dijo lo que se copia:

“esta declaratoria de inconstitucionalidad no está sujeta a la fecha de inicio de un proceso (...) sino al momento en que la autoridad administrativa o judicial debe interpretar y aplicar la norma jurídica en cuestión”.

El número 23 del artículo 7 del Código Civil establece que las leyes que se limiten a declarar el sentido de otras leyes se entenderán incorporadas a éstas, pero no alterarán las sentencias ejecutoriadas dictadas en el tiempo intermedio.¹³⁸ Ello significa que la ley interpretativa o la sentencia de interpretación conforme de la Corte Constitucional no afectan a las sentencias ejecutoriadas que realizaron una determinada hermenéutica de la ley interpretada, con lo cual, en este preciso sentido, la ley interpretativa y la sentencia de interpretación conforme rigen hacia el futuro y no tienen efecto retroactivo.¹³⁹ Incorporamos a las sentencias de constitucionalidad condicionada porque la Corte Constitucional tiene la potestad de derogar o interpretar las leyes de manera que sea conforme a la Constitución, de modo que bien puede decirse que tiene un papel análogo al del legislador.

De no mediar una sentencia ejecutoriada, consideramos que en el Derecho administrativo existe la obligación de declarar la nulidad de los actos administrativos que aplicaron la ley interpretada en un sentido contrario a la ley interpretativa o a la sentencia de constitucionalidad condicionada que dicte la Corte Constitucional. Para la temática precisa de este trabajo, si un acto administrativo aplicó una ley en un sentido inconstitucional, contrario a la sentencia constitucional de interpretación conforme, existiría nulidad absoluta del acto, sin importar que éste sea anterior a la sentencia constitucional.

Como dice Juan Larrea Holguín, la ley interpretativa se entiende incorporada a la ley interpretada.

La interpretación legislativa no hace sino aclarar el sentido verdadero de la ley anterior, y por eso es Lógico que tenga efecto retroactivo. Desde luego ese efecto retroactivo en ningún caso puede afectar a las sentencias judiciales ya ejecutoriadas.¹⁴⁰

138 Código Civil: “Art. 7.- La ley no dispone sino para lo venidero: no tiene efecto retroactivo; y en conflicto de una ley posterior con otra anterior, se observarán las reglas siguientes: [...]”

23. Las leyes que se limiten a declarar el sentido de otras leyes se entenderán incorporadas en éstas; pero no alterarán en manera alguna los efectos de las sentencias judiciales ejecutoriadas en el tiempo intermedio”.

139 Valencia Zea, Arturo y Ortiz Monsalve, Álvaro, *Derecho civil, parte general y personas*, 15a. ed., Bogotá, Temis, 2000, t. I., p. 107.

140 Larrea Holguín, Juan, *Manual elemental de derecho civil del Ecuador*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2008, t. I, p. 57.

Refiriéndose al número 23 del artículo 7 del Código Civil, la Sala de lo Fiscal de la entonces Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 17 de mayo de 2006, publicada en la Gaceta Judicial año CVII, serie XVIII, N.º 2, p. 736), ratificó los criterios indicados:

La ley interpretativa ha de aplicarse a todas las situaciones ocurridas desde la vigencia de la ley interpretada, pues, lo que hace el legislador es develar cual es el sentido que debió haberse dado a una norma desde su expedición. Este postulado se encuentra recogido en la regla 25a. (hoy regla 23a.) del art. 7 del Código Civil, norma que al intento dice que las leyes interpretativas se entenderán incorporadas en las leyes interpretadas. Según el doctor Juan Larrea Holguín se ha de aplicar retroactivamente, mas, no en contra de sentencias ejecutoriadas, cual es el caso presente en que la ley interpretativa se promulgó el 11 de agosto del 2004 en tanto que la sentencia recurrida el 23 de abril del mismo año. (Derecho Civil del Ecuador, TOMO 1 pp. 219). En similar sentido se pronuncia el tratadista colombiano Arturo Valencia Zea (Derecho Civil, Tomo I pp. 115). Al tema se refiere también el conspicuo profesor de la Universidad de Chile don Luis Claro Solar quien sostiene iguales extremos y en forma paladina dice que la interpretación auténtica y es, por lo tanto obligatoria como toda ley. Pero no es una ley nueva sino la explicitación de la ley existente y por ella rige el pasado, mientras que las otras leyes sólo disponen para el porvenir. (Derecho Civil Chileno y comparado, TOMO PRIMERO, pp. 127).

III. El respeto a los derechos constitucionales como condición de validez que no está sujeto a condiciones de tiempo

Los derechos constitucionales, fundamentales o, en mejor expresión, *derechos naturales*, son expresión jurídica de bienes, valores o necesidades que se identifican con la persona. Dichos derechos no nacen de un juicio de razón, sino de la *naturaleza humana*, por ser expresión de las propiedades o necesidades inherentes al ser humano. Por ello, la existencia de una violación a un derecho natural no depende de la sentencia que la declara, sino que se produce por el *hecho que menoscaba tal derecho* (homicidio, desaparición forzada, tortura, discriminación, injuria, etcétera). Como dice Javier Hervada:

[...] la norma “no matarás a otro” se origina del derecho a la vida, el precepto “no hurtarás” es consecuencial al derecho de propiedad, etc., pues no se tiene el derecho a la vida o el derecho de propiedad o los demás derechos, porque existan los preceptos, sino que los preceptos existen porque existen los derechos. Y es que los derechos naturales no nacen de un juicio de razón –como lo es la ley natural–, sino de la naturaleza humana.¹⁴¹

141 Hervada, Javier, *Introducción crítica al derecho natural*, 4a. ed., Pamplona, EUNSA, 1986, p. 171.

LA CONSTITUCIONALIDAD COMO CONDICIÓN DE VALIDEZ DE LAS ACTUACIONES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

En atención a estos postulados, resulta totalmente criticables el inciso primero del artículo 85 y el número 4 del artículo 96 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional:

Art. 95.- Efectos de la sentencia en el tiempo.- Las sentencias que se dicten en ejercicio del control abstracto de constitucionalidad surten efectos de cosa juzgada y producen efectos generales hacia el futuro. De manera excepcional se podrán 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.

Art. 96.- Efectos del control de constitucionalidad.- Las sentencias que se dicten sobre las acciones públicas de inconstitucionalidad surten efectos de cosa juzgada, en virtud de lo cual: [...]

4. Las sentencias producen efectos generales hacia el futuro. De manera excepcional se podrán diferir o retrotraer los efectos de las sentencias, cuando sea indispensable para preservar la fuerza normativa y superioridad jerárquica de las normas constitucionales, y la plena vigencia de los derechos constitucionales.

Estas normas permiten la discrecionalidad de la Corte Constitucional para declarar el efecto retroactivo de las sentencias de inconstitucionalidad, aun cuando estén involucrados derechos constitucionales. Como ya dijimos, los derechos naturales no nacen de un juicio de razón, sino de la naturaleza humana. A ello agregamos que un pensamiento humanista sobre el Estado, considera que la sociedad política tiene su causa material y eficiente en la persona, de tal modo que el respeto a los derechos naturales es una exigencia que no puede estar sujeta a discrecionalidades ni a juicios condicionantes de ninguna índole.

El efecto retroactivo de las sentencias que declaren la inconstitucionalidad de una norma con sustento en el menoscabo real o potencial a los derechos naturales, se impone sin ninguna condición. De lo contrario, se estará en la lamentable situación de que la sentencia de inconstitucionalidad dejará impunes los actos de la autoridad que menoscaban los derechos naturales. Una sentencia que permita este quebranto, poco o ningún favor hace a la persona y al orden constitucional.

Por ello, se impone una reforma radical a los citados artículos de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, tanto para hacer honor a la causa material y eficiente del Estado, como para reparar la violación de los derechos, que nunca puede quedar impune. En definitiva, una sentencia de inconstitucionalidad que se sustente en la real o potencial violación de derechos constitucionales *siempre debe tener efecto retroactivo*.

IV. Conclusión

La principal conclusión que podemos formular de lo expuesto en este trabajo es que la supremacía constitucional, el carácter normativo de la Constitución y la declaración de que el mayor deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos humanos, tiene una decisiva incidencia en la validez de toda la actuación de la Administración pública.

La Constitución ya no es un simple catálogo de ideales, un instrumento puramente programático. Obliga de modo directo e inmediato a la Administración pública y condiciona la validez de todo su actuar.

Lamentablemente, como hemos constatado, las solemnes declaraciones de la Constitución no se han traducido cabalmente en exigencias categóricas en el nivel de la normativa infra constitucional. El Código Orgánico Administrativo, a pesar de destinar 30 artículos a la enunciación de principios –dicho sea de paso, sin comprender lo propio de un principio o haciendo reiteraciones o desdoblamientos innecesarios– no diseña el régimen jurídico de las actuaciones administrativas según la constitucionalidad, a la cual solo tibiamente la contempla como causa de nulidad.

Se impone una reforma urgente del Código para que la constitucionalidad, y particularmente, los derechos naturales, sean un severo condicionante de la validez de los actos de la autoridad administrativa. Solo con ello se hará práctica la declaración del que el Ecuador es un estado constitucional de derechos y justicia.

PARÁMETROS INTERNACIONALES Y NACIONALES RELATIVOS AL USO DE LA FUERZA POR PARTE DE AGENTES ENCARGADOS DE HACER CUMPLIR LA LEY

MARÍA HELENA CARBONELL Y.¹⁴²

La seguridad pública debe ser entendida como un derecho de las personas frente al cual el Estado es el principal garante. Para cumplir con esta obligación, el Estado actúa a través de sus diferentes órganos. Una de las principales herramientas son los agentes encargados de hacer cumplir la ley y su facultad de usar la fuerza para alcanzar sus objetivos. Sin embargo, a pesar de la importancia de la seguridad ciudadana, la actuación del Estado no es absoluta sino que existen límites claros para que se actúe dentro del marco de protección de los derechos. Pero, ¿cuáles son estos límites? Mediante una revisión documental de la normativa nacional, doctrina y jurisprudencia internacional, este artículo presenta un breve análisis de los parámetros internacionales y nacionales relativos al uso de la fuerza por parte de agentes encargados de hacer cumplir la ley. Estos criterios son relevantes toda vez la actuación de estos agentes puede afectar el ejercicio de ciertos derechos, especialmente teniendo en cuenta que son aquellas personas autorizadas por el Estado para ejercer la potestad pública de usar la fuerza para el garantizar el cumplimiento de la normativa interna.

1. Definiciones/conceptos

En el marco de este estudio, entenderemos “fuerza” como la canalización concreta del poder físico que ejerce una persona en contra de otra o en contra de un objeto con el objetivo de que haga o deje de hacer algo.¹⁴³ Haremos referencia a la concreción de ese poder físico por parte del Estado quien deberá actuar a través de sus agentes. Según el Manual de derechos humanos aplicados a la función policial del Ecuador, fuerza policial es “el medio a través del cual la Policía logra el control de una situación que atenta contra la seguridad, el orden público, la integridad o la vida de las personas dentro del marco de la ley.”¹⁴⁴ Lo que releva importancia para este estudio es que

142 Docente del Instituto de Altos Estudios Nacionales (IAEN). Abogada. Máster en Derecho Internacional Humanitario y Derechos Humanos. PhD en Derecho.

143 En este caso concreto, haremos referencia al uso de la fuerza por parte del Estado dentro de su jurisdicción y no en el sentido de fuerza internacional, prohibida a nivel internacional por el artículo 2(4) de la Carta de las Naciones Unidas. Para la realización de los Propósitos consignados en el Artículo 1, la Organización y sus Miembros procederán de acuerdo con los siguientes Principios: 4. Los Miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los Propósitos de las Naciones Unidas.

144 Ministerio del Interior, *Manual de derechos humanos aplicados a la función policial* (Quito: AH Editorial, 2009), 269.

ese uso de la fuerza puede atentar en contra derechos como la vida, la libertad y la seguridad, como veremos en párrafos siguientes.

A nivel internacional no existe una definición de lo que se debe entender por agentes encargados de cumplir la ley (en adelante “los AEHCL”) en cuerpos normativos, sólo existe en lo que se conoce como “soft law”¹⁴⁵. Es así como, al no contar con una definición en fuente primaria de lo que se debe entender por AEHCL, recurriremos a este segundo tipo de instrumentos. De su análisis se puede concluir que se hace referencia a las actividades que éstos desarrollan. En este sentido, el Código de Conducta para Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley (1979) y los Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley (1990) establecen que:

a) La expresión “funcionarios encargados de hacer cumplir la ley” incluye a todos los agentes de la ley, ya sean nombrados o elegidos, que ejercen funciones de policía, especialmente las facultades de arresto o detención.¹⁴⁶

Como observamos, es una definición en función de las competencias que desempeñan, las mismas dependen de la normativa interna pero que, de manera general, consisten en velar por el cumplimiento de la ley y el garantizar la seguridad de las personas. La prevención de los delitos es una de las funciones primordiales del Estado y es una condición esencial para la protección de los derechos humanos de las personas sujetas a su jurisdicción. Sin embargo, no puede realizarse esto sin límite alguno: los límites serán la ley y la moral.¹⁴⁷ Martínez señala que “(l)os objetivos legítimos de la policía están directa e intrínsecamente vinculados con la protección de los ciudadanos y de los escenarios en los cuales se desenvuelve la vida en comunidad.”¹⁴⁸

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la CIDH”) ha señalado que “(l)os medios que el Estado puede utilizar para proteger su seguridad o la de sus ciudadanos no son ilimitados.”¹⁴⁹ Para alcanzar este objetivo, el Estado les autoriza a hacer uso de la fuerza en reflejo de la relación vertical entre el Estado y las personas sometidas a su jurisdicción.¹⁵⁰ De esto se desprende que los AEHCL son aquellas

145 Esto no es una fuente de derecho *per se* sino que representa interpretaciones posteriores o prácticas subsiguientes en relación con una fuente primaria del Derecho y proviene de diferentes procesos de interpretación llevados a cabo por parte de organismos especializados en la materia a la que hace referencia. Este tipo de instrumentos son de gran utilidad al precisar conceptos que constan en la fuente primaria de manera abstracta o general.

146 AG ONU, «Código de Conducta para Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley» (1979).

147 CICR, *International Rules and Standards for Policing* (Ginebra: CICR, 2014), 6-7, <https://www.icrc.org/eng/assets/files/other/icrc-002-0809.pdf>; Corte IDH, Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo (29 de julio de 1988).

148 Fernando Martínez, «Uso de la fuerza. Proyecto: Generación de Red de investigadores y profesionales vinculados con materias policiales y de derechos humanos en México.», Documento de trabajo (Chile: Universidad de Chile, s. f.), 7, https://www.cesc.uchile.cl/serie_documentos_06.htm.

149 CIDH, «Informe sobre terrorismo y derechos humanos. OEA/Ser.L/V/II.116 Doc. 5 rev. 1 corr.», 22 de octubre de 2002, párr. 89.

150 Nils Meltzer, *Targeted killing in International Law* (Nueva York: OUP, 2008), 87-88.

PARÁMETROS INTERNACIONALES Y NACIONALES RELATIVOS AL USO DE LA FUERZA POR PARTE DE AGENTES ENCARGADOS DE HACER CUMPLIR LA LEY

personas autorizadas por el Estados para ejercer la potestad pública de usar la fuerza para el garantizar el cumplimiento de la normativa interna. La CIDH

no niega el derecho y la responsabilidad de la Policía Nacional de accionar, aún utilizando la fuerza, para impedir los crímenes o para protegerse a sí mismos o a otras personas en caso de ser atacados. (...) La Policía tampoco puede usar automáticamente sus armas de fuego para impedir la comisión de un delito o en un caso de autodefensa. El uso de estas armas sólo es permitido si cumple con los principios de necesidad y proporcionalidad. Los asesinatos cometidos por la Policía Nacional (...) por el uso excesivo de fuerza, constituyen una privación arbitraria de la vida y, por lo tanto, una violación al artículo 4 de la Convención Americana.¹⁵¹

El uso de fuerza es una medida excepcional que debe ser utilizada en circunstancias extremas que ameriten tal uso. La Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Corte IDH”) establece un criterio adicional cuando analiza el uso de la fuerza letal en el caso Zambrano Vélez y otros en contra de Ecuador. Así la Corte establece que “(e)n un mayor grado de excepcionalidad se ubica el uso de la fuerza letal y las armas de fuego por parte de agentes de seguridad estatales contra las personas, el cual debe estar prohibido como regla general.”¹⁵²

2. Parámetros

La prohibición de la privación arbitraria de la vida implica que el Estado debe ejercer el control efectivo sobre sus agentes estatales para que no incumplan con el deber de respeto del derecho a este derecho.¹⁵³ En su Observación General 6, el Comité de Derechos Humanos señaló

que los Estados Parte no sólo deben tomar medidas para evitar y castigar los actos criminales que entrañen la privación de la vida, sino también evitar que sus propias fuerzas de seguridad maten de forma arbitraria. La privación de la vida por las autoridades del Estado es una cuestión de suma gravedad. Por consiguiente, la ley debe controlar y limitar estrictamente las circunstancias en que dichas autoridades pueden privar de la vida a una persona.¹⁵⁴

Los criterios que se han desarrollado a nivel internacional son el de legalidad, necesidad, proporcionalidad, preparación y responsabilidad.

151 CIDH, «Tercer informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia, OEA/Ser.L/V/II.102» (CIDH, 1999), párr. 213.

152 Corte IDH, Caso Zambrano Vélez y otros. Fondo, reparaciones y costas (4 de julio de 2007).

153 Corte IDH, Caso Zambrano Vélez y otros. Fondo, reparaciones y costas.

154 Comité de Derechos Humanos, Observación general No. 6, relativa al derecho a la vida (artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) (1982).

2.1. Legalidad

Como se mencionó anteriormente, el uso de la fuerza puede tener una influencia directa o indirecta en la vida, la integridad, la libertad y la seguridad de las personas y, como tal, la facultad de usarla debe estar regulada por ley. Es así como uno de los parámetros de regulación del uso de la fuerza por parte de AEHCL es el de legalidad.

La primera cuestión que tenemos que dilucidar en este momento es el significado de ley. La Corte IDH ha señalado que existe un sentido material y uno formal del concepto 'ley'¹⁵⁵. Se recogen algunos de los elementos que Montaña detalla, a saber: "a) estatalidad, b) generalidad y permanencia, c) unidad formal, d) unilateralidad, e) imperatividad y, por último, f) carácter proposicional." En el caso que nos atañe, teniendo en cuenta que el uso de la fuerza puede afectar derechos humanos, como se mencionó, se requerirá que la autorización, los escenarios y las modalidades de su uso deban estar reguladas mediante el acto orgánico de la Función Legislativa.

Es necesario señalar que "el uso legal de la fuerza no se satisface únicamente con la circunstancia de que la actuación policial tenga base en un marco jurídico, sino que requiere que la aplicación de la normativa específica se realice conforme a los requerimientos de un estado de derecho, particularmente en lo referido a la igualdad de aplicación de la ley."¹⁵⁶ Así, siguiendo esta argumentación, el requisito de legalidad tiene tres momentos: el primero hace referencia a la previsión, mediante ley, de que quien utiliza la fuerza tenga la facultad legal de hacer; por otro lado, que la ley determine las circunstancias en las cuales podrá hacer uso de esa fuerza y que éstas estén conforme a los estándares internacionales; y, finalmente, la ley debe determinar la responsabilidad que se genera en caso de incumplimiento de dichos estándares.¹⁵⁷

Siguiendo esta línea argumentativa, es preciso que estas disposiciones legales vayan acompañadas de un proceso de capacitación continua de los y las AEHCL. El adecuado cumplimiento de la norma no podría verificarse si es que los destinatarios de la misma no tuviesen un conocimiento profundo ésta.¹⁵⁸ En el Ecuador, el uso de la fuerza por parte de los agentes policiales está recogido en la Constitución y en el Reglamento de uso legal, adecuado y proporcional de la fuerza para la Policía Nacional del Ecuador (2014).

155 Corte IDH, La Expresión «Leyes» en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-6/86 (9 de mayo de 1986); Juan Montaña, *Teoría utópica de las fuentes del derecho ecuatoriano. Perspectiva comparada* (Quito: CEDEC, 2012), 93-95.

156 Martínez, «Uso de la fuerza. Proyecto: Generación de Red de investigadores y profesionales vinculados con materias policiales y de derechos humanos en México.», 8.

157 CICR, *International Rules and Standards for Policing*, 34; Comité de Derechos Humanos, Observación general No. 6, relativa al derecho a la vida (artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) párrafo 3; Corte IDH, Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas (5 de julio de 2006).

158 Corte IDH, Caso Zambrano Vélez y otros. Fondo, reparaciones y costas párrafo 87.

**PARÁMETROS INTERNACIONALES Y NACIONALES RELATIVOS
AL USO DE LA FUERZA POR PARTE DE AGENTES ENCARGADOS
DE HACER CUMPLIR LA LEY**

2.2. Necesidad

Necesidad hace referencia, como lo menciona Tamura, a una relación entre el objetivo y los medios.¹⁵⁹ El parámetro de necesidad está relacionado con la excepcionalidad que debe regir el uso de la fuerza por parte de AEHCL: éstos sólo deberán hacer uso de su potestad para utilizar la fuerza cuando las circunstancias del caso lo requieren.

El parámetro de necesidad se divide en tres categorías: necesidad cualitativa, cuantitativa y temporal.¹⁶⁰ La primera hace referencia al que el uso de la fuerza es estrictamente necesario para proteger a una persona o grupo de personas.¹⁶¹ El segundo criterio corresponde al escenario en el que la privación de la vida es causa del exceso de lo mínimo necesario para alcanzar un fin legítimo. Los objetivos legítimos para el uso de la fuerza son la legítima defensa del AEHCL o de terceros en contra de una amenaza real e inminente; prevenir la comisión de un delito que ponga en grave riesgo la vida; o, para prevenir el escape de una persona que se constituya en un grave riesgo.¹⁶²

El artículo 3 del Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, establece que el uso de la fuerza deberán hacerlo “sólo cuando sea estrictamente necesario y en la medida que lo requiera el desempeño de sus tareas.” El tercer criterio se verifica cuando se utiliza la fuerza en contra de una persona que no es o que ya no es una amenaza. Este requisito está contenido en los artículos 16 al 20 del Reglamento de uso legal, adecuado y proporcional de la fuerza para la Policía Nacional del Ecuador (2014). Así, el art. 16 se señala que

durante el procedimiento de detención de una persona tenga que inevitablemente hacer uso de la fuerza, deberá proceder de la siguiente manera: 1. Procurará ocasionar el menor daño a la persona susceptible de detención y velar por el respeto a la vida e integridad física y psicológica del detenido; 2. No expondrá a la persona detenida a tratos crueles o denigrantes, agresiones físicas de terceros, linchamientos, o actos constitutivos de tortura o de abuso de autoridad; y, 3. Utilizará de forma legal, necesaria y proporcional, los distintos niveles del uso de la fuerza conforme a lo establecido al artículo 11 del presente Reglamento.

Como se ve, en la normativa nacional queda claramente establecido el principio de necesidad del uso de la fuerza. Esto significa que solo se deberá usar la misma si es que no existe una medida menos lesiva.

159 Eriko Tamura, «The Isayeva Cases of the European Court of Human Rights: The Application of International Humanitarian Law and Human Rights Law in Non-International Armed Conflicts», *Chinese Journal of International Law* 10, No. 1 (3 de enero de 2011): 129-40, <https://doi.org/10.1093/chinesejil/jmr002>.

160 Meltzer, *Targeted killing in International Law*, 101.

161 CIDH, «Informe sobre terrorismo y derechos humanos. OEA/Ser.LV/II.116 Doc. 5 rev. 1 corr.», párr. 87-88.

162 CICR, *International Rules and Standards for Policing*, 34; AG ONU, «Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley» (1990); Cess de Rover, *To serve and to protect. Human Rights and Humanitarian law for Police and Security Force* (Ginebra: ICRC, 2009), 278.

2.3 Proporcionalidad

El parámetro de proporcionalidad ha sido desarrollado por la jurisprudencia internacional al analizar las medidas adoptadas para restringir o limitar derechos ya que no existe un límite claro a las limitaciones a los derechos humanos que puedan ser dibujadas por los Estados. Es en este contexto que se planteó la necesidad de determinar varios parámetros, entre los cuales está la proporcionalidad. En su Observación General 31, el Comité de Derechos Humanos de la ONU estableció que “(c)uando se introducen restricciones, los Estados deben demostrar su necesidad y adoptar únicamente las medidas que resulten proporcionales a la consecución de los legítimos objetivos para lograr una protección constante y eficaz de los derechos del Pacto.”¹⁶³

Según el Manual de derechos humanos aplicados a la función policial del Ecuador, la proporcionalidad está destinada “a limitar el nivel de fuerza empleado por la Policía en sus intervenciones.”¹⁶⁴ Seguidamente plantea que se requiere plantear un equilibrio entre a) la gravedad de la amenaza o agresión y el objetivo legal buscado y, b) el nivel de fuerza que se emplea para controlar la situación. De la misma manera se refieren el principio 5 de Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley. En el primer momento, se debe tener en cuenta “la intensidad y peligrosidad de la agresión, la forma de proceder del agresor, la hostilidad del entorno y los medios de los que disponga el/la Policía para defenderse (entrenamiento y equipamiento).”¹⁶⁵ El requisito de proporcionalidad en el uso de la fuerza tiene relación con la intensidad de la acción que se lleva a cabo, los medios utilizados, para alcanzar un determinado objetivo legítimo.

2.4. Preparación

El siguiente parámetro que analizaremos es la preparación de los AEHCL que se la dividirá en dos criterios. La preparación puede desagregarse en dos momentos: preparación general sobre el uso de la fuerza (normativa y procedimientos de manejo de armas y se situaciones de crisis) y preparación del operativo en las operaciones en las cuales cree que será necesaria la utilización de esta facultad.

Los estándares internacionales sobre el uso de la fuerza requieren que el Estado cuente con agentes preparados/as para hacer un adecuado uso de la fuerza cuando éste sea necesario. El primer momento ya se lo comentó en párrafos anteriores pero cabe insistir en que la capacitación constante de los y las AEHCL es esencial para disminuir el riesgo de que haya un uso indebido (ilegal, innecesario y desproporcionado) de la fuerza. Esto se lo puede solventar a través de cursos de formación y de profesionalización de los y las AEHCL. El Comité Internacional de la Cruz Roja ha mencionado

¹⁶³ Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 31, La índole de la obligación jurídica general impuesta, No. U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 225 (2004).

¹⁶⁴ Ministerio del Interior, *Manual de derechos humanos aplicados a la función policial*, 271.

¹⁶⁵ Ministerio del Interior, 271.

**PARÁMETROS INTERNACIONALES Y NACIONALES RELATIVOS
AL USO DE LA FUERZA POR PARTE DE AGENTES ENCARGADOS
DE HACER CUMPLIR LA LEY**

algunos elementos que pueden implementarse para dar cumplimiento a este parámetro, a saber: procesos de selección adecuados en los cuales se verifiquen que los y las AEHCL tengan cualidades morales, psicológicas y físicas; entrenamiento continuo; proceso de evaluación constante; la autorización de portar armas de fuego solamente después de un proceso especial de entrenamiento.¹⁶⁶

Por otro lado, se precisa que los y las AEHCL deben estar suficientemente preparadas para llevar a cabo el operativo en el que podrá hacerse uso de la fuerza. Entre las reglas de uso de la fuerza que deben ser impartidas en los cursos continuos de formación de los y las AEHCL. Esto va en concordancia con el artículo 163 de la Constitución. Éste señala que “la Policía Nacional es una institución estatal [...] profesional y altamente especializada. [...] Los miembros de la Policía Nacional tendrán una formación basada en derechos humanos, investigación especializada, prevención, control y prevención.” También consta en el Reglamento de uso legal, adecuado y proporcional de la fuerza para la Policía Nacional del Ecuador (2014), en su artículo 3. Por otro lado, la preparación en su aspecto micro, hace referencia a la planificación del operativo en el cual se hizo uso de la fuerza, letal o no letal.

2.5. Responsabilidad por uso inadecuado de la fuerza y su relación con los delitos de función

Otro de los parámetros que deben tenerse en cuenta en lo que respecta al uso de la fuerza es el de la responsabilidad de los AEHCL por un inadecuado uso de la misma.¹⁶⁷ En el caso de una consecuencia letal, es el derecho a la vida el que se ve afectado y es por esto por lo que deberá iniciarse un proceso de investigación, sanción y reparación. Los principios 22 y 23 de los Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley, establecen esta obligación. En el caso Zambrano Vélez y otros en contra de Ecuador, citando su jurisprudencia anterior, la Corte IDH estableció que en el caso de que los agentes estatales hagan uso de la fuerza con consecuencias letales, “el Estado está obligado a iniciar ex officio y sin dilación, una investigación seria, independiente, imparcial y efectiva.”¹⁶⁸

Estos procedimientos deben cumplir con los requerimientos de imparcialidad, independencia, eficacia y respeto del debido proceso. La independencia hace referencia a la relación que el órgano que investiga tiene con aquellos AEHCL investigados¹⁶⁹, mientras que la imparcialidad tiene que ver con el carácter subjetivo de quien va a llevar a cabo el proceso de investigación y/o juzgamiento. El requisito de eficacia hace referencia a que el mecanismo puesto en marcha pueda alcanzar el objetivo para el cual fue accionado:

166 Cess de Rover, *To serve and to protect. Human Rights and Humanitarian law for Police and Security Force*, 276, 277, 368.

167 Cess de Rover, 370-71.

168 Corte IDH, Caso Zambrano Vélez y otros. Fondo, reparaciones y costas párrafo 88; Corte EDH, Caso Anguelova vs. Bulgaria. Fondo (13 de junio de 2002); CICR, *International Rules and Standards for Policing*, 18.

169 Corte EDH, caso Güleç Vs. Turquía (27 de julio de 1998); Cess de Rover, *To serve and to protect. Human Rights and Humanitarian law for Police and Security Force*, 372.

esclarecer los hechos y sancionar a las personas responsables.¹⁷⁰ Es preciso señalarse que este elemento no requiere siempre que se determine que hubo un inadecuado uso de la fuerza por parte de los AEHCL sino que deberá proporcionar un esclareciendo a los hechos, aún si esto significa evidenciar que hubo un adecuado uso de la fuerza.¹⁷¹

El Manual de derechos humanos aplicados a la función policial del Ecuador, recoge este parámetro precisando que si bien la responsabilidad por el uso inadecuado de la fuerza es primeramente individual, los y las superiores inmediatos tendrán un grado de responsabilidad igualmente.¹⁷²

La investigación de las conductas atentatorias contra los derechos de las personas es esencial para consolidar la democracia y un Estado de Derecho en el que el aparato estatal gire en torno al pleno ejercicio de los derechos. Es por esto por lo que dicha investigación y sanción de las personas responsables debe ser llevada a cabo con debida diligencia. La debida diligencia en la investigación de los hechos implica realizarla de forma seria e idónea que permita identificar a las personas responsables de los hechos ocurridos. El proceso deberá estar “orientad(o) a la determinación de la verdad y la investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y castigo de todos los responsables intelectuales y materiales de los hechos, especialmente cuando están o puedan estar involucrados agentes estatales.”¹⁷³

A pesar de la importancia que reviste esta obligación, las irregularidades en el proceso de investigación podrían acarrear la existencia de una sentencia sin autoridad de cosa juzgada y estaríamos, así, frente a una cosa juzgada aparente o fraudulenta. Esto lo confirmó la Corte Nacional de Justicia en el caso González y otros.¹⁷⁴ A fin de evaluar la debida diligencia en la conducción de la investigación de los hechos, existen varios parámetros desarrollados por la jurisprudencia y la doctrina. Es preciso resaltar que dichos parámetros deben ser evaluados caso por caso. En los párrafos siguientes se detallarán dichos parámetros.

El primero de ellos es el de oficiosidad que requiere que toda privación de la vida o toda desaparición debe ser investigada sin que se requiera una denuncia particular.¹⁷⁵ Dicha investigación debe ser llevada cabo de manera oportuna (principio de oportunidad) y dentro de un plazo razonable¹⁷⁶ (tercer principio), en relación con la efectividad de la

170 Corte EDH, Caso Anguelova vs. Bulgaria. Fondo párrafo 139.

171 Corte IDH, Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas párrafo 80; Corte EDH, Caso Anguelova vs. Bulgaria. Fondo párrafo 140; CICR, *International Rules and Standards for Policing*, 36.

172 Ministerio del Interior, *Manual de derechos humanos aplicados a la función policial*, 275.

173 Eduardo Ferrer Mac-Gregor, «las siete principales líneas jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos aplicables a la justicia penal», *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, 2014, 57.

174 Corte Nacional de Justicia - Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, Caso González y otros. Sentencia en la causa No. 1631-2013 (16 de diciembre de 2014).

175 Corte IDH, Caso de la masacre de Pueblo Bello. Fondo, reparaciones y costas, No. Serie C No. 140 (31 de enero de 2006).

176 Corte IDH, Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador. Fondo (12 de noviembre de 1997).

**PARÁMETROS INTERNACIONALES Y NACIONALES RELATIVOS
AL USO DE LA FUERZA POR PARTE DE AGENTES ENCARGADOS
DE HACER CUMPLIR LA LEY**

administración de justicia. Este aspecto es esencial para precautelar la integridad de la memoria de testigos y víctimas.¹⁷⁷ El cuarto principio es el de profesionalidad de los órganos que intervienen en la investigación y sustanciación del proceso. El quinto hace referencia a la participación de los familiares como ejercicio fundamental del derecho a la verdad y el de acceso a la justicia. El sexto requisito es el de exhaustividad que implica que la investigación debe ser realizada por todos los medios legales disponibles y orientada a la determinación de la verdad y a la persecución, captura, enjuiciamiento y eventual castigo de todos los responsables intelectuales y materiales de los hechos, especialmente cuando están o puedan estar involucrados agentes estatales. El séptimo requisito es el de independencia e imparcialidad el órgano encargado de la investigación de los hechos y la sustanciación del proceso.

La falta de debida diligencia en la investigación ocasionará una violación en el debido proceso que acarreará una cosa juzgada fraudulenta o aparente, imposibilitando la posibilidad de alegar la protección del non bis in ídem. La obligación de investigar situaciones posiblemente constitutivas de violaciones a los derechos humanos es considerada costumbre internacional, además de estar reconocida en los principales instrumentos de derechos humanos.¹⁷⁸ La Corte IDH ha señalado que

(e)n casos de ejecuciones extrajudiciales, [...] y otras graves violaciones a los derechos humanos, el Tribunal ha considerado que la realización de una investigación ex officio, sin dilación, seria, imparcial y efectiva, es un elemento fundamental y condicionante para la protección de ciertos derechos afectados por esas situaciones, como la libertad personal, la integridad personal y la vida.¹⁷⁹

Cabe señalarse que una precisión sobre este punto. Cuando se habla de AEHCL, las funciones que desempeñan en relación con la seguridad ciudadana están claramente establecidas en la normativa interna. Y la investigación del uso de la fuerza por parte de estos agentes debe corresponder a tribunales competentes, independientes e imparciales. En algunos Estados existe la figura de los tribunales policiales cuya competencia debe estar limitada al conocimiento de delitos exclusivamente policiales (entendidos como aquellos vulneran bienes jurídicos policiales y son cometidos por agentes policiales); delitos policiales lato sensu (los bienes jurídicos son de naturaleza mixta, pero aquellos de naturaleza policial prevalecen); delitos comunes “policializados” (son los llamados falsos delitos policiales en los que ni el sujeto activo ni los bienes jurídicos protegidos tienen ese carácter); y, delitos de función. Un delito de función es un ilícito penal de derecho común cometidos por personal policial debido al ejercicio de sus funciones y que, para efectos de la jurisdicción de los tribunales policiales, son

177 Corte IDH, Caso Anzualdo Castro Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, No. Serie C No. 202 (22 de septiembre de 2009).

178 Naomi Roht-Arriaza, «State Responsibility to Investigate and Prosecute Grave Human Rights Violations in International Law», *California Law Review* 78, No. 2 (1990): 451-513, <http://scholarship.law.berkeley.edu/californialawreview/vol78/iss2/4/>.

179 Corte IDH, Caso Ríos y otros Vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, No. Serie C No. 194 (28 de enero de 2009).

asimilados a delitos policiales. No basta para que se configure el delito de función que el sujeto activo del delito sea un agente policial, ni que el ilícito se haya cometido en una instalación policial o durante el servicio, ni que se haya perpetrado con armas o material de servicio. De ser así, se consagraría un fuero personal o de casta, contrario al concepto moderno de fuero funcional de la jurisdicción penal policial, basado en el criterio de especialidad y el carácter restrictivo de esta jurisdicción.¹⁸⁰

Por otro lado, el conocimiento de delitos comunes o posibles violaciones a los derechos humanos no podrá ser conocido por un tribunal policial, sino que la justicia ordinaria deberá ser la encargada de dicho proceso. En este sentido, la privación de la vida deberá, según estándares internacionales, ser conocida por la justicia ordinaria y no por cortes policiales, incluso a pesar de que esta competencia esté contemplada en la legislación nacional. El derecho a la vida no podrá ser garantizado eficazmente si es que las privaciones de la vida no son debidamente investigadas por un órgano independiente e imparcial. Si es que esta independencia e imparcialidad se ven comprometidas, se pone en riesgo el efectivo monopolio de la fuerza por parte del Estado.

En el caso de una privación de la vida en la que intervinieron agentes estatales, es necesario llevar a cabo un escrutinio estricto de la tarea llevada a cabo por parte de los/as operadores/as de justicia y de las personas encargadas de la investigación. La Corte Europea de Derechos Humanos ha señalado varios criterios para las investigaciones de privaciones de la vida en la que hayan participado agentes encargados de hacer cumplir la ley, a fin de que éstas puedan ser calificadas como efectivas. Primero, se requiere que los/as investigadores/as sean independientes de aquellos que participaron en el hecho; la investigación debe ser adecuada; sus conclusiones deben basarse en un análisis profundo, objetivo e imparcial de todos los elementos razonables; debe ser lo suficientemente accesible a los familiares de la víctima; debe estar abierto al escrutinio público; debe ser llevado a cabo en un plazo razonable.¹⁸¹

3. Conclusión

Uno de los deberes del Estado es respetar y garantizar la seguridad ciudadana, entendida como un derecho de todas las personas que vivimos en un determinado territorio. Pero para alcanzar su pleno ejercicio, no tiene una capacidad absoluta de seleccionar las herramientas que usará sino que todas deberán estar orientadas y tener en cuenta en su diseño, implementación y evaluación los derechos humanos.

El uso de la fuerza por parte de los/as agentes encargados/as de hacer cumplir la ley no es una excepción. Como se ha revisado brevemente en este artículo, el uso de la fuerza por parte de estos agentes estatales está limitada por parámetros desarrollados

180 Comisión Colombiana de Juristas, *Tribunales militares y graves violaciones a los derechos humanos* (Bogotá: Comisión Andina de Juristas, 2011), 91-92.

181 Corte EDH, Caso Armani Da Silva v. Reino Unido. Fondo (30 de marzo de 2016).

**PARÁMETROS INTERNACIONALES Y NACIONALES RELATIVOS
AL USO DE LA FUERZA POR PARTE DE AGENTES ENCARGADOS
DE HACER CUMPLIR LA LEY**

por la doctrina y jurisprudencia nacional e internacional y plasmada en la normativa interna. Este uso de la fuerza debe ser excepcional para precautelar la vida y la integridad de las personas. Y, en caso de que resulte en la afectación del derecho a la vida o a la integridad, el Estado debe iniciar, de oficio, una investigación seria para determinar las responsabilidades del caso.

A pesar de que existe un marco normativo claro y una serie de estándares nacionales e internacionales sobre la materia, el uso de la fuerza por parte del Estado parece no ser de ultima ratio sino una constante en un contexto de creciente percepción de inseguridad ciudadana. Esto afecta no solo los derechos de quienes son víctimas de este uso letal de la fuerza sino también al Estado constitucional de derechos y justicia en el que el norte de toda actuación del Estado debe ser el respeto y garantía de los derechos humanos.

BIBLIOGRAFÍA

AG ONU. Código de Conducta para Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley (1979).

———. Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley (1990).

Cess de Rover. *To serve and to protect. Human Rights and Humanitarian law for Police and Security Force*. Ginebra: ICRC, 2009.

CICR. *International Rules and Standards for Policing*. Ginebra: CICR, 2014. <https://www.icrc.org/eng/assets/files/other/icrc-002-0809.pdf>.

CIDH. «Informe sobre terrorismo y derechos humanos. OEA/Ser.LV/II.116 Doc. 5 rev. 1 corr.», 22 de octubre de 2002.

———. «Tercer informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia, OEA/Ser.LV/II.102». CIDH, 1999.

Comisión Colombiana de Juristas. *Tribunales militares y graves violaciones a los derechos humanos*. Bogotá: Comisión Andina de Juristas, 2011.

Comité de Derechos Humanos. Observación general N. 6, relativa al derecho a la vida (artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) (1982).

———. Observación General No. 31, La índole de la obligación jurídica general impuesta, No. U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 225 (2004).

Corte EDH. Caso Anguelova vs. Bulgaria. Fondo (13 de junio de 2002).

———. Caso Armani Da Silva v. Reino Unido. Fondo (30 de marzo de 2016).

———. Caso Güleç Vs. Turquía (27 de julio de 1998).

MARÍA HELENA CARBONELL Y.

Corte IDH. Caso Anzualdo Castro Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, No. Serie C No. 202 (22 de septiembre de 2009).

———. Caso de la masacre de Pueblo Bello. Fondo, reparaciones y costas, No. Serie C No. 140 (31 de enero de 2006).

———. Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas (5 de julio de 2006).

———. Caso Ríos y otros Vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, No. Serie C No. 194 (28 de enero de 2009).

———. Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador. Fondo (12 de noviembre de 1997).

———. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo (29 de julio de 1988).

———. Caso Zambrano Vélez y otros. Fondo, reparaciones y costas (4 de julio de 2007).

———. La Expresión «Leyes» en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-6/86 (9 de mayo de 1986).

Corte Nacional de Justicia - Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito. Caso González y otros. Sentencia en la causa No. 1631-2013 (16 de diciembre de 2014).

Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. «las siete principales líneas jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos aplicables a la justicia penal». *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, 2014.

Martínez, Fernando. «Uso de la fuerza. Proyecto: Generación de Red de investigadores y profesionales vinculados con materias policiales y de derechos humanos en México.» Documento de trabajo. Chile: Universidad de Chile, s. f. https://www.cesc.uchile.cl/serie_documentos_06.htm.

Meltzer, Nils. *Targeted killing in International Law*. Nueva York: OUP, 2008.

Ministerio del Interior. *Manual de derechos humanos aplicados a la función policial*. Quito: AH Editorial, 2009.

Montaña, Juan. *Teoría utópica de las fuentes del derecho ecuatoriano. Perspectiva comparada*. Quito: CEDEC, 2012.

Roht-Arriaza, Naomi. «State Responsibility to Investigate and Prosecute Grave Human Rights Violations in International Law». *California Law Review* 78, n.o 2 (1990): 451-513. <http://scholarship.law.berkeley.edu/californialawreview/vol78/iss2/4/>.

Tamura, Eriko. «The Isayeva Cases of the European Court of Human Rights: The Application of International Humanitarian Law and Human Rights Law in Non-International Armed Conflicts». *Chinese Journal of International Law* 10, n.o 1 (3 de enero de 2011): 129-40. <https://doi.org/10.1093/chinesejil/jmr002>.

LA PRISIÓN PREVENTIVA EN TIEMPOS DE PANDEMIA. UN ANÁLISIS A LA LUZ DEL DERECHO CONSTITUCIONAL

KLEBER DAVID SIGUENCIA SUÁREZ¹⁸²

“La cárcel es solo la simple custodia de un ciudadano hasta tanto que sea declarado reo, y esta custodia siendo por su naturaleza penosa, debe durar el menos tiempo posible y debe ser la menos dura que se pueda”.

CESARE BECCARIA

Resumen

A la luz de la Constitución de la República del Ecuador de Montecristi, podemos establecer que, se ha consolidado la postura garantista de determinar que, la prisión preventiva, es una medida de última ratio, la misma que únicamente podrá imponerse cuando el procesado no pueda acreditar arraigos con los cuales se garanticen los objetivos de nuestro sistema procesal penal. En tiempos de pandemia se pudo constatar y evidenciar que, a raíz de la crisis sanitaria, se emitieron varios pronunciamientos tanto desde la Corte Constitucional, como a nivel del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, con el objetivo de evitar el abuso en la imposición de la prisión preventiva y, priorizar aquellas medidas alternativas a la misma, con la finalidad de reducir los niveles de contagio por el covid-19, al interior de las cárceles. Sin embargo, en la práctica, aquello no ocurrió. En virtud de ciertos delitos que tuvieron auge durante los primeros meses de la pandemia decretada, la imposición de la prisión preventiva en muchos casos, se convirtió en la regla y no en la excepción.

Palabras claves

Constitución, Derechos Humanos, Derechos de Libertad, Código Orgánico Integral Penal, Medidas Cautelares, Prisión Preventiva.

I. Introducción

A partir del 2008, el Estado ecuatoriano se consolidó como un Estado *garantista* aquello significa que impera la plena vigencia de los Derechos Humanos y los consagrados en la Constitución de tal manera que no exista posibilidad alguna que los mismos sean vulnerados por ningún particular y peor por parte del Estado. El garantismo se ha constituido en uno de los límites sólidos y más fuertes para blindar el núcleo esencial de los derechos y garantizar la no afectación o violación a los mismos.

182 Abogado en libre ejercicio.

Docente del área de derecho Público Universidad Católica Santiago de Guayaquil

Magíster en Derecho Constitucional.

Doctorando candidato a Phd por la Universidad de Buenos Aires

En este sentido analizaremos de forma minuciosa y detallada aquellos parámetros que deben ser tomados en consideración a la hora de limitar o restringir un derecho. En tiempos de pandemia, hemos visto que, a fin de poder disminuir los contagios y evitar la saturación del sistema sanitario, las restricciones de derechos siguen siendo el denominador común. Es por ello que, es necesario realizar varias precisiones toda vez que, en los escenarios que son parte de nuestro estudio, sucedió todo lo contrario, poniendo en riesgo a la población que guarda prisión o medida cautelar de prisión preventiva, en los Centros de Privación de Libertad.

Para poder entender el contenido de nuestro trabajo, es menester advertir al lector que existen parámetros a nivel de jurisprudencia interna, así como también algunos pronunciamientos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos que regulan y limitan el ejercicio de las facultades que tienen los jueces para imponer medidas cautelares, en especial, la de la prisión preventiva. No es menos cierto que, en situaciones en las que nos encontramos viviendo, la vigencia de los Derechos Humanos debe ser una de las prioridades por parte del Estado, al tenor de lo dispuesto en el artículo 3 numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador:

“Art. 3.- DEBERES DEL ESTADO.- Son deberes primordiales del Estado:

1.- 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.” (CONSTITUCIÓN, 2008)

En virtud de dicho precepto constitucional, es obligación del Estado y sus funcionarios garantizar la plena y real vigencia de los derechos y garantías previstos en la legislación a efectos que no se soslayen o se lesionen los mismos, ocasionando un verdadero caos y conflicto jurídico que acarrea severas consecuencias a futuro, tomando en consideración las acciones de repetición que a la posteridad podrían iniciarse para la reparación de la afectación.

Frente a la imposición de una medida cautelar de naturaleza personal, *a prima facie* se desprenden varios conflictos entre derechos que pueden verse afectados. Existiría entonces una colisión de derechos, la misma que deberá ser solucionada de manera prudente y minuciosa para que los derechos no puedan ser limitados (sin fundamento alguno) y, las medidas cautelares no fracasen respecto de los objetivos del proceso penal.

Por otro lado, también será motivo de análisis y estudio dentro del presente trabajo académico, el tipo de infracción o infracciones objeto de las medidas cautelares y las circunstancias en que fueron cometidas, así como también las personas que participaron en la comisión de las mismas y, la capacidad para poder acreditar arraigos para garantizar la comparecencia al proceso.

LA PRISIÓN PREVENTIVA EN TIEMPOS DE PANDEMIA. UN ANÁLISIS A LA LUZ DEL DERECHO CONSTITUCIONAL

En este sentido, el garantismo exige que se cumplan los presupuestos normativos consagrados en el marco constitucional, así como también sistema interamericano de derechos humanos ha establecido que deben cumplirse con todos los requisitos a fin de evitar abusos y atropellos a bienes jurídicos como la libertad. Como lo analizaremos en líneas posteriores, la medida cautelar de la prisión preventiva, se ha convertido (en algunos casos), un mecanismo de presión mediática para “perseguir” a algunas personas por cuestiones políticas, sociales o económicas.

II. El garantismo y la prisión preventiva

El sistema *garantista* (SG), siguiendo las palabras de su máximo exponente *Luigi Ferrajoli*, consiste en:

“garantizar significa afianzar, asegurar, proteger, defender tutelar algo; y, cuando en la cultura jurídica se habla de garantismo, ese “algo” que se tutela son derechos o bienes individuales. Podría decirse pues. Como primera aproximación, que un derecho garantista establece instrumentos para la defensa de los derechos de los individuos frente a su eventual agresión por otros individuos y (sobre todo) por el poder estatal; lo que tiene lugar mediante el establecimiento de límites y vínculos al poder a fin de maximizar la realización de estos derechos y de minimizar sus amenazas” (GASCÓN ABELLÁN MARINA, 2006)

Tomando en consideración esta primera aproximación, podemos decir que, la base sustancial de nuestro ordenamiento jurídico es el *sistema garantista* mediante el cual deben respaldarse todas y cada una de las actuaciones estatales, en especial las decisiones judiciales, las mismas que son la carta de presentación de los jueces. Sin embargo, en algunos casos, estas decisiones se apartan de los principios que conforman el sistema garantista y, particularmente, en relación a la prisión preventiva se han verificado abusos por parte del sistema judicial que se rinde ante presiones políticas o mediáticas para dictar –sin motivación alguna– dicha medida cautelar.

Es indispensable dejar constancia que la Constitución de la República del Ecuador, desde su génesis es de corte garantista, es decir se proclama como una Carta de protección y respaldo a los derechos humanos. Al consagrar al Estado ecuatoriano como un Estado Constitucional de Derechos y de Justicia, tal como lo dispone el artículo 1¹⁸³ *ibidem*, identificamos claramente la garantía del respeto y protección a los derechos consagrados en nuestro ordenamiento jurídico.

En Derecho y Razón de *Luigi Ferrajoli*, evidenciamos que existe una tendencia marcada del respeto al sistema garantista y considerar que, la imposición de las medidas

183 CRE: Art. 1 [Forma de Estado y Gobierno].- El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada.

cautelares personales, debe observar el respeto a los derechos y garantías. Es así que, desde el punto de vista del garantismo, la prisión preventiva es una medida de *última ratio* que sólo debe ser impuesta en la medida que el sujeto procesado no pueda justificar –motivadamente– su capacidad para poder comparecer a un eventual juicio, cumplir una condena y, reparar el daño ocasionado a consecuencia del ilícito. Sin embargo, en la actualidad observamos constantemente, que dicha medida cautelar (prisión preventiva) se ha convertido en un mecanismo de presión que obedece –en la mayoría de los casos– a comentarios y opiniones que se realizan a través de medios de comunicación y redes sociales, influyendo directamente en la decisión judicial. Aquello nos permite evidenciar que, los fines y objetivos de la mencionada medida cautelar, se ha desnaturalizado con motivo de presiones mediáticas que son producto de expresiones y conclusiones que manifiestan quienes –generalmente– desconocen normas, reglas, principios y demás presupuestos legales que deben ser observados antes de imponer una medida cautelar, especialmente, la prisión preventiva.

Es indispensable establecer que las decisiones judiciales son la carta de presentación de los jueces y que las mismas se legitiman en la medida que las mismas cuentan con la debida y legal motivación que respalde lo que el juez resuelva; en el caso materia de nuestro análisis, sería si el pedido o solicitud de prisión preventiva en contra de un procesado, cumple con los requisitos previstos en el Código Orgánico Integral Penal. Es importante desatacar lo que, desde el garantismo penal, Luigi Ferrajoli ha establecido puntualmente:

“Por eso los magistrados tendrían que ser los primeros en defender y reivindicar, no solo en la práctica judicial sino también en el ámbito de la legislación, el pleno respeto de las garantías penales y procesales como condiciones irrenunciables de su legitimación: sobre todo la certeza del derecho, mediante la expulsión del sistema penal de todas las figuras de delito indeterminadas y una drástica despenalización que restituya a la intervención penal su carácter de extrema ratio; en segundo lugar, la restauración del juicio, frente a la coartada de los procedimientos alternativos, cuyo resultado último es la definitiva marginación del debate contradictorio. Todo debilitamiento de las garantías equivale a un debilitamiento frágil frontera más allá de la cual ese instrumento de tutela de la legalidad y de los derechos de los ciudadanos que el poder de los jueces se transforma en lo que MONTESQUIEU llamó “el poder más odioso” (LUIGI FERRAJOLI, 2006)

Tal como lo deja claramente establecido el pre citado autor, la tarea de los jueces implica una enorme responsabilidad, no sólo porque, de no realizar una correcta valoración dentro de los procesos, ocasionaría la impunidad en tal o cual delito, sino porque también podrían vulnerarse derechos y principios de los sujetos procesales, para nuestro caso, el procesado. Es por esa razón que, resulta indispensable que las autoridades de justicia observen con detenimiento y prudencia los parámetros previstos en la Constitución y el Código Orgánico Integral Penal, previo a imponer la medida cautelar de prisión preventiva. No acatar con lo que disponen la normas antes indicadas, sería

LA PRISIÓN PREVENTIVA EN TIEMPOS DE PANDEMIA. UN ANÁLISIS A LA LUZ DEL DERECHO CONSTITUCIONAL

un retroceso que pondría en riesgo al sistema garantista y la actividad judicial podría caer en tormentoso campo de la arbitrariedad. Es indispensable estar atentos a aquellas actuaciones a fin que no se generen abusos y atropellos. Lo ideal sería que se observe de manera prudente y minuciosa cada uno de los presupuestos normativos que motivan correctamente la imposición de la medida cautelar. *“Sin embargo, la práctica de la administración de la justicia penal del Ecuador muestra que la gran mayoría de las solicitudes carecen de la fundamentación debida. Como ya hemos mencionado, en este caso, será la tarea apremiante de los defensores solicitar el rechazo de la medida cautelar solicitada por falta de fundamentación.”* (KRAUTH, 2018)

III. Requisitos para la imposición de la medida cautelar de prisión preventiva

Más allá de lo previsto en el Código Orgánico Integral Penal, para lo previsto en relación a la medida cautelar de la prisión preventiva, es indispensable realizar un análisis en cuanto a los principios aplicable para la interpretación de las normas respectivas, a la hora de aplicar la medida cautelar. Este ámbito es, talvez, uno de los más complejos, toda vez que existen múltiples “criterios” que se ha impuesto en las decisiones judiciales. Hemos dicho que, esta labor es compleja, en virtud de la imperiosa necesidad de que los jueces motiven de manera correcta sus resoluciones. Precisamente, la errónea interpretación de las normas, tiene como consecuencia la falta de motivación frente al pedido de imposición de la prisión preventiva contra un sujeto procesado.

Desde el punto de vista doctrinario, ROXIN ha establecido puntualmente que los tres objetivos de la prisión preventiva son:

1. Pretende asegurar la presencia del imputado al procedimiento penal.
2. Pretende garantizar una investigación de los hechos, en debida forma, por los órganos de la persecución penal.
3. Pretende asegurar la ejecución penal. (ROXIN, 2010)

Para poder tener una idea clara de aquello es menester remitirnos al artículo 534 del Código Orgánico Integral Penal a fin de poder realizar algunos comentarios que, desde la parte práctica podrían darnos mayores luces. Adicionalmente, haremos algunas precisiones en relación a la parte jurisprudencial y su aplicación en el proceso penal ecuatoriano.

“Artículo 534.- Finalidad y requisitos.- Para garantizar la comparecencia de la persona procesada al proceso y el cumplimiento de la pena, la o el fiscal podrá solicitar a la o el juzgador, de manera debidamente fundamentada, que ordene la prisión preventiva, siempre que concurren los siguientes requisitos:

1. Elementos de convicción suficientes sobre la existencia de un delito de ejercicio público de la acción.

2. Elementos de convicción claros, precisos y justificados de que la o el procesado es autor o cómplice de la infracción. En todo caso la sola existencia de indicios de responsabilidad no constituye razón suficiente para ordenar la prisión preventiva.

3. Indicios de los cuales se desprenda que las medidas cautelares no privativas de la libertad son insuficientes y que es necesaria la prisión preventiva para asegurar su presencia en la audiencia de juicio o el cumplimiento de la pena.

Para este efecto, la o el fiscal demostrará que las medidas cautelares personales diferentes a la prisión preventiva no son suficientes. En el caso de ordenar la prisión preventiva, la o el juez obligatoriamente motivará su decisión y explicará las razones por las cuales las otras medidas cautelares son insuficientes.

4. Que se trate de una infracción sancionada con pena privativa de libertad superior a un año.

En los requisitos descritos en los números 1 y 2, el parte policial no constituye ningún elemento de convicción ni será fundamento para solicitar o conceder la prisión preventiva. El parte policial es exclusivamente referencial.

De ser el caso, la o el juzgador para resolver sobre la prisión preventiva deberá tener en consideración si la o el procesado incumplió una medida alternativa a la prisión preventiva otorgada con anterioridad en cualquier otra causa.”

Análisis de los requisitos que motivan la imposición de la medida cautelar de prisión preventiva

1. Elementos de convicción suficientes sobre la existencia de un delito de ejercicio público de la acción.

Cuando hacemos referencia a los ELEMENTOS DE CONVICCIÓN, debemos tomar en consideración que los mismos deben poseer una relevancia determinante, de manera que, pueda alcanzar el estándar de convencimiento al juzgador de la existencia de una infracción. “Esto es, debe existir un algo grado de probabilidad (con todo detalle PAEFFGEN, 1986, 183) de que el imputado ha cometido el hecho y de que están presentes todos los presupuestos de la punibilidad y de perseguibilidad-pero no la instancia de los delitos perseguibles a instancia de parte.” (ROXIN, 2010, pág. 259).

LA PRISIÓN PREVENTIVA EN TIEMPOS DE PANDEMIA. UN ANÁLISIS A LA LUZ DEL DERECHO CONSTITUCIONAL

Lo referido en el párrafo anterior es importante tomar en consideración, ya que, en la práctica, se suele dar el rango de elemento de convicción a cualquier tipo de evidencia o indicio, sin que el mismo tenga la suficiente idoneidad para presumir que se ha verificado el cometimiento de un presunto delito de acción penal pública. Es así que, mediante la reforma del Código Orgánico Integral Penal de diciembre 2019¹⁸⁴, se dejó claramente establecido que, piezas procesales –como el parte policial– son meramente referenciales y no constituye elemento de convicción. De esta manera, el legislador estableció un límite a fin de evitar insertar elementos que podrían afectar la objetividad dentro del proceso, toda vez que, existen ciertos elementos que se prestan para valoraciones subjetivas y que podrían influir en la decisión del juzgador. Sin lugar a dudas, en la práctica, este primer requisito constituye uno de los elementos más importantes con los cuales se motiva la necesidad en la imposición de la medida cautelar de prisión preventiva.

2.- Elementos de convicción claros, precisos y justificados de que la o el procesado es autor o cómplice de la infracción. En todo caso la sola existencia de indicios de responsabilidad no constituye razón suficiente para ordenar la prisión preventiva.

La participación en el presunto hecho ilícito, también constituye uno de los elementos que motivan la necesidad de la imposición de la medida cautelar. Aquello resulta importante, toda vez que, el haber intervenido en el *iter criminis* de la infracción es pieza fundamental para tomar la decisión de asegurar la comparecencia del procesado y, precautelar la integridad del proceso. La responsabilidad penal, en relación a la participación dentro del hecho ilícito, influye de manera directa en la imposición de la pena, por dicha razón, es un motivo potencial para el futuro procesado que lo lleve a pensar en evadir la obligación de participar en el proceso penal y eventualmente, cumplir la pena.

“En particular, los motivos de detención son los siguientes:

a) Fuga o peligro de fuga. Existe un motivo de detención cuando en razón de determinadas circunstancias:

184 “Artículo 534.- Finalidad y requisitos.- Para garantizar la comparecencia de la persona procesada al proceso y el cumplimiento de la pena, la o el fiscal podrá solicitar a la o el juzgador, de manera debidamente fundamentada, que ordene la prisión preventiva, siempre que concurran los siguientes requisitos:

1. Elementos de convicción suficientes sobre la existencia de un delito de ejercicio público de la acción.
2. Elementos de convicción claros, precisos y justificados de que la o el procesado es autor o cómplice de la infracción. En todo caso la sola existencia de indicios de responsabilidad no constituye razón suficiente para ordenar la prisión preventiva.
3. Indicios de los cuales se desprenda que las medidas cautelares no privativas de la libertad son insuficientes y que es necesaria la prisión preventiva para asegurar su presencia en la audiencia de juicio o el cumplimiento de la pena.

Para este efecto, la o el fiscal demostrará que las medidas cautelares personales diferentes a la prisión preventiva no son suficientes. En el caso de ordenar la prisión preventiva, la o el juez obligatoriamente motivará su decisión y explicará las razones por las cuales las otras medidas cautelares son insuficientes.

4. Que se trate de una infracción sancionada con pena privativa de libertad superior a un año.

En los requisitos descritos en los números 1 y 2, el parte policial no constituye ningún elemento de convicción ni será fundamento para solicitar o conceder la prisión preventiva. **El parte policial es exclusivamente referencial.**

aa) se verifica que el imputado está prófugo –p. ej., está en el extranjero y no obedece una citación de un tribunal alemán– o se mantiene oculto;

bb) según apreciación de las circunstancias del caso particular existe el peligro que el imputado no se someterá al procedimiento penal ni a la ejecución. La opinión dominante también afirma el “no someterse “cuando es probable que el imputado no se fugará ni se ocultará, pero es de suponer que él se pondrá en situación de incapacidad procesal” (ROXIN, 2010, pág. 260)

Al respecto, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, se ha pronunciado al respecto en relación a la necesidad de la prisión preventiva en el caso que exista un potencial peligro de fuga. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, respecto de la actividad judicial y, en defensa de los derechos Humanos, ha establecido: “*Aplicar las medidas alternativas sólo cuando el peligro de fuga o de entorpecimiento de la investigación no pueda ser evitado razonablemente, considerando los principios y estándares fundamentales de aplicación de la prisión preventiva*”. (CIDH, 2021). Evidentemente, respecto de este requisito, es preciso dejar claramente explicado que, el peligro de fuga o el riesgo de eludir la justicia, es una situación que necesariamente tiene que ser demostrado por la Fiscalía que es el órgano titular de la acción penal pública y, de igual manera, el juzgador deberá realizar un exhaustivo ejercicio argumentativo lo suficientemente técnico para justificar la imposición de la medida cautelar personal de prisión preventiva, toda vez que dicha medida afecta directamente al derecho a la libertad. Adicionalmente, creemos que, desde el punto de vista científico, inclusive se debería de demostrar los hechos que hacen presumible el peligro de fuga, así como también los medios a través de los cuales se materializaría aquella presunción. Debemos hacer una crítica constructiva hacia los actores dentro del sistema de justicia, en especial a la Fiscalía, ya que, en su labor como órgano persecutor de la acción penal pública, en algunas ocasiones cae en el equívoco de solicitar la imposición de la prisión preventiva cuando existe algún tipo de presión que, generalmente es mediática o política, que –adicionalmente– atenta contra la independencia judicial.

3.- Indicios de los cuales se desprenda que las medidas cautelares no privativas de la libertad son insuficientes y que es necesaria la prisión preventiva para asegurar su presencia en la audiencia de juicio o el cumplimiento de la pena.

Para este efecto, la o el fiscal demostrará que las medidas cautelares personales diferentes a la prisión preventiva no son suficientes. En el caso de ordenar la prisión preventiva, la o el juez obligatoriamente motivará su decisión y explicará las razones por las cuales las otras medidas cautelares son insuficientes

Este presupuesto es, quizás, uno de los cuales se presta para solicitar –discrecionalmente– la medida cautelar de prisión preventiva. Creemos que, el legislador no debió haber establecido que, basta con tener “**Indicios de los cuales se desprenda que las medidas cautelares no privativas de la libertad son insuficientes (...)**”, ya que, como lo hemos comentado *ut supra*, el imponer la medida cautelar de prisión preventiva

LA PRISIÓN PREVENTIVA EN TIEMPOS DE PANDEMIA. UN ANÁLISIS A LA LUZ DEL DERECHO CONSTITUCIONAL

es y tiene que ser de *ultima ratio*. Más allá de indicios, lo que deberían existir son hechos concretos, ciertos, reales y verosímiles que permitan presumir fehacientemente que las medidas alternativas a la prisión preventiva no son idóneas para garantizar la comparecencia a juicio y cumplir una eventual condena.

Del lado de la defensa, en la práctica, es importante contar con los elementos de constituyan los arraigos necesarios para desvirtuar –de ser el caso– el pedido de la Fiscalía en que se imponga la medida cautelar de prisión preventiva al procesado. Es de importante destacar que, si los arraigos presentados permiten demostrar de manera clara y precisa que, el procesado cuenta con una actividad económica que lo obliga a permanecer en el país, resulta lógico –respecto de este primer punto– que el juez debería valorar y tomar en consideración para no aceptar el pedido de prisión preventiva. Sobre dicho comentario, es menester destacar que, en los últimos años, se ha convertido en una práctica desproporcional, el hecho que, a pesar que el procesado ha demostrado que posee una actividad económica de la cual depende, tal como sería el caso de un empleado privado, servidor público o profesional en el libre ejercicio; de todas maneras, se ha dado paso a la solicitud de imponer prisión preventiva.

Sin lugar a dudas, aquella problemática resulta preocupante toda vez que, se atenta contra el principio de interpretación *pro homine*¹⁸⁵ de las normas jurídicas, en virtud que, el restringir la libertad de una persona implica una grave afectación, la cual se agrava cuando el procesado ejerce alguna actividad económica de la cual depende y, en algunos casos de dicha actividad también depende su familia y otras personas (colaboradores, trabajadores etc). Se advierte que existiría una doble afectación con consecuencias que podrían poner en riesgo la actividad laboral de una persona, ya que, al estar privado de su libertad, sería imposible que pueda concurrir a su lugar de labores o desempeñar la actividad que ejerce. Resulta importante hacer mención, al hecho que, en la actualidad existen muchos funcionarios públicos que se encuentran privados de su libertad en mérito de la prisión preventiva que pesa sobre aquellos. En algunos casos, el tipo de delito no impediría que sea sustituida la medida cautelar antes mencionada, sin embargo, presiones o situaciones externas han influido (en algunos casos) en la decisión de los jueces quienes, en virtud del pedido que realiza la Fiscalía motivado con base en argumentos de que la infracción es de “conmoción social”, “afectación a la población” o “de afectación al Estado” y han doblegado cediendo ante dicho pedido, resolviendo conceder el pedido de prisión preventiva.

Otro de los aspectos relevantes en materia de arraigos, son los vínculos o nexos domiciliarios, esto es, que el procesado cuente con un lugar donde ejerza su residencia con la finalidad de demostrar que cuenta con un bien inmueble en el cual habita y adicionalmente se lo puede localizar y hacerle conocer de las decisiones judiciales o de

185 Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: 5. En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o **judiciales**, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia.

las diligencias que la Fiscalía disponga, y así no pueda –más adelante– alegar indefensión por no estar enterado de las mismas. En este punto, es indispensable que –a nuestro criterio– no basta justificar únicamente con una planilla de servicios básicos. Es importante que se cuente con documentación que respalde el arraigo domiciliario con el objetivo de dar seguridad al juzgador, al momento de decidir no acoger el pedido de prisión preventiva.

Otros aspectos que también deben ser tomados en consideración, son aquellos vínculos o nexos de índole familiar y social, esto es, que el procesado pueda demostrar que posee una familia respecto de la cual deba responder y su vez, la misma dependa de aquel. Sobre este argumento, también es preciso que se realice una valoración correcta e integral de este tipo de arraigos, toda vez que, la imposición de la medida cautelar de prisión preventiva, también afecta de manera directa la integridad familiar, más aún cuando, el procesado es el sustento y soporte de la familia que resultaría afectada en el evento que, se ejecute la prisión preventiva. Obviamente aquello lo sostenemos, siempre y cuando se cumplan con todo el acervo de arraigos principales para justificar que existen razones para no restringir la libertad del procesado.

Todo lo antes mencionado, nos permite definir que, el pedido que formule la Fiscalía en relación a la prisión preventiva, tiene que estar debida y correctamente fundamentado en razones claras, ciertas y concretas. No debe considerarse como un pedido motivado cuando, la Fiscalía esgrime argumentos que podrían caer en el abismo de las falacias, apelando a la sensibilidad del juez o a amenazas o presiones que afectarían la decisión final.

4.- Que se trate de una infracción sancionada con pena privativa de libertad superior a un año

El tiempo de duración de la pena, también es otro de los aspectos necesarios al momento de la valoración que debe realiza el juez, toda vez que, tomando consideración los arraigos que presente el procesado, algunas infracciones serían susceptibles de imponer una medida distinta a la prisión preventiva. Este es otro de los aspectos relevantes que permitirían descongestionar las cárceles y evitar el hacinamiento, el cual se ha convertido en una gravísima problemática, a tal punto que, en los primeros meses de 2021, hubo una serie de amotinamientos que dejaron un saldo fatídico con decenas de personas privadas de su libertad que fueron asesinadas al interior de los centros carcelarios, producto de la lucha entre mafias que buscan tomar el control de los recintos de privación de libertad. A pesar de aquello, en la actualidad se sigue imponiendo –desde nuestro punto de vista– de manera desmedida la prisión preventiva en casos donde no resulta necesaria y que, al contrario, genera un verdadero problema en las cárceles del país agravando la crisis que impera en dichos centros.

Respecto de este requisito, podemos decir que nuestra legislación es muy severa en relación al tiempo de duración de la condena como presupuesto para la imposición de

LA PRISIÓN PREVENTIVA EN TIEMPOS DE PANDEMIA. UN ANÁLISIS A LA LUZ DEL DERECHO CONSTITUCIONAL

la prisión preventiva. En casos como la legislación española, existe mayor flexibilidad en tanto y en cuanto si:

“El delito tiene prevista una pena de prisión superior a tres años, del tenor literal del precepto se puede deducir que el Juez deberá acordar frente al imputado auto de prisión provisional, salvo que simultáneamente concurren las siguientes circunstancias: 1) que el imputado no tenga antecedentes penales o éstos deban considerarse cancelados; 2) que no exista peligro de fuga; 3) que el delito no haya causado alarma ni sea de los que se cometen con frecuencia en la circunscripción (...)” (ARMENTA DEU, 2003).

Sobre este punto vemos que, de acuerdo con nuestro Código Orgánico Integral Penal, existe una rigurosidad en las condiciones y requisitos para la imposición de la prisión preventiva. Si realizamos una revisión rápida al precitado cuerpo normativo, podremos observar con claridad meridiana que, la gran mayoría de infracciones tiene una pena privativa de libertad superior a un año. Aquello, nos obliga a practicar un razonamiento lógico y trasladarlo a la realidad carcelaria y, talvez podríamos concluir que, resulta imperioso que los operadores de justicia hagan prevalecer las medidas alternativas a la prisión preventiva, siempre y cuando cumplan con los aspectos que han sido materia del presente artículo.

IV. Comentarios finales

1.- Los derechos a la vida, salud y libertad son bienes jurídicos protegidos y amparados desde la Constitución, motivo suficiente para que los mismos sean de aplicación directa e inmediata y su tutela y protección forman parte de los deberes primordiales del Estado.

2.- Las medidas cautelares personales son mecanismos que han sido insertados por el legislador, a fin que, los operadores de justicia cuenten con herramientas eficaces para hacer cumplir los fines del sistema penal, y que luego, no sean burlados por quienes buscan o propenden a impunidad.

3.- Dentro del Sistema Garantista (SG), la prioridad es hacer prevalecer la aplicación de las medidas alternativas a la prisión preventiva, en lugar de esta. Todo aquello, tomando en consideración la obligación que tienen los operadores de justicia de garantizar la aplicación correcta de las disposiciones legales y constitucionales a fin de precautelar los principios de *legalidad y seguridad jurídica*.

4.- La imposición de la prisión preventiva como medida cautelar personal y, siendo ésta la más restrictiva del derecho a la libertad, debe ser aplicada con mucha prudencia por parte de los operadores de justicia. Es por ello que, se hace menester que, para cada caso en particular, se analicen de manera consciente aquellos elementos que precisan

las medidas alternativas a la prisión preventiva, a fin que, se garantice el derecho a la libertad y al derecho a poder defenderse en el proceso sin que pese ninguna restricción que coarte el ejercicio del mismo.

5.- Debe eliminarse de raíz los pedidos de imposición de prisión preventiva amparados o fundamentados en hechos de fondo que tengan relación con la naturaleza de la infracción. Así también, no debe darse paso a pedidos sustentados en el grado o nivel de “conmoción social” o “afectación general al Estado y sus habitantes”, toda vez que, la prisión preventiva únicamente debe tener como razón de su imposición la imposibilidad por parte del procesado de aportar con elementos de arraigo o nexos sean laborales, domiciliarios, familiares o sociales, con los que pueda demostrar que no podrá comparecer al juicio, cumplir la eventual condena y, reparar el daño.

6.- En tiempos de crisis sanitaria, particularmente como la que vive el mundo desde marzo 2020 (fecha decretada por la OMS), debe ser una OBLIGACIÓN el hecho que los jueces hagan el mayor esfuerzo posible por hacer prevalecer la imposición de medidas cautelares ALTERNATIVAS a la prisión preventiva, tomando en consideración las graves condiciones de hacinamiento al interior de los recintos carcelarios

V. BIBLIOGRAFÍA

ARMENTA DEU, T. (2003). *LECCIONES DE DERECHO PROCESAL PENAL*. MADRID: MARCIAL PONS.

CIDH. (6 de Junio de 2021). OEA. Obtenido de <https://www.oas.org>

CONSTITUCIÓN, E. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Guayaquil: Cooperación de Estudios y Publicaciones.

GASCÓNABELLÁN MARINA. (2006). *GARANTISMO Y DERECHO PENAL*. BOGOTÁ: TEMIS S.A.

KRAUTH, S. (2018). *LA PRISIÓN PREVENTIVA EN EL ECUADOR*. QUITO: DEFENSORÍA PÚBLICA DEL ECUADOR.

LUIGI FERRAJOLI. (2006). *GARANTISMO Y DERECHO PENAL*. BOGOTÁ: TEMIS S.A.

ROXIN, C. (2010). *DERECHO PROCESAL PENAL*. BUENOS AIRES: EDITORES DEL PUERTO.

COMENTARIOS ACERCA DEL EMPLEO PÚBLICO EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

MIRIAM M. IVANEGA¹⁸⁶

I. Introducción

Hemos tenido la oportunidad de considerar que resulta incongruente e ineficaz diseñar modelos de empleo público, aislados y separados de la organización, la estructura y los fines del Estado¹⁸⁷.

Pero es fácil comprobar que esa realidad es producto de varios factores y que la carencia de políticas públicas integrales produce consecuencias negativas en el ejercicio de las funciones públicas.

Así, no es ajeno a ello, que el empleo público recibe el impacto de las situaciones de crisis económicas y de la desocupación en la actividad privada, como tampoco lo es la influencia directa de ideologías políticas.

Deteniéndonos brevemente en este último aspecto, consideramos que éstas inciden en tres niveles.

En primer término, impactan en la organización en la cual se desarrolla el vínculo laboral, ya que el modelo y los procesos de gestión interna que se apliquen, serán producto de las decisiones de quienes tienen la competencia para ello (según el caso, los Poderes Legislativo y Ejecutivo).

Circunscribiendo el tema a la Administración Pública, es factible sostener que ésta se organizará conforme a los criterios políticos de quien ejerza su titularidad, aunque a nuestro entender, siempre deberá estar limitado por los principios generales de la “buena administración” y los derechos fundamentales, los cuales no pueden ser vulnerados.

El otro nivel alcanzado por la política, corresponde a la designación directa de funcionarios públicos en cargos que deben ser ocupados previos procedimientos de selección o evaluaciones de idoneidad.

Generalmente en estos supuestos, se prescinde de evaluar los objetivos de la organización, los derechos de quienes ya forman parte de la estructura, y los conflictos de intereses que pueden presentarse.

¹⁸⁶ Doctora en Derecho y Ciencias Sociales. Directora de la Maestría en Derecho administrativo de la Universidad Austral. Profesora de universidades públicas y privadas. Miembro Fundador del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo y de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo.

¹⁸⁷ Ivanega Miriam M. Empleo Público, Astrea, Buenos Aires, 2019.

La tradicional lucha que suele entablarse entre quienes se desempeñan hace años en la Administración y quienes ingresan con los gobiernos de turno, encuentra un punto de tensión en la visión sesgada de quien tiene a su cargo el nombramiento de agentes públicos.

Por ello, hay una categoría de funcionario político, que no es estrictamente tal, pero que puede denominarse de esta forma, porque se incorpora a cargos, a funciones, sin cumplir con las condiciones de ingreso.

En tal contexto, como veremos más adelante, asume un rol importante la garantía de la estabilidad, aunque es justo admitir que en las Administraciones Públicas actuales aquella se convirtió en un “bien escaso”.

Por último, el tercer ámbito de influencia es el propio régimen de empleo público, aunque en este punto se verifica que, generalmente, “la política en empleo público es que no exista política alguna”.

En efecto, como indicamos inicialmente es poco común que el empleo público constituya un objeto concreto de una política pública que integre factores sociales, económicos, culturales y que mire hacia los fines institucionales.

A partir de estas reflexiones, desde la visión constitucional, en esta ocasión hemos de abordar tres ejes del tema que nos convoca: a) el derecho al trabajo; b) el concepto de empleo y el empleado público y c) la estabilidad y la carrera administrativa.

II. El derecho al trabajo

El proceso del constitucionalismo social es complejo, confluyen en él diversas etapas, protagonistas e ideologías. Caracterizado como Estado de Servicios Sociales, Estado de Bienestar, Estado Benefactor de Derecho, Estado Social de Derecho, en los primeros tiempos de su desarrollo o, involucró principalmente las denominadas funciones “de fomento”¹⁸⁸.

Aunque los gobiernos que impulsaron el reconocimiento de los derechos sociales¹⁸⁹ fueron bastante diferentes desde el punto de vista político (Alemania, Italia, Inglaterra

188 JORGE REINALDO A. VANOSI, *“El Estado de Derecho en el Constitucionalismo Social”*, Eudeba, Buenos Aires, 1987, 359.

189 Bajo el concepto “derechos sociales” se engloban categorías muy heterogéneas cuyo único punto de encuentro es la finalidad de dotar a aquellos sectores desfavorecidos de la sociedad de ciertas condiciones materiales mínimas que se traducen en la búsqueda de la igualdad real. Lo cierto es que, en general, se identifican con el trabajo, la salud, la vivienda digna, la alimentación, cultura, educación, seguridad. Como puede comprobarse a la variedad de derechos, se suma que el reconocimiento y la evolución de cada uno de ellos se suele operar en épocas diferentes. RINCÓN CÓRDOBA JORGE I., *“Las generaciones de los derechos fundamentales y la acción de la Administración Pública”*, UEC, Bogotá, 2004, 117.

COMENTARIOS ACERCA DEL EMPLEO PÚBLICO EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

y Francia) desde finales del 1800 se produjo una progresiva incorporación legal de, priorizándose la justicia social y la igualdad real.

El proceso no fue uniforme ni rápido, ya que además de la realidad política de esas épocas se sumaron la heterogeneidad de los intereses y las motivaciones de las fuerzas sociales que impulsaron una nueva visión del Estado¹⁹⁰.

La yuxtaposición con los clásicos derechos fundamentales originó dos concepciones doctrinarias, que en la práctica eran similares pues no reconocían que estos derechos pudieran tener una tutela inmediata y ser accionables directamente, sino que la distinción se sustentaba en la intervención del legislador.

Una de las concepciones los identificaba con premisas o directivas, sin un significado constitucional propio. El legislador discrecionalmente podía dictar normas que los reconociera como derechos legales (no constitucionales y fundamentales como el de libertad).

El otro criterio entendía que los derechos sociales eran normas de principios que vinculaban al legislador, que estaba obligado a desarrollarlas. Por ser tales, eran jurídicamente relevantes en la interpretación de valores constitucionales traducidos en leyes ordinarias. Los derechos sociales no podían estar en el mismo plano que los derechos de libertad clásicos, aquellos se ubicaban en un nivel inferior tanto desde el punto de vista de la tutela como de su rango (legislativo y no constitucional).

Ahora bien, debe recordarse que en siglo XX, en la década del 20 la relación entre éstos y los derechos clásicos traducía un “mal compromiso”: entre el liberalismo y el socialismo se presentaba una contradicción insoluble que obligaba a reconocer a los primeros como fundamentales y a los segundos como programáticos. Se trató de una tensión entre libertad e igualdad social, entre derechos liberales y sociales.

Lo cierto es que en Alemania Occidental, Francia e Italia la posibilidad exigir estos derechos se redujo al desarrollo, por parte del legislador, de las normas necesarias para fijar las prestaciones sociales y reconocer los derechos subjetivos de ellas.

Finalmente, se superó la contradicción entre Estado Liberal y derechos sociales, como consecuencia de la transición del Estado de Derecho formal al Estado de Derecho material o constitucional¹⁹¹.

La verdadera evolución en el reconocimiento de derechos sociales, recién encuentra un firme punto de apoyo en las constituciones europeas dictadas después de la Segunda Guerra Mundial. Hasta 1946 (Constitución francesa, la Ley Fundamental de

190 ANTONIO BALDASARRE, “*Los derechos sociales*”, publicado por la Universidad Externado de Colombia, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del derecho N° 20, Bogotá, 2004, 24/25.

191 Ibidem.

Bonn -República Federal Alemana de 1949, la Constitución italiana y de Luxemburgo de 1948) aquellos estuvieron garantizados en leyes ordinarias.

Definidos como derechos fundamentales y con sus caracteres objetivo y subjetivo emanados de los textos constitucionales en las que son incorporado, constituyen un conjunto de valores positivos útiles como criterios de interpretación, de aplicación del derecho y límite a la actividad de los poderes públicos, sin perjuicio de tener el calificativo de derechos subjetivos, pues el solo hecho de su reconocimiento constitucional implica un deber de las autoridades públicas: tienen la fuerza vinculante que surge de las propias Constituciones¹⁹².

En ese marco, debe ubicarse el derecho al trabajo, en todas sus formas.

Es reconocido como un derecho fundamental en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre –artículos XIV y XV–, en el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en el artículo 11, inc. 1, de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial¹⁹³. Incluso los Convenios de la OIT tienen jerarquía superior a las leyes.

Paralelo a ello, la libertad sindical corrió un camino de reconocimientos, originando criterios como que las interpretaciones normativas del Comité de Libertad Sindical y de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y recomendaciones de esa Organización Internacional, constituyen una guía para la aplicación de las normas internacionales sobre libertad sindical y el examen de adecuación o compatibilidad de las normas internas con respecto a aquéllas.

En definitiva, existen reconocimientos convencionales y constitucionales, que inciden directamente en las relaciones de trabajo, incluso en aquellas caracterizadas tradicionalmente como de empleo público¹⁹⁴.

El trabajo nos muestra una dimensión fundamental de la existencia humana sobre la tierra que no puede ser separada de quien la cumple.

Así, es parte del hombre y participa de sus atributos, la dignidad y la libertad. “Sólo el hombre es capaz de trabajar en sentido propio y sólo por analogía se puede decir que

192 JORGE I. RINCÓN CÓRDOBA, “Las generaciones de los derechos fundamentales y la acción de la Administración Pública”, UEC, Bogotá, 2004, 102.

193 JORGE RODRÍGUEZ MANCINI, “Derechos fundamentales y relaciones laborales”, Astrea, Buenos Aires, 2007; p. 148.

194 En la encíclica *Laborem exercens* se expresa que *El trabajo es una de las características que distinguen al hombre del resto de las criaturas, cuya actividad, relacionada con el mantenimiento de la vida, no puede llamarse trabajo; solamente el hombre es capaz de trabajar, solamente él puede llevarlo a cabo, llenando a la vez con el trabajo su existencia sobre la tierra. De este modo el trabajo lleva en sí un signo particular del hombre y de la humanidad, el signo de la persona activa en medio de una comunidad de personas; este signo determina su característica interior y constituye en cierto sentido su misma naturaleza.* En ese sentido, destacamos dos principios, el que se refiere a que *el trabajo está «en función del hombre» y no el hombre «en función del trabajo»* y el que se refiere a su prioridad *frente al «capital»*, es decir que el trabajo es *una causa eficiente primaria, mientras que el «capital», siendo el conjunto de los medios de producción, es sólo un instrumento o la causa instrumental.*

COMENTARIOS ACERCA DEL EMPLEO PÚBLICO EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

las máquinas o los animales lo hacen, ya que son éstos, en todo caso, elementos también al servicio del hombre, quien los aprovecha y explota”¹⁹⁵. Por eso atentar contra él o limitar su ejercicio es una ofensa a la persona humana.

Resulta ilustrativa en esa línea, la Declaración de Filadelfia de la Organización Internacional del Trabajo de 1944, al expresar que la comunidad internacional reconoce que “*el trabajo no es una mercancía*” y que excede el marco del mero mercado económico al apoyarse en principios de cooperación, solidaridad y justicia.

En otras palabras, se trata de un derecho fundamental que debe ser respetado por todas las organizaciones y entidades que forman la sociedad y el Estado.

A su vez debe considerarse que la comunidad en su conjunto depende del esfuerzo laboral de todos, por eso el trabajo no solo es un derecho para el individuo, es también un deber social del cual nadie tiene que evadirse sin padecer las consecuencias propias¹⁹⁶.

En cuanto a las formas de prestación existen dos modalidades jurídicas, la subordinada o en relación de dependencia –que siempre es por cuenta ajena– y la autónoma.

La primera, en función del empleador, incluye la que se presta tanto para el Estado como para personas privadas; una regida (principalmente, aunque no en forma exclusiva) por el derecho público, la otra con aplicación de las normas laborales del derecho privado.

El Estado empleador, la función a cumplir, los objetivos de la organización en la que se desarrolla ese vínculo, las normas especiales que fijan deberes y prohibiciones vinculadas al interés público, marcan las características principales del empleo público que lo distinguen del privado.

Sintetizando: más allá de sus particularidades el empleo público merece ser diseñado, regulado e interpretado considerando que se trata de una manifestación del derecho al trabajo.

III. La noción de empleo público

A nivel normativo y doctrinario se han elaborado variadas definiciones que incluyen diversas clasificaciones, derechos y deberes del personal.

Por eso, tal como venimos postulando corresponde formular una noción integral que abarque a todos los vínculos, acudiendo para ello a la Convención Interamericana contra la Corrupción: “toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria,

¹⁹⁵ JORGE RODRIGUEZ MANCINI “Curso de derecho del trabajo y de la seguridad social”, Astrea, Buenos Aires 2004, pp. 2-4.

¹⁹⁶ Ibidem.

realizada por una persona en nombre del Estado o al servicio del Estado o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos”.

En similar sentido, la Carta Iberoamericana de la Función Pública aprobada por la V Conferencia Iberoamericana de Ministros de Administración Pública y Reforma del Estado en Santa Cruz de la Sierra, Bolivia en junio de 2003, determinó que “la función pública involucra todos los sectores del sistema político administrativo, incluso la educación y la sanidad, que cuentan con sus propios estatutos; los distintos niveles de gobierno y administración (nacionales o subnacionales) los diferentes grados de descentralización funcional de la gestión (entidades descentralizadas dotadas o no de personalidad jurídica propia)”.

Consecuencia de ese enfoque, es el paralelismo entre los términos empleado, funcionario, personal, agente público, servidor público.

Aquí también nos inclinamos por un criterio omnicompreensivo de las diversas calificaciones, como lo hace la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción de que “por “funcionario público” entiende a:

- i. toda persona que ocupe un cargo legislativo, ejecutivo, administrativo o judicial de un Estado Parte, ya sea designado o elegido, permanente o temporal, remunerado u honorario, sea cual sea la antigüedad de esa persona en el cargo;
- ii. toda otra persona que desempeñe una función pública, incluso para un organismo público o una empresa pública, o que preste un servicio público, según se defina en el derecho interno del Estado Parte y se aplique en la esfera pertinente del ordenamiento jurídico de ese Estado Parte;
- iii. toda otra persona definida como “funcionario público” en el derecho interno de un Estado Parte (...). Dicha Convención agrega que a los efectos de algunas medidas específicas incluidas en el capítulo II de la Convención (vinculadas a la prevención, detección y sanción de actos de corrupción) dispone que “podrá entenderse por “funcionario público” toda persona que desempeñe una función pública o preste un servicio público según se defina en el derecho interno del Estado Parte y se aplique en la esfera pertinente del ordenamiento jurídico de ese Estado Parte”.

IV. La estabilidad y la carrera administrativa o profesional

Lo estable es lo que se mantiene sin peligro de cambiar, caer o desaparecer. Es aquello que permanece en un lugar durante mucho tiempo¹⁹⁷.

197 Diccionario de la Real Academia Española, Versión electrónica.

COMENTARIOS ACERCA DEL EMPLEO PÚBLICO EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

Vinculado con el empleo público, la estabilidad supone el derecho a no ser privado o separado del cargo, salvo por motivos legalmente previstos.

Eje de la citada Carta Iberoamericana de la Función Pública, ese derecho se presenta como la protección frente a la destitución arbitraria, sin perjuicio de la duración indefinida o temporal que establezca la normativa específica.

En cuanto a su alcance, opinamos que comprende el derecho del agente público a conservar su empleo, el nivel escalafonario alcanzado y a promocionar en la carrera administrativa, siempre que se respeten las condiciones de ingreso y ascenso establecidos en el régimen jurídico aplicable y mientras no existan causas legítimas para extinguir la relación jurídica.

Al mismo tiempo, confirmamos que la dimensión de la estabilidad del empleado público debe ubicarse no solo en el derecho de éste, sino también en los objetivos de la propia organización pública. Este criterio muestra que los avances arbitrarios del poder público para eliminarla, afectan tanto a los agentes como a la estructura estatal.

En tal sentido, la estabilidad implica la presencia de agentes públicos independientes, especializados que contribuyen a la eficiencia de la gestión pública. De ahí su vinculación estrecha con la carrera administrativa o profesional.

Más allá de su vinculación con la burocracia administrativa y de que ha sido afectada por las críticas negativas formuladas al funcionamiento de ese modelo de organización, la estabilidad constituye una garantía esencial protectora de las consecuencias nefastas que han demostrado políticas públicas propias del llamado “sistema de botín”. Recordemos que en el *spoil system* los cargos públicos se consideraban un botín del partido vencedor en las elecciones. Cualquier ciudadano podía acceder a un cargo público, sin necesidad de calificación o formación específica y su designación por los representantes elegidos por el pueblo garantizaba su sintonía con la voluntad política de la mayoría.

Por eso, tal como lo ha sostenido en la República Argentina la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) la estabilidad tiene por objeto “proteger a los servidores del Estado del abrigo de la discrecionalidad de las autoridades de turno y de los vaivenes de la vida política”, lo que implica no solo tutelar la dignidad del agente público, sino también evitar el deterioro de la función pública con notorio perjuicio para los administrados¹⁹⁸.

En cuanto a la carrera administrativa (o profesional) es preciso subrayar que se trata de un derecho de los agentes públicos estables o de planta permanente.

¹⁹⁸ CSJN Madorrán Marta Cristina C/Administración Nacional De Aduanas S/Despido X Negligencia- Reincorporación. Fallos: 330:1989.

Sin perjuicio de los modelos de carrera que se implementen, son inherentes a ella el mérito y la capacidad, condiciones que limitan la discrecionalidad de las autoridades públicas. Es por esa razón, un freno a la práctica del sistema del botín antes aludido.

Se trata del perfeccionamiento y capacitación del empleado público y la posibilidad de que éste pueda progresar regularmente dentro de las clases, grupos o categorías cumpliendo con las condiciones y requisitos fijados por la norma legal.

La carrera administrativa o profesional constituye un deber de los organismos estatales, que tienen que articular todos los medios para hacerla efectiva.

Coincidentemente, además de que genera en el agente público una expectativa de que puede mejorar sus condiciones y progresar profesional y económicamente, para la organización constituye un medio legal que le permite contar con personal idóneo y capacitado.

Pero este derecho no se agota con el ascenso, porque la conforma también la llamada profesionalización. “Profesión” como arte de profesar, es decir ejercer una ciencia, un arte, un oficio, noción que permite considerar que el empleado público hace de su actividad una profesión, perfeccionándose para cumplir con ella.

En todo ello, la ya citada Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción prevé en el artículo 7° que los Estados Parte, cuando sea apropiado y conforme con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, procurarán adoptar sistemas de convocatoria, contratación, retención, promoción y jubilación de empleados públicos y, cuando proceda, de otros funcionarios públicos no elegidos, o mantener y fortalecer dichos sistemas. Esos sistemas estarán basados en principios de eficiencia y transparencia y en criterios objetivos como el mérito, la equidad y la aptitud. Además, tendrán que incluir procedimientos adecuados de selección y formación de los titulares de cargos públicos que se consideren especialmente vulnerables a la corrupción, así como, la rotación de esas personas a otros cargos. Los Estados también deberán fomentar una remuneración adecuada y escalas de sueldo equitativas, teniendo en cuenta el nivel de desarrollo económico estatal y promover programas de formación y capacitación que permitan cumplir los requisitos de desempeño correcto, honorable y debido de sus funciones y proporcionen capacitación especializada y apropiada para que sean más conscientes de los riesgos de corrupción inherentes al desempeño de sus funciones.

V. Conclusiones: hacia un empleo público de bases constitucionales

El Estado en general y la Administración Pública en particular, muestran un renovado vínculo con el ciudadano que los obliga a diseñar sus organizaciones con una mirada comprensiva de las necesidades de éste.

COMENTARIOS ACERCA DEL EMPLEO PÚBLICO EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

La organización administrativa pública ha debido incorporar la transparencia pública a través del acceso a la información, la participación ciudadana y el control social, e incluir mecanismos de gestión y control eficientes en aras de facilitar el ejercicio de los derechos fundamentales de la sociedad.

En la llamada “buena administración”, tenemos un ejemplo de esta realidad. Reconocida en la Carta Iberoamericana de Derechos y Deberes del Ciudadano en relación con la Administración (CLAD, 2013), se instituye como un principio general del derecho, un derecho del ciudadano y un deber de esa organización.

En ese escenario, para lograr una organización administrativa eficaz que brinde respuestas inmediatas e idóneas a la comunidad, también debe instituirse un sistema de empleo público que reconozca su importancia frente a aquella. Es decir, que la idoneidad de los agentes públicos, su capacitación, sus derechos y deberes deben ser mucho más que una regulación legal, han de convertirse en requisitos y exigencias ínsitas de la gestión pública moderan.

Como advertimos al inicio, resultaría ingenuo desconocer el impacto que tienen las ideologías políticas en la estructuración de la función pública, esto ha llevado a la ausencia de políticas públicas concretas, a mediano y largo plazo. Lamentablemente nos hemos acostumbrados a las promesas coyunturales y a las miradas cortoplacistas para organizar a la Administración Pública.

Pero ello no debe ser obstáculo para reinterpretar al empleo público desde perspectivas convencionales y constitucionales.

Por eso nos parece ilustrativo recurrir una vez más a la Corte Suprema de Justicia de la Nación de la República Argentina que en la causa “Aquino”¹⁹⁹, expresó: *“El hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo –más allá de su naturaleza trascendente– su persona es inviolable y constituye valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental. La dignidad del ser humano no deriva de un reconocimiento ni de una gracia de las autoridades o poderes, toda vez que resulta “intrínseca” o “inherente” a todas y cada una de las personas humanas y por el solo hecho de serlo (Declaración Universal de Derechos Humanos, Preámbulo, primer párrafo, y art. 1; asimismo, PIDESC, Preámbulo, primer párrafo; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ídem y art. 10.1, y Convención Americana sobre Derechos Humanos, Preámbulo, párrafo segundo y arts. 5.2 y 11.1, entre otros instrumentos de jerarquía constitucional). La dignidad de la persona humana constituye el centro sobre el que gira la organización de los derechos fundamentales del orden constitucional”*.

En síntesis, el empleo público en el siglo XXI debe tener sus bases en el Estado Constitucional de Derecho y centrar sus objetivos, instrumentos y estructura en la dignidad del ciudadano (destinatario de la función) y en la dignidad del agente público.

199 CSJN Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A. s/ accidentes ley 9688.Fallos: 327:3753.

LA DIGNIDAD DE LA PERSONA COMO PRINCIPIO DEL DERECHO PÚBLICO

LEONARDO MASSIMINO

1. Introducción

Las profundas innovaciones producidas en nuestra disciplina como consecuencia de la incorporación de los Tratados de Derechos Humanos y la preocupación creciente de obtener la efectividad de los derechos que esos instrumentos reconocen queda de resalto en los diferentes análisis doctrinarios y jurisprudenciales actuales.

Es cierto que, más que un simple cambio de fuentes, la incorporación de los Tratados de Derechos Humanos importa en realidad una nueva regla de reconocimiento del derecho en nuestro ordenamiento la que se traduce en reconocer la dignidad de la persona como principio del derecho público y que, como procuraremos explicar en este trabajo, varía considerablemente el marco conceptual de análisis del derecho público.

Esta nueva regla de reconocimiento importa brevar en nuevos conceptos y abordajes interpretativos que, aunque los referimos con cierta frecuencia, aún no conocemos con toda exactitud sus implicancias en nuestra disciplina. Principalmente porque no sólo no se han desarrollado con toda magnitud todos los corolarios que derivan del imperativo de reconocimiento y resguardo de la dignidad humana sino también porque aún resta la recepción de las interpretaciones de los órganos encargados de la aplicación de estos instrumentos.

No obstante su rol trascendental, pocas veces se repara en la dignidad de la persona humana como el concepto fundante de la gran mayoría, sino de todos, los restantes derechos que nuestro ordenamiento reconoce a la persona. Las argumentaciones y los abordajes de estos temas generalmente están desprovistos de consideraciones que pongan de resalto esta concepción, pese al creciente valor de la dignidad como principio clave en nuestro ordenamiento²⁰⁰.

En virtud de ello, voy a tratar de justificar que la dignidad de la persona posee un valor fundamentador de los derechos humanos con implicancias concretas en lo normativo y fáctico particularmente en el ámbito del derecho público. Por cierto que la referencia a la dignidad humana como fundamento y fin de los derechos humanos es un principio general de todo el derecho, no sólo del público. La referencia particular al derecho

²⁰⁰ El presente trabajo procura, en consecuencia, suplir de alguna manera esa deficiencia. Para ello nos apoyamos en los provechosos estudios realizados por la doctrina aquí citada y la jurisprudencia abordada.

público sólo quiere significar aquí que la dignidad del hombre adquiere una especial preeminencia fundamentadora y normativa en las relaciones del individuo con el poder y frente a los Estados.

2. Derechos fundamentales, valores y dignidad de la persona

En el derecho actual se ha producido el proceso de juridificación progresiva de los textos constitucionales y de los derechos humanos. La idea kelseniana difundida de que la Carta Magna fundamenta todo el derecho, tanto público como privado, se ha unido a la idea ilustrada para producir el efecto secundario de unos derechos individuales constitucionalizados de manera precisa como derechos fundamentales, lo que vale decir que fundamenta todo el orden jurídico-público, esto es, a la vez, estándares de límites al poder y el de directivas de su ejercicio, es decir, mandatos a los poderes públicos de protección y promoción. Secundarios. Además se agrega la función simbólica que en consecuencia ostentan y que consiste en legitimar la política y éticamente el orden social institucional²⁰¹.

Por exigencia de esta función político simbólica de legitimación que ostentan, cierto sector de la doctrina y jurisprudencia suele vincular expresamente los derechos fundamentales a valores o instancias de particular fuerza legitimante como la libertad, el pluralismo, la igualdad o la dignidad.

Empero conviene resaltar que la expresión derechos fundamentales suele emplearse con distintos sentidos según el contexto lingüístico en que sea utilizada. Por esa razón, se habla de una ambigüedad o ambivalencia de los derechos fundamentales ya que se usan tanto como “instrumentos de lucha político-ideológica” y como “categorías ético-jurídicas”²⁰².

Desde la primera perspectiva se dice, por ejemplo, que los derechos económicos, sociales contribuyen a realizar cierta igualdad material a niveles básicos; se habla de una “segunda y hasta tercera generación de derechos. En cambio, desde la segunda perspectiva, al hablar de los derechos como exigencias ético-jurídicas, nos situamos en el terreno de la fundamentación, y no se ve la necesidad de recurrir a la igualdad material para justificar, por ejemplo, el derecho a la educación o a una vivienda digna.

Es que, como afirma la doctrina, los valores de libertad, igualdad y dignidad no parecen tener gozar de idéntica potencia fundamentadora, afirmación que de compartirse, llevaría a considerar que la equiparación entre ellos sería fruto de una operación ideológica. No se dice que la igualdad no sea relevante en el ordenamiento sino que los

201 Sólo en aquellos Estados, se decía ya en 1789, que reconocen los derechos humanos y la división de poderes poseen verdaderamente constitución (cfr. Serna Pablo, La dignidad...op. cit., p. 288.)

202 SERNA, Pablo, La dignidad de la persona como principio del derecho público, Derechos y Libertades, 4, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, 1985, ps. 287-306.

LA DIGNIDAD DE LA PERSONA COMO PRINCIPIO DEL DERECHO PÚBLICO

citados derechos de vivienda digna y educación están plenamente justificados sin que sea preciso considerarlos como exigencias del valor igualdad.

Se afirma, en tal sentido, que la dignidad de la persona no debe situarse en el mismo plano que la libertad, la igualdad o el pluralismo político. Ni siquiera la justicia posee la ultimidad fundamentadora de la dignidad²⁰³.

El párrafo 1.1 de la Ley Fundamental de Bonn consagra como primer principio constitucional el de la dignidad de la persona. En el mismo sentido, la Constitución española, a pesar de profundos debates doctrinarios sobre si la dignidad humana tiene preeminencia o no sobre los restantes valores consagrados en dicho ordenamiento (por ejemplo, libertad, igualdad, pluralismo político), reconoce la dignidad de la persona y los derechos que le son inherentes (art. 10.1 C.E.) en beneficio de los valores superiores del precitado artículo 1.1. de dicha Constitución.

La dignidad es una cualidad que se predica del sujeto humano, y que remite, por ello, a una instancia ontológica, objetiva, al mundo del ser. Por el contrario, la libertad, la igualdad y el pluralismo adoptan fácilmente la forma de valores, sin necesidad de referencia objetiva alguna, sino por virtud de un acto de voluntad que los asume los propugnan. La dignidad se predica, o se proclama, los valores se propugnan²⁰⁴.

En tal sentido, puede concluirse que los derechos humanos se fundan en la dignidad. Por esa razón, la suerte de los derechos, desde el punto de vista ético axiológico, sigue la suerte de la dignidad. Si la dignidad se justifica, se puede justificar la obligatoriedad de los derechos, si por el contrario, no cabe encontrar fundamento sólido a la dignidad, los derechos sólo podrán reivindicarse por motivos no precisamente universales.

3. La dignidad de la persona humana en la actualidad

La dignidad de la persona ha sido sacralizada del modo más solemne en Declaraciones y Pactos internacionales, Constituciones y leyes de cada Estado. La realidad, sin embargo, dista significativamente de tales enunciados teóricos. Quedamos perplejos cuando observamos el modo en que la dignidad humana es desconocida por los propios Estados, incluso los hombres mismos, que llegan a niveles de degradación otrora inimaginables, ante la pasividad de los poderes públicos, que –por el contrario– promueven

203 SERNA, Pedro, Positivismo conceptual y fundamentación de los derechos humanos, Pamplona, Eunsa, 1990.

204 El precitado autor recuerda que existe una sola dignidad humana y es la reconocida por Dios. Recuerda que en una entrevista a Francisco Ayala al ingresar en la academia española a la pregunta ¿qué salva al hombre? Contestaba el nuevo académico “La dignidad”. El que la pierde se convierte en un guiñapo, aunque siempre existe esperanza de remisión. O volvemos al verdadero sentido de la dignidad humana y la vinculamos al sentido cristiano, o quedará a merced de los que en cada momento detentan los poderes estatales. Afirma que la dignidad de la persona no se salva con declaraciones solemnes, que tanto se reiteran; ni en constituciones que la rodean de todas las garantías formales. Únicamente podrá salvarse y con ella el hombre de su destrucción, volviendo a Dios. Porque la raíz última de la angustia del hombre se debe a la ruptura con Dios.

posturas para imponer, estimular y fomentar determinadas formas de educación, la esterilización, el aborto, y la eutanasia.

Estas actitudes sólo pueden explicarse si entendemos por dignidad cosas muy distintas. Si estamos ante concepciones tan opuestas como la que vincula la dignidad a la filiación divina del hombre, creado a imagen de Dios, y la que rompiendo toda relación con el Creador, sólo ve en ella la libertad más absoluta, aunque sea manifestación de los más bajos instintos.

Sólo existe una dignidad del hombre. No existe más que una forma de concebirla. Sin embargo, esta dignidad es atacada a cada momento por los propios Estados nacionales, por las mismas organizaciones internacionales que permanecen inactivas frente a la degradación humana, e incluso por el propio hombre que en su vida personal, profesional, etc. parece haber llegado y cedido a esa coacción frente a agentes extraños.

La dignidad humana posee una profunda conexión con el pensamiento cristiano. Esta visión destaca que el hombre únicamente recuperará la seguridad y confianza cuando vuelva a tener conciencia de que su dignidad es intangible, no porque así lo haya decidido una Asamblea internacional, un dictador o un Parlamento, sino porque así lo prescribe la ley eterna. Es intangible porque dimanando directamente de Dios nada ni nadie se la podrá arrebatar²⁰⁵.

Y cualquiera que fuera el rango, procedimiento y mayoría con que se hubiere aprobado una disposición que la desconociese o atentase contra ella, quedaría tan sólo en una regla con pretensiones de justicia, que no sería Derecho, sino sólo arbitrariedad y violencia, si se intentara imponer su cumplimiento²⁰⁶.

4. El concepto de dignidad de la persona

Si la dignidad de la persona como valor superior y principio general del derecho que consagra nuestro ordenamiento obliga a los poderes públicos y los particulares, resulta necesario delimitar su noción. Si de esta noción derivan consecuencias jurídicas significativas (por ejemplo, que un determinado acto o contrato resulta nulo o ilegítimo

205 A medida que crece la idea de Dios en el hombre, ha crecido también la idea del hombre y de su dignidad. Urge restaurar esa necesaria conexión trascendente del hombre. Así SOTO KLOSS, La dignidad de la persona, fundamento de los derechos humanos y sus antecedentes veteroestamentarios, en la obra colectiva, Los derechos humanos, Ed Idearium, Mendoza, 1985, p. 156.

206 Di Castro, Derecho Civil de España, Thomson Civitas, 2008, Vol I, Tomo I, p. 34; Valle de Goytisolo, Estudios de Derecho Natural, Madrid, 1973, p. 22. Aunque, como dice Larenz- en Derecho Justo cit. p. 30- "sólo ante una justicia crasa y evidente hay que negar obligatoriedad a la norma, que ya o puede quedar legitimada por la fuerza de validez del ordenamiento en su totalidad". Parece incuestionable que toda norma que de un modo flagrante atente contra la dignidad humana, constituiría una de aquellas injusticias que la privan de obligatoriedad". William N. Nelson (en La justificación de la democracia, trad. De Gesavino, Barcelona, 1986) ha puesto de manifiesto que la regla de la mayoría no es razón suficiente para justificar la obligación incondicionada de acatar una norma de Derecho jurídico. Es la calidad de las leyes lo que justifica la obediencia y la obligación del ciudadano de obedecerlas.

LA DIGNIDAD DE LA PERSONA COMO PRINCIPIO DEL DERECHO PÚBLICO

por atentar contra la dignidad humana) resulta imprescindible contar con una cierta delimitación de su concepto.

Ante los intentos de definición, sin embargo, la doctrina pone de resalto la dificultad que esta tarea trae aparejada, que las formulaciones generales son insatisfactorias, que la dignidad es una noción con un cuerpo semántico relativamente poco preciso. Por esa razón sería conveniente, en cambio, afirmarla a través de un proceso de concreción en ciertos casos aunque resulta algo más imprecisa esta tarea en otros.

El problema de la definición trasciende, en realidad, lo puramente semántico o la dificultad conceptual. Pues la dignidad de la persona se invoca para defender soluciones radicalmente contrarias sobre cuestiones fundamentales como la admisibilidad del aborto o la eutanasia. La dignidad es el rango o la categoría que corresponde al hombre como ser dotado de inteligencia y libertad, distinto y superior a todo lo creado. Se atenta contra la dignidad humana siempre que se olvide esta esencial superioridad del hombre y se le considere como cualquier otra parte de la naturaleza. Será indigno todo lo que suponga una degradación del puesto central que le corresponde en la Creación²⁰⁷.

En congruencia con el concepto de dignidad como rango o categoría de todo hombre como tal, pueden señalarse los criterios generales para apreciar cuándo se comete un atentado contra la misma. Estos criterios generales pueden resumirse del siguiente modo:

a) Las circunstancias personales de la persona (nacimiento, raza, sexo, edad, etc.) son indiferentes²⁰⁸. Dado que la dignidad es inherente al ser humano durante toda su vida hasta la muerte, corresponde su protección con abstracción de las circunstancias que en él concurren. Algunas de esas circunstancias, sin embargo, pueden adquirir una consideración o modalidad especial (ej. Mujer embarazada, niños, ancianos, etc.).

b) La intención o finalidad del agente es irrelevante; esto es no hace falta una voluntad de humillación o desprecio para exista atentado a la dignidad de la persona. Si objetivamente se menoscaba el respeto debido a la condición humana, es irrelevante la intencionalidad del agente.

c) Es asimismo irrelevante la voluntad de la persona afectada. Según cierta concepción, la dignidad viene a confundirse con la libertad. La afectación sólo sería posible, según esta posición, si el afectado opina que aquello a que se compromete o que se le impone hacer no viola su dignidad. Si a tenor de sus convicciones morales aquello que ha de hacer no es contrario a la dignidad, no hay por qué imponerle concepciones distintas (ej, la persona acepta condiciones de trabajo que el común de la gente consideraría

²⁰⁷ GONZALEZ PEREZ, Jesús, La dignidad de la persona...op.cit., p. 165.

²⁰⁸ En relación a la dignidad de la persona y su relación con algunas cuestiones de bioética, ver la Instrucción *Dignitas Personae*, Congregación para la doctrina de la fe, Documentos Eclesiales 29, San Pablo, 2008.

vejatorias habría que aceptar su voluntad). Otros opinan, en cambio, que aunque haya aceptación libre de la persona, el acto sigue siendo atentatorio de la dignidad *per se*²⁰⁹.

d) La calificación en concreto una determinada conducta debe valorar las distintas circunstancias concurrentes. Es decir, debe considerarse el lugar, tiempo y situaciones en que se producen. Medidas inadmisibles y condenables por atentar a la dignidad humana en un determinado lugar, tiempo o situación, pueden ser plenamente justificadas en otros²¹⁰.

Si bien no es posible elaborar un listado de todos los posibles atentados a la dignidad de la persona, partiendo de los criterios generales señalados, cabe indicar otros más concretos sobre las formas más comunes en que suelen manifestarse. En principio, se puede atentar a la dignidad de una persona, en sus relaciones con el mundo exterior y por la actividad que se le impone realizar²¹¹:

En cuanto a las relaciones entre personas, el rango o condición inherente a la persona humana nunca puede ser desconocido en las relaciones personales. En la relación personal, el otro siempre ha de ocupar la posición propia de una persona y ser tratado como tal. Siempre que se olvide este elemental principio, se atentará contra la dignidad pues la persona no pueda ser considerada un simple objeto de las relaciones.

En las relaciones con el mundo exterior, se atentará asimismo contra la dignidad siempre que la persona se vea obligada a una relación exterior que repugne a la condición humana. El lugar en que haya que habitar, los medios de transporte que se vea obligada a utilizar, las dependencias del Hospital en que se es internado, las cárceles en que se cumple la condena, han de reunir unas exigencias mínimas propias de la persona.

Finalmente y en cuanto a la actividad. La lesión a la dignidad puede provenir de una determinada actividad que se prohíba o se imponga a la persona. No sólo en sus relaciones personales o familiares (como la obligación de casarse con persona determinada o la prohibición de contraer matrimonio), si no en su trabajo y en ámbitos muy distintos, como en el de la educación, tratamiento sanitario, servicio militar o prestaciones personales sustitutorias de los objetores de conciencia.

209 Según esta posición, en cuanto valor superior informante del ordenamiento se impone indudablemente cualquiera que fuera la actitud del sujeto. Los atentados leves a la dignidad (vgr. Exigencia de saludos excesivamente reverentes, de utilizar vestidos estafalarios) tal solución parece discutible, aunque lo sea en otros casos de gravedad flagrante (vgr. La aceptación de un contrato en que se comprometiera a ejercer la prostitución, o de un régimen que disciplinario que incluyera sanciones de grandantes (cfr. GONZALEZ PEREZ, Jesús, La dignidad de la persona.... op. cit., p. 167).

210 Por ejemplo, situaciones excepcionales de guerra, calamidades, etc. pueden imponerse condiciones de habitabilidad, sanitarias inadmisibles en otros contextos. En otras situaciones no excepcionales pueden justificar la calificación diferente de un mismo acto: registros personales atentatorios de la dignidad, estarán justificados para impedir actos de terrorismo o tráfico de drogas. (cfr. GONZALEZ PEREZ, Jesús, La dignidad de la persona.... op. cit., p. 168).

211 La clasificación y análisis corresponde al provechoso estudio de Jesús Gonzáles Pérez en la obra que se cita en este apartado.

5. El carácter principal de la dignidad en el Derecho argentino.

El hecho de que la dignidad constituya el fundamento de los derechos, la convierte en un principio central del ordenamiento jurídico, pues los derechos son, como se dijo, el núcleo catalizador del derecho público. En ese entendimiento, en nuestro ordenamiento jurídico se resalta el enorme potencial fundamentador que posee el concepto de dignidad, principalmente mediante la inclusión de los Tratados de Derechos Humanos mediante el artículo 75 inciso 22 y otras normas sobre materias específicas de nuestra Constitución Nacional.

La Convención Americana de Derechos Humanos, que integra nuestro ordenamiento por vía del artículo 75 inciso 22 de la Carta Magna que la incluye, contiene diversas disposiciones que reconocen a la dignidad humana como valor y principio normativo. En tal sentido, por ejemplo, el artículo 5. “Derecho a la Integridad Personal dispone” que toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano²¹². Por su parte, el artículo 6. “Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre” establece que el trabajo forzoso no debe afectar a la dignidad ni a la capacidad física e intelectual del recluso²¹³. Asimismo, el artículo 11. “Protección de la Honra y de la Dignidad. 1” reza que toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad²¹⁴.

Por su parte, la parte dogmática de la Constitución consagra la dignidad como atributo supremo inherente de ciertas materias específicas como las previstas en los artículos 14 bis²¹⁵ y 42²¹⁶ de la Carta Magna. El primero se refiere al trabajo digno al que tiene derecho la persona y el segundo al trato digno del usuario en las relaciones de consumo como imperativo que deben asegurar las autoridades.

Nuestro ordenamiento, en suma, resalta el enorme potencial fundamentador que posee el concepto de dignidad. Cabe ahora preguntar si el papel que juega la dignidad se reduce al de un principio fundamentador del ordenamiento jurídico público o si, por el contrario, prolonga la virtualidad más allá del plano estrictamente teórico.

212 “Artículo 5.- Derecho a la Integridad Personal. 2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano...”.

213 “Artículo 6.- Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre: 2. Nadie debe ser constreñido a ejecutar un trabajo forzoso u obligatorio. En los países donde ciertos delitos tengan señalada pena privativa de la libertad acompañada de trabajos forzados, esta disposición no podrá ser interpretada en el sentido de que prohíbe el cumplimiento de dicha pena impuesta por juez o tribunal competente. El trabajo forzoso no debe afectar a la dignidad ni a la capacidad física e intelectual del recluso...”.

214 “Artículo 11.- Protección de la Honra y de la Dignidad. 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad. ... 3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

215 “Artículo 14 bis.- El trabajo en sus diversas formas gozar de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador: condiciones dignas y equitativas de labor...”.

216 “Artículo 42.- Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno. Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos...”.

6. La aplicación de la dignidad de la persona como principio en la jurisprudencia

La dignidad de la persona despliega en nuestro ordenamiento jurídico una cuádruple función de fundamentar el orden jurídico, orientar la interpretación del mismo, servir como base a la labor integradora de algunas lagunas, y determinar una norma de conducta y, eventualmente, un límite a ciertas formas de ejercicio de los derechos fundamentales.

Sin embargo, el estudio de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y demás tribunales sobre la dignidad de la persona confirma sólo parcialmente este extenso panorama y refleja que las ocasiones en que el Máximo Tribunal aborda el tema, lo hace siempre en relación con los derechos fundamentales, nunca como *ratio decidendi* autónoma de una decisión.

Las razones para tal comportamiento pueden ser varias aunque se destacan las de naturaleza técnica y también de orden práctico. En relación a las primeras, podría decirse que este temperamento se debe a que la dignidad de la persona no puede fundar autónomamente un recurso de amparo sino como establece la propia ley 16.986 (B.O. 20/10/1966)²¹⁷ dicho recaudo tuitivo se encamina a la tutela de los derechos constitucionales. Por ello, el alcance del principio de dignidad se medirá, en la práctica, por su referencia directa a los derechos, que constituyen, el fundamento del amparo.

En lo que respecta a las razones prácticas, la jurisprudencia reconoce en la dignidad el fundamento genérico de los derechos. En ocasiones los diferentes pronunciamientos la vinculan a derechos o exigencias jurídicas particulares, como la vida (causa “FAL”²¹⁸), la proporcionalidad de la pena, el honor, la propia imagen, con ciertas formas que garantizan un trato mínimo a los detenidos o internos de instituciones penitenciarias; no discriminación (causas “Pellicori”²¹⁹, “Partido Nuevo”²²⁰ o “Alvarez c/Cencosud”²²¹), o prohibición de indefensión, el proceso en un tiempo útil (“Poggio” en materia judicial ó “Losiser”, en materia de procedimiento administrativo); empleo público (“Madorrán”²²²), entre otros.

En realidad, la Corte Suprema de Justicia estaría renunciando a adoptar un determinado concepto de *dignidad de la persona* que permita extraer consecuencias precisas por vía de argumentación. En tal sentido, por ejemplo, en España mediante sentencia 150/91,

217 El artículo 1 de la mentada ley dispone “La acción de amparo será admisible contra todo acto u omisión de autoridad pública que, en forma actual o inminente, lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, los derechos o garantías explícita o implícitamente reconocidos por la Constitución Nacional, con excepción de la libertad individual tutelada por el hábeas corpus”.

218 Fallo “F., A. L.”, del 13-4-12 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

219 CSJN Fallos P. 489. XLIV., 15 de noviembre de 2011.

220 CSJN Fallos 332:433.

221 CSJN Fallos A. 1023. XLIII, 7 de diciembre de 2010. Ver GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, “Derecho a la no discriminación, efectos horizontales y alcances de su efectiva protección”, La Ley, 2 de febrero de 2011.

222 In ré “Madorrán, Marta C. c. Administración Nac. de Aduanas; Corte Suprema de Justicia de la Nación (CS), 03/05/2007, La Ley 08/05/2007, 08/05/2007, 8, Cita Online: AR/JUR/862/2007.

LA DIGNIDAD DE LA PERSONA COMO PRINCIPIO DEL DERECHO PÚBLICO

el Supremo Tribunal de Justicia llegó a afirmar que un proceder diferente –es decir, definir o suministrar un concepto de la dignidad humana– sería ilegítimo. Por ello, no cabe fundar la inconstitucionalidad de un precepto en la incompatibilidad con doctrinas o construcciones presuntamente consagradas por la Constitución Nacional.

La afirmada autolimitación de la Corte Suprema para emitir una definición de dignidad humana, por su parte, se ve reflejada, por ejemplo en la conocida causa “Madorrán” en la que un agente de la Administración Nacional de Aduanas que había sido despedido sin causa justificada interpuso una demanda a fin de que se lo reincorporara en su cargo y el Máximo Tribunal, revirtiendo su jurisprudencia anterior sobre el particular, resolvió que correspondía reincorporar al agente en virtud de la estabilidad propia reconocida al empleado público por el artículo 14 bis de la Constitución Nacional.

A esos fines consideró que “...sostener la estabilidad propia del empleado público en las concretas circunstancias de esta causa es solución que concuerda con los principios y pautas de interpretación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos que, en buena medida implícitos en la Constitución histórica, han sido expresamente incorporados a ésta por vía del art. 75.22, al dar jerarquía constitucional a los mayores instrumentos internacionales en la materia...”²²³.

Con especial referencia a la vinculación entre el trabajo humano y la dignidad, la Corte consideró que la estabilidad propia puesta como contrapartida del despido injustificado, responde a la protección del derecho a la “estabilidad” y al trabajo del agente en ocasión de tamañas medidas. Y, al obrar de tal modo, tutela, paralelamente, la dignidad, atributo inherente a toda persona, además de centro sobre el que gira la organización de los derechos fundamentales de nuestro orden constitucional [...] Dignidad y trabajo que, por lo pronto, se relacionan en términos naturalmente entrañables, según lo reconoce con claridad el art. 14 bis de la Constitución Nacional y lo reitera el art. 7.a.ii del mentado Pacto, así como ya lo habían hecho otros antecedentes [...], que asientan los principios que debieran inspirar la política de sus Miembros: “todos los seres humanos [...] tienen derecho a perseguir su bienestar material y su desarrollo espiritual en condiciones de libertad y dignidad...”.

La jurisprudencia de los tribunales inferiores se encuentran en línea con el pronunciamiento anterior del Máximo Tribunal. En tal sentido, por ejemplo, en cuanto a los derechos del niño, en la causa “Poder Judicial”²²⁴ se hizo lugar al reclamo de un Defensor Oficial ante el Fuero de la Responsabilidad Juvenil en la cual promovió una pretensión autosatisfactiva contra la Municipalidad de La Plata y la Provincia de Buenos Aires, a fin que se ordenara remover de una escuela pública la existencia de videocámaras que posibilitara la vigilancia de niños y adolescentes que allí concurrían.

²²³ Ver considerando 8 causa citada en la nota al pie anterior.

²²⁴ In re, “Poder Judicial c. Municipalidad de La Plata y Otro/a s/medida autosatisfactiva”, Juzgado de 1ra. Instancia en lo Contencioso administrativo Nro. 1 de La Plata, 30/12/2011, La Ley Online, Cita Online: AR/JUR/84159/2011.

El tribunal hizo lugar al pedido considerando que la instalación de cámaras de seguridad en establecimientos educativos encuadraba en el concepto de “arbitrariedad”, en tanto no satisfacía ninguno de los elementos del test de razonabilidad, toda vez que los fines para los cuales se establecía la restricción a los derechos de los niños, eran discriminatorios y contrarios a los principios que es necesario sostener en una sociedad democrática, dado que “es una práctica notoriamente estigmatizante que tiende a la estigmatización de un sector de la población considerado “de riesgo”; lo cual afecta la dignidad de los niños”.

7. Las dificultades intrínsecas del principio de dignidad. Recapitulación

El examen de la jurisprudencia muestra entonces que la protección de la dignidad acaba siempre refiriéndose a los derechos fundamentales, de modo tal que, en lugar de operar la dignidad como pauta hermenéutica de los derechos, parecen éstos concebirse como determinantes de aquélla.

Al margen de la causa técnica (imposibilidad de basar exclusivamente los recursos de amparo en la violación de la dignidad humana) y del enfoque pragmático (pretensión de derivar las decisiones del normas constitucionales evitando cualquier construcción doctrinaria sobre el concepto), existe otra causa que evita obtener mayor provecho práctico del principio de dignidad humana. Tal causa apunta a que los derechos no derivan de la dignidad en cuanto a su contenido material sino en cuanto a la obligatoriedad de respeto.

Es que los derechos están referidos o protegen bienes particulares de las personas y en muy pocas ocasiones a la persona misma de modo directo. Si se quiere, protegen a la persona a través de bienes particulares que la constituyen. Por ejemplo, en el habeas corpus, cuál es el contenido preciso de la privacidad que debe ser preservado para que pueda afirmarse que se ha violado el derecho a la vida privada de la persona?; qué dimensiones de la existencia personal está comprendido dentro de la “intimidad” o “vida privada”? Es evidente que ninguna de las cuestiones puede ser respondida tomando la dignidad como principio hermenéutico del derecho a la intimidad.

Si se presta atención al ejemplo, se puede concluir que en la estructura genética de los derechos interviene no sólo la dignidad, sino tres elementos: la naturaleza humana – que actúa como instancia de determinación material y como factor de universalización, de extensión a todo el género humano, el elemento histórico (también determinante y configurador de exigencias concretas, a la luz de la naturaleza; y la dignidad misma, que actúa como fuente de la exigencia u obligatoriedad del derecho configurado a partir de los otros dos factores²²⁵.

225 SERNA, Pablo, La dignidad de la persona como principio del derecho público...op.cit., ps. 287-306.

8. La aplicación de la dignidad humana en el Derecho Público. Implicancias

En relación a los derechos, la dignidad de la persona fundamenta a todos ellos, incluidos los llamados derechos sociales, aunque sin lugar a dudas es más patente su conexión con los derechos relativos a la vida, integridad física y moral, libertad personal, honor, intimidad personal y familiar, libertad de expresión, educación, objeción de conciencia, libertad ideológica y religiosa²²⁶. En tal sentido, su capacidad fundamentadora permite extraer consecuencias más allá del ordenamiento estrictamente constitucional en los diversos planos del derecho.

En el derecho civil por ejemplo la dignidad se concretiza en temas de familia, derechos de la personalidad, obligaciones y contratos, entre otros²²⁷. En el derecho del trabajo se evidencia en el respeto a la dignidad del trabajador con todas sus implicancias. En el derecho penal se refleja en el principio de culpabilidad de la pena, autodefensa de la dignidad personal, agravamiento de delitos, por lesión directa de la dignidad, etc.

En el ámbito del derecho administrativo, como veremos seguidamente, las implicancias también son significativas pues se cristalizan tanto en materias específicas (por ejemplo en la relación de empleo público; en las relaciones de los usuarios y consumidores de bienes y servicios; etc.) como así también en temas con implicancias en toda la disciplina (como, por ejemplo, la relación entre procedimiento administrativo y proceso judicial; en el concepto de causa, legitimación, etc.; en la noción misma del régimen exorbitante del derecho administrativo, etc)²²⁸.

8.1. En las relaciones de empleo público y privado

Si bien la aplicación de la Ley de Contrato de Trabajo (LCT) a los empleados públicos es un tema que ha sido objeto de debates en la doctrina y la jurisprudencia desde la fecha de la sanción misma de esa normativa²²⁹, en los últimos tiempos se vislumbra una

226 GONZALEZ PEREZ, Jesús, La dignidad de la persona, Madrid, Civitas, Thomson Reuters, 2011, p. 87 a 94.

227 En materia civil, el anteproyecto de modificación del código civil incorpora una novedad pues, incorpora un capítulo de los derechos personalísimos, en el cual recepta algunas de las cláusulas de los Tratados de Derechos Humanos como el derecho a la dignidad, a la intimidad, el honor y a la imagen. En caso de sancionarse, para captar o reproducir la imagen o la voz de una persona será necesario su consentimiento, salvo que la persona se encuentre participando de actos públicos. Al respecto y desde una perspectiva del derecho público ver MERTEHIKIAN, Eduardo y DROMI, Roberto, Reflexiones de derecho público al proyecto de código civil y comercial. A propósito del título preliminar. RAP; Ciudad Argentina, Hispania Libros, 2012.

228 El autor que seguimos en este apartado plantea la actividad de la administración, la situación de los funcionarios, situaciones militares, status de los reclusos en instituciones penitenciarias, de los usuarios de los servicios públicos, la situación de los escolares y estudiantes, etc. (cfr. GONZALEZ PEREZ, Pablo, La dignidad de la persona...op. cit., p. 87 a 94).

229 Para ampliar, ver IVANEGA, Miriam, Nuevos interrogantes sobre la protección constitucional del trabajador. El caso de los empleados de las empresas y sociedades del Estado, LL Suplemento Constitucional, 09/11/2011, p. 3; y también CREMONTE, Matías, Aplicación del derecho privado a las relaciones de empleo público, LL 13/02/2012, p. 8 y ss. Nota al fallo de la CNtrab, sala II, del 2011/06/10 recaído en la causa Balbachán, Alberto

tendencia a reconocer el derecho a la estabilidad absoluta a los empleados públicos en los términos del art. 14 bis de la Constitución Nacional aunque éstos se encuentren sujetos a la LCT²³⁰.

El pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación *in re* “Delfino” –referida a un agente de un ente regulador que había sido despedido²³¹– que remite en forma directa a la ya citada causa “Madorrán”, además de confirmar este aserto, introdujo el hilo conductor de los tratados internacionales de derechos humanos como un elemento homogeneizador en las relaciones de empleo en el sector público, el cual se proyecta incluso en las relaciones laborales del derecho laboral común.

En tal sentido, la diferenciación entre el régimen jurídico aplicable a los agentes de estos entes sujetos a la LCT y aquéllos sujetos al Régimen Jurídico Básico de la Función Pública pareciera disminuir nitidez, en un contexto en el que pretorianamente se construyen –a partir de la incidencia del derecho internacional de los derechos humanos– ciertos principios generales de lo “laboral”, sea que se trate de empleo público o privado.

En efecto, la filosofía inherente a los derechos humanos que receptan los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia consagran a la dignidad de la persona como fundamento de la estabilidad absoluta incluso en las relaciones de empleo privado cuando están involucrados derechos de igualdad y no discriminación, tal como se resolvió en la causa “Álvarez”, entre otras²³².

8.2 En las relaciones entre el procedimiento y el proceso

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación exhibe otra tendencia que consiste en concebir el funcionamiento sistémico del procedimiento administrativo y el proceso judicial cuando están de por medio los derechos humanos o el requerimiento de satisfacer necesidades humanas básicas con fundamento en los derechos fundamentales y la dignidad humana.

E. c. Universidad Nacional de Buenos Aires, s/ Despido.

230 Para ampliar ver nuestro trabajo, RAP?; “El empleo público en los entes reguladores y la incidencia de los Tratados de Derechos Humanos”.

231 Al respecto, ver GOROSTIAGA, Santiago A., Cuestiones involucradas en la aplicación de la Ley de Contrato de Trabajo a los empleados públicos. Antecedentes y consecuencias del fallo “Delfino Laura Virginia c. ORSNA, Corte Suprema de Justicia de la Nación. Empleados públicos bajo la Ley de Contrato de Trabajo, DT, 2011, (octubre), 2582.

232 Lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa “Álvarez” es objeto de diversas interpretaciones. Al respecto ver, CONFALONIERI, Juan A., PIROLO, Miguel A. y ZAS, Oscar, Discriminación Laboral en diálogos de doctrina, La Ley del 29/02/2011. En este precedente, si bien las consideraciones del voto de la disidencia armonizan los derechos del agente despedido con los derechos de organización y dirección de la empresa que posee el empleador, la solución del voto de la mayoría recepta con mayor plenitud esa filosofía de los derechos humanos a la que nos referimos en el apartado precedente, sin dejar de mencionar –claro está– que, tal filosofía, en prospectiva, está llamada a producir significativas implicancias en el campo del derecho.

LA DIGNIDAD DE LA PERSONA COMO PRINCIPIO DEL DERECHO PÚBLICO

En tal sentido, por ejemplo, los pronunciamientos del Máximo Tribunal recaídos en las causas “Poggio²³³” y “Losicer²³⁴” consideran que la dilación desmesurada del procedimiento y el proceso afectan ilegítimamente el derecho humano a una respuesta y/o un pronunciamiento estatal en tiempo oportuno.

En la causa “Poggio” la Corte Suprema de Justicia juzgó que la dilación desmesurada de un proceso judicial (el cual se había extendido indebidamente por más de 20 años) resultaba ilegítima razón por la cual condenó al Estado nacional por responsabilidad por omisión ilícita. Los mismos postulados de ese precedente son aplicables en sede administrativa por la demora excesiva de los procedimientos tal como señaló la Corte Suprema *in re* “Losicer”²³⁵.

Una implicancia de la unidad sistémica del procedimiento y del proceso se vincula con la operatividad y efectividad de los derechos fundamentales que surge del Pacto de San José y que nuestra Corte Suprema reconoce. Ello porque, como hemos visto en los precedentes citados, frente al derecho humano reclamado cualquier autoridad pública está obligada a brindar una respuesta concreta y oportuna²³⁶. Sería factible postular entonces la posible fungibilidad de tales momentos (el administrativo y el judicial) cuando se trata de satisfacer una necesidad humana fundamental.

En suma, la doctrina de los derechos fundamentales y la dignidad humana constituyen en la práctica el fundamento de una nueva fisonomía en las relaciones entre el procedimiento administrativo y el proceso judicial cuyas implicancias son variadas e incipientes.

8.3 La efectividad de los derechos, ¿una cuestión filosófica o un tema jurídico?

La efectividad de los derechos, o la garantía de su aplicación, trasciende de algún modo la cuestión de su fundamentación. La efectividad del derecho, como se ha visto, se refiere básicamente a los recaudos necesarios para el disfrute y goce efectivo de los derechos que consagra el ordenamiento jurídico. En ese entendimiento, el tema se ubica en el plano estrictamente jurídico en lugar del filosófico, aunque esto no importa desconocer la necesaria conexión y dependencia que existe entre seos ámbitos.

233 La sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa “Poggio, Oscar Roberto C/ EN, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos- S daños y perjuicios” de fecha 08 de noviembre de 2011.

234 Losicer, Jorge Alberto y otros c. BCRA-Resolución 169/05, C.S.J.N. 26.06.2012. Este precedente deja sin efecto el criterio sentado por la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal en la “causa No. 48.408/2006, autos “Navarrine, Roberto Héctor y otros c. BCRA, Resol 208/05 (Expte. 101226/83 SUM FIN 578)”, en pleno”.

235 GUTIERREZ COLANTUONO, Pablo A., Derechos y prerrogativas públicas: aspectos de un nuevo orden, LA LEY 03/10/2012, 03/10/2012, 8 - LA LEY2012-E, 592; Fallo comentado: CSJN, 2012-06-26 ~ Losicer, Jorge Alberto y otros c. BCRA - Resol. 169/05 (expte. 105666/B6 SUM FIN 708).

236 Esto es lo sucedido, por ejemplo, en la causa “Q.H” s/acceso a la vivienda digna de la CSJN. En este caso, la justicia ordenó dar una respuesta concreta frente a la omisión de la administración. En definitiva, al ciudadano no le interesa tanto si la tutela es “administrativa” ó “judicial”: Al ciudadano le interesa, en definitiva, que el Estado respete sus derechos y persona. Es decir, le interesa una “tutela estatal efectiva”.

Como afirma Bobbio, el problema no es filosófico sino jurídico y en un sentido más amplio político. Es la garantía de los derechos. Cuando digo que el problema no es el fundamento, sino el de las garantías, quiero decir que consideramos que el problema del fundamento no como inexistente sino como, en cierto sentido, resuelto de tal forma que hoy demos preocuparnos por su solución, su vigencia inmediata como prevé la constitución²³⁷.

8.4 En el régimen exorbitante del Derecho Administrativo.

Otro aspecto que puede implicarse de la tendencia jurisprudencial que señalamos se refiere a los fundamentos axiológicos del derecho administrativo el cual consiste, como sabemos, en un régimen exorbitante²³⁸.

Desde esta perspectiva, más que remitir a un equilibrio de garantías del particular y de las prerrogativas públicas, se produciría una variación cualitativa que ubica a los derechos fundamentales en el centro de la argumentación. Como consecuencia de ello, y dada la operatividad e inmediatez de esos derechos, la actuación estatal (tanto la administrativa y judicial) debe reformularse y resignificarse para asegurar la vigencia efectiva de esos derechos, por cierto siempre de cara al interés público²³⁹.

Ello no importa propiciar un carácter menguante del interés público en manos de la dignidad humana y sus corolarios ni tampoco sostener una supremacía formal del interés público sobre los restantes derechos, sino afirmar la necesidad de revitalizar la significancia de la dignidad y su imprescindible resguardo frente a la actividad estatal dirigida a atender el interés público²⁴⁰.

8.5 En el poder de policía.

En esta temática se ha referido a algunas tendencias o nuevas perspectivas de abordaje de la actividad interventora del Estado, las cuales muestran, por un lado, una finalidad

237 BOBBIO, Norberto, Síntesis panorámica, Texto redactado con motivo de la entrega del Premio Balzán 1994 de Derecho y Ciencia Política, Derechos y Libertades Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, enero-junio 1995, No. 4, ps. 111 y ss.

238 En este trabajo, siguiendo a Julio Comadira, utilizamos como equivalentes los términos “bien común” e “interés público”, habida cuenta de que el interés público al cual generalmente se refiere la doctrina no puede ser sino el bienestar general mencionado en el Preámbulo de la Constitución, y éste, a su vez, debe ser entendido, según lo ha señalado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, como el “bien común de la filosofía clásica Fallos 179:113 (conf. COMADIRA, Julio R., ESCOLA Héctor J., COMADIRA, Julio P., Curso de Derecho Administrativo, Abeledo Perrot, Tomo II, p. 1074, nota al pie 138).

239 La corte cuando habla de progresividad de los derechos sindicales, vinculándolos a los derechos humanos, en “Aquino”, “Madorrán” y ahora en “ATE”, fs. 7 LL.

240 Para ampliar, ver el trabajo de GABARDO, Emerson y WUNDER HACHEM, Daniel, O principio de supremacía do interesse público e das origens do direito administrativo. Uma crítica da crítica, en AAVV, Direito Administrativo e interesse público, Forum, p. 155 y ss.

cada vez más tuitiva de los derechos humanos y, por el otro, una preocupación creciente en las consecuencias derivadas de esa intervención²⁴¹.

Si bien los nuevos modos de abordar estas cuestiones provienen algunos del campo económico y otros de la ciencia jurídica, es posible identificar en todos los casos un fundamento común de la intervención estatal que va adquiriendo una fisonomía diferente mucho más provechosa y fértil en el estudio de los temas de nuestra disciplina.

La mutación del centro de gravedad en el estudio de la potestad reglamentaria del Estado hacia la protección de los derechos de la persona humana por el sólo hecho de *ser* persona y formar parte de una comunidad, importa un verdadero de cambio paradigma que trastoca el modo que, hasta el presente, abordábamos la cuestión.

La problemática del poder de policía –si es que se insiste en mantener esa nomenclatura– debe entenderse en una concepción servicial subordinada a la particular naturaleza de los derechos sobre los que recae la intervención y su razonabilidad reinterpretarse a la luz de los condicionamientos y/o los principales límites que encuentra la tarea reglamentaria según estos enfoques.

8.6 En el límite de los derechos fundamentales. La cuestión de los costos

El reconocimiento de todo derecho importa un determinado costo. En el caso de los derechos fundamentales, su establecimiento requiere computar las consecuencias económicas que derivan de reconocer ese derecho en cabeza de un determinado colectivo.

La jurisprudencia permite colocar, casi al lado de la concreción de los derechos, la cuestión de los costos involucrados²⁴². Por esa razón, no se trata de soslayar el reconocimiento de esos derechos –que, por cierto, nadie niega– sino tener presente los costos que importan.

Con cierto sentido de la realidad emergente de esos costos, pero ante la acuciante realidad de quienes se hallan en situación de desamparo, se impondría un redimensionamiento o recalcule de las consecuencias de operatividad o exigibilidad del respectivo derecho. En otras palabras, a fin de que el derecho se torne operativo o real para los beneficiarios, parecería adecuado redeterminar el significado del derecho en cuestión. Así, el derecho a la salud, acceso a una información adecuada y veraz, vivienda²⁴³, etc. Al respecto, convendría distinguir que para la operatividad de los derechos que

241 En relación a esta posición ver RODRIGUEZ CAMPOS, Eleonora, El poder de policía: una perspectiva diferente, N° 77, Abeledo Perrot, p. 711. También puede consultarse, MASSIMINO, Leonardo, Las nuevas visiones sobre el poder de policía, Doctrina Judicial, La Ley, Año XXVIII, N° 8, 22/02/2012.

242 Q. 64. XLVI. RHE “Q. C., S. Y. c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo”, del 24-4-12.

243 Por ejemplo, MASSIMINO, Leonardo, Los derechos humanos y el derecho a la vivienda: los criterios judiciales”, RAP; Año XXXV-411, p. 33 y ss.

necesitan para su concreción de fondos (derechos de prestación) difieren de los derechos que no requerirían de ellos (derechos de libertad)²⁴⁴.

8.7 En las relaciones de consumo

El artículo 42 de la Constitución Nacional dispone que los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno y que las autoridades deben proveer a la protección de esos derechos.

En línea con la precitada disposición, el artículo 8 bis de la Ley 24.240 dispone que los proveedores deben garantizar condiciones de atención y trato digno y equitativo a los consumidores y usuarios, debiendo, entre otras cosas, abstenerse de desplegar conductas que coloquen a los consumidores en situaciones vergonzosas, vejatorias o intimidatorias.

La precitada previsión de la ley defensa del consumidor no es otra cosa que una aplicación concreta del principio que emana del artículo 11 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos que establece que toda persona tiene derecho al reconocimiento de su dignidad²⁴⁵.

9. A modo de conclusión

La dignidad de la persona constituye un principio central del derecho público, por serlo a su vez de los derechos fundamentales, como más fuerza fundamentadora que eficacia práctica. La actividad administrativa cualquiera sea su finalidad y propósito debe respetar como algo sagrado e inviolable la dignidad de la persona. Cualquiera sea el modo de expresión de la Administración éste debe estar informado y moldeado por el respeto del valor esencial de la dignidad humana.

El quehacer de los derechos fundamentales no se agota en lo normativo y sus implicancias, sino que se proyecta más allá y tiene que ver con lo que la doctrina ha señalado respecto de la necesidad de proyectar los derechos humanos hacia la promoción y

244 En el fallo "F., A. L.", del 13-4-12, la Corte Suprema construye una suerte de "derecho a abortar" o derecho a servicios o prestaciones estatales de aborto. Dice el consid. 25 de ese fallo: "Es el Estado, como garante de la administración de la salud pública, el que tiene la obligación, siempre que concurren las circunstancias que habilitan un aborto no punible, de poner a disposición, de quien solicita la práctica, las condiciones médicas e higiénicas necesarias para llevarlo a cabo de manera rápida, accesible y segura".

245 VAZQUEZ FERREYRA, Roberto A., El trato digno en la ley de defensa del consumidor, LL 4/09/2012, p. 1. Este autor señala que si quisiéramos dar un ejemplo de infracción de dicha norma bien podrían servir las interminables colas que soportan los jubilados para el cobro de sus jubilados. Y sin embargo, esto se repite mes a mes a lo largo y ancho del país, cualquiera sea la condición climática que deban soportar esas personas sin que nadie haga nada al respecto.

LA DIGNIDAD DE LA PERSONA COMO PRINCIPIO DEL DERECHO PÚBLICO

realización²⁴⁶ efectiva de políticas de bienestar en el área económica, social y cultural, para crear, consolidar y difundir condiciones de bienestar común y de acceso al goce de los derechos por parte de todos los hombres, principalmente los menos favorecidos.

Lo anterior nos lleva a una cuestión sustancial y es que los propios derechos, aunque parezca paradójico, convalidan las limitaciones razonables que se imponen a algunos de sus titulares para acrecer la capacidad de ejercicio de otros que la tienen disminuida o impedida por razones que les exceden, lo cual constituye la función autolimitadora de los derechos fundamentales.

De todas maneras, lo que podría afirmarse sin hesitar es que el reconocimiento y protección de la dignidad de la persona humana se consolida paulatinamente en un principio general de nuestro sistema de derecho.

²⁴⁶ BIDART CAMPOS, Germán, Teoría General de los Derechos Humanos, 1991, Astrea, p. 63.

Un nuevo desafío intelectual de la Maestría en Derecho Constitucional de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil ha logrado cristalizarse con la publicación de esta importante obra jurídica producida por sus valiosos catedráticos. Nos hemos propuesto publicar cada año un libro de los profesores de nuestra Maestría. Nos esforzaremos para lograrlo.

Esta obra, producto del esfuerzo intelectual de Miguel Hernández Terán, Teresa Nuques Martínez, Agustín Grijalva Jiménez, José Luis Castro-Montero, Alejandra Cárdenas Reyes, Juan Carlos Benalcázar Guerrón, María Helena Carbonell Y., Kleber David Siguencia Suárez, Miriam M. Ivanega y Leonardo Massimino, tiene un excelente contenido. Aborda temas de gran actualidad. Por lo mismo, tenemos fundadas expectativas de su éxito. El lector podrá comprobar el alto nivel de esta publicación.

Como Maestría en Derecho Constitucional, como Universidad, como teóricos y prácticos del Derecho quedamos enteramente satisfechos con esta construcción jurídica que a partir de hoy ve la luz pública.



UJO Acuña E2-02 y Agama
Telfs. (593-2) 2221-711 / 2232-693 / 2232-694 / 2232-696
WhatsApp: 099 726 5160 - 099 274 7594
Fax (593-2) 2226-256 Apartado 172100186

GYE Telf. (593-4) 2133-705 / Cel.: 0981 928 173

CUE Honorato Vásquez 794 y Luis Cordero Telf. (593-7) 2837-281

www.cep.org.ec ▪ actualizacionvirtual@hotmail.com

P.V.P.: USD 15.00

ISBN: 978-9942-06-509-4



9789942065094