





# DERECHOS EN LA CONSTITUCIÓN ECUATORIANA

Aportes desde la multidisciplinariedad

## **Autores:**

*FABIÁN SALAZAR SÁNCHEZ ▪ YANET NÁPOLES NÁPOLES  
MARÍA ELENA CASTILLO RAMOS ▪ FREDDY LÓPEZ LÓPEZ  
MARCELO GALARRAGA CARVAJAL ▪ PAULINA BARONA VILLAFUERTE  
GERMÁN MOSQUERA NARVÁEZ ▪ ROBERTH DELGADO SAYAY  
JOSÉ SANTIAGO ESPÍN MOSCOSO ▪ DIANA GABRIELA D'AMBROCIO  
MILTON ENRIQUE ROCHA ▪ ESTEBAN MORALES MONCAYO  
ALEJANDRO CALDERÓN ANDRADE*

CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES  
Quito, 2020

# CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES (CEP)

## DERECHOS EN LA CONSTITUCIÓN ECUATORIANA

Aportes desde la multidisciplinariedad

FABIÁN SALAZAR SÁNCHEZ ▪ YANET NÁPOLES NÁPOLES

MARÍA ELENA CASTILLO RAMOS ▪ FREDDY LÓPEZ LÓPEZ

MARCELO GALARRAGA CARVAJAL ▪ PAULINA BARONA VILLAFUERTE

GERMÁN MOSQUERA NARVÁEZ ▪ ROBERTH DELGADO SAYAY

JOSÉ SANTIAGO ESPÍN MOSCOSO ▪ DIANA GABRIELA D'AMBROCIO

MILTON ENRIQUE ROCHA ▪ ESTEBAN MORALES MONCAYO

ALEJANDRO CALDERÓN ANDRADE

### Revisión

Departamento Jurídico Editorial - CEP

### Diagramación

Departamento de Diagramación - CEP

### Impresión

Talleres de la CEP

**Derecho de Autor No.:** En Trámite.

**Depósito Legal No.:** En Trámite.

**ISBN No.:** 978-9942-10-589-9: 14-jul-2020.

**Tiraje:** 500

**Edición:** Primera. Julio 2020.

## Quito - Ecuador

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

Todos los derechos sobre el contenido de esta obra pertenecen a la Corporación de Estudios y Publicaciones. Prohibida su reproducción total o parcial así como su incorporación a sistemas informáticos, su traducción, comunicación pública, adaptación, arreglo u otra transformación sin autorización expresa de la Corporación.

## Índice

Prólogo	I
---------	---

### *Capítulo I*

#### **MAS ALLÁ DE UNA GARANTÍA**

*Fabián Salazar Sánchez*

1. Las garantías más allá de una pandemia	10
---	----

### *Capítulo II*

#### **UNA MIRADA A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DESDE LA PERSPECTIVA DE LA CONSTITUCIÓN ECUATORIANA DE 2008**

*Yanet Nápoles Nápoles*

<b>Introducción</b>	20
1. Apuntes doctrinales en torno a la conceptualización de los derechos fundamentales	21
2. Eficacia de los derechos fundamentales	31
3. Esbozos sobre la clasificación de los derechos fundamentales	35
4. Análisis de los derechos fundamentales desde la mirada de la Constitución ecuatoriana de 2008	45
<b>Bibliografía</b>	55

*Capítulo III***TRATA DE PERSONAS Y LOS DERECHOS DE LIBERTAD***María Elena Castillo Ramos*

<b>Introducción</b>	61
1. Definición de trata de personas a la luz del Protocolo de Palermo	62
2. La trata de personas: evolución normativa y legislación aplicable	63
3. Principio de no punibilidad de la víctima de trata	68
4. La trata de personas y sus modalidades	70
4.1. La extracción o comercialización ilegal de órganos, tejidos, fluidos o material genético y el turismo para la donación o trasplante de órganos	71
4.2. La explotación sexual de personas incluida la prostitución forzada, el turismo sexual y la pornografía infantil	72
4.3. La explotación laboral, incluido el trabajo forzoso, la servidumbre por deudas y el trabajo infantil	73
4.3.1. Actividades productivas lícitas contempladas dentro de esta modalidad de moderna esclavitud	74
4.3.2. Actividades productivas ilícitas sujetas a esta modalidad de moderna esclavitud	74
4.4. Promesa de matrimonio o unión de hecho servil, incluida la unión de hecho precoz, arreglada, como indemnización o transacción, temporal o para fines de procreación	76
4.5. La adopción ilegal de niñas, niños y adolescentes	76
4.6. La mendicidad.	77
4.7. El reclutamiento forzoso para conflictos armados o para el cometimiento de delitos	78
5. La Trata de Personas dentro del contexto nacional	80
6. La trata de personas dentro del contexto internacional	82
<b>Referencias</b>	83

*Capítulo IV***DERECHO CONSTITUCIONAL DE HÁBITAT Y  
VIVIENDA COMO DERECHOS DEL BUEN VIVIR***Freddy López López*

<b>Introducción</b>	87
1. Constitución, hábitat y vivienda	88
2. Hábitat	90
3. Vivienda	93
4. Hábitat, vivienda y buen vivir	94
5. Vivienda y crecimiento	97
6. Hacia un hábitat adecuado y una vivienda digna	101
<b>Conclusiones</b>	104
<b>Referencias</b>	105

*Capítulo V***DERECHOS DE LA NATURALEZA EN EL CONTEXTO  
DE LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA Y LAS ÁREAS  
NATURALES PROTEGIDAS, SU IMPORTANCIA EN LA  
CONSERVACIÓN DE LA BIODIVERSIDAD***Marcelo Galarraga Carvajal*

<b>Introducción</b>	110
1. Derechos de la naturaleza	111
2. Derechos del Buen Vivir	119
3. Las Áreas Naturales Protegidas, su importancia en la conservación en la biodiversidad	130
<b>Conclusiones</b>	134
<b>Bibliografía</b>	135

*Capítulo VI***ANÁLISIS DE LA EVOLUCIÓN DE LA EDUCACIÓN  
EN EL ECUADOR Y SU IMPACTO INTERNACIONAL***Paulina Barona Villafuerte*

<b>Introducción</b>	138
1. Evolución Histórica del Sistema Educativo Ecuatoriano	139
2. Estructura del Sistema Educativo Ecuatoriano	143
3. La Constitución de La República del Ecuador 2008 y La Reforma Educativa	147
4. Ley Orgánica de Educación Intercultural (LOEI)	156
5. Ley Orgánica De Educación Superior (LOES)	158
6. Incidencia de la Reforma Educativa Ecuatoriana en el Proceso de Integración	160
7. Proyecto Regional de Educación para América Latina (PRELAC)	166
8. Otras Declaraciones, Convenios y Acuerdos Internacionales Pertinentes en Materia de Integración Educativa en Suramérica	171

*Capítulo VII***MARCO CONSTITUCIONAL Y LEGAL  
PARA LA MIGRACIÓN FORZADA EN ECUADOR***Germán Mosquera Narváez*

<b>Introducción</b>	177
1. La migración forzosa en el escenario Internacional	178
2. Asilo y Refugio, dos categorías a precisar en el marco del Derecho Internaciona	180
3. El Derecho de Asilo	181
4. El Derecho al Refugio	183
5. Ecuador Constitución y derechos para la movilidad humana	184

6. Ley Orgánica de Movilidad Humana, derechos y obligaciones de las personas	189
7. Mecanismos constitucionales para la garantía de derechos	192
<b>Bibliografía</b>	197

*Capítulo VIII*

**PROCESO DE PARTICIPACIÓN SOCIAL O CIUDADANA  
EN LA REGULARIZACIÓN AMBIENTAL**

*Robertb Delgado Sayay*

<b>Introducción</b>	200
1. Actividades previas al proceso de participación social o ciudadana	206
2. Proceso de participación social o ciudadana	207
3. La asamblea de presentación pública	217
4. Informe de sistematización	221
<b>Consecuencias</b>	226
<b>Conclusiones</b>	228
<b>Recomendaciones</b>	230
<b>Bibliografía</b>	231

*Capítulo IX*

**LA RENDICIÓN DE CUENTAS COMO MECANISMO  
DE CONTROL SOCIAL DE LOS RECURSOS PÚBLICOS  
EN EL ECUADOR**

*José Santiago Espín Moscoso*

<b>Introducción</b>	235
1. La actividad financiera del Estado	235
2. Gasto Público y Gasto Social	236
3. Recursos públicos	237
4. Concepto de rendición de cuentas	238

5. Relación entre rendición de cuentas y recursos públicos	239
6. Proceso de rendición de cuentas	240
7. La Práctica del Proceso de Rendición de Cuentas	246
<b>Conclusiones</b>	248
<b>Bibliografía</b>	249

### *Capítulo X*

## **RESPONSABILIDAD JURÍDICO-CIVIL Y PREVENCIÓN DE BASE NORMATIVA EN EL ÁMBITO LABORAL QUE CONDENA AL EMPLEADOR MOROSO**

*Diana Gabriela D'Ambrocio*

1. La responsabilidad jurídico-civil	253
a) Contextualización	253
b) Elementos comunes a todo tipo de responsabilidad	256
c) Clases de Responsabilidad jurídico-civil contractual y extracontractual	262
2. Derecho de daños y prevención	263
a) El daño se puede prevenir?	263
d) Principio de reparación integral y equidad.	265
e) La conducta debida y el deber de cooperación	266
f) Fundamentos primordiales de los deberes de evitación y mitigación del daño	267
La razonabilidad	267
La solidaridad	268
El alterum non laedere	269
3. El trabajo en el Estado “constitucional, de derechos y justicia”	269
a) Cuestiones preliminares	269
b) El derecho al trabajo en el marco normativo constitucional (Ecuador)	274
4. La Prevención de Base Normativa de Carácter Laboral que condena al empleador moroso	275

a) Precisiones terminológicas: El trabajo, el derecho al trabajo y el derecho del trabajo	275
b) La prevención a través de medidas de carácter jurídico:	276
c) Responsabilidad Laboral: pago de remuneraciones	278
d) Análisis de la norma legal y resolución dictada por la Corte Nacional de Justicia, en torno al pago de remuneraciones y condena al empleador moroso (Ecuador)	280
<b>Bibliografía</b>	289

### *Capítulo XI*

## **PROPUESTA DE ESQUEMA DEL CONSTITUCIONALISMO DEL BUEN VIVIR COMO CATEGORÍA DE ANÁLISIS**

*Milton Enrique Rocha*

<b>Introducción</b>	293
1. Aportaciones analíticas de los modelos políticos de Estado	294
1.1. Concepciones del Derecho Constitucional	294
1.2. Interdisciplinariedad y elementos de análisis	297
1.3. “Estado” absoluto o absolutismo	299
1.5. Estado de Derecho	300
1.6. Estado Constitucional de Derechos	303
2. Camino al Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano	307
3. Esquema del Constitucionalismo del Buen Vivir como categoría de análisis	312
<b>Conclusiones</b>	321
<b>Bibliografía</b>	323

*Capítulo XII***EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD  
EN UN ESTADO DE EXCEPCIÓN.  
EL GARANTE DEL GARANTISMO***Esteban Morales ▪ Alejandro Calderón*

<b>Introducción</b>	325
1. Un Olimpo sin Zeus: La historia como muestra de la necesidad de una Corte Constitucional	327
2. Naturaleza, límites y rol de la Corte Constitucional como órgano de control	331
3. Restricción de derechos mediante estado de excepción en pandemia del SARS-CoV-2:	334
<b>Bibliografía</b>	345

## PRÓLOGO

Desde el momento mismo de mi ingreso a la facultad de derecho de la Universidad Indoamérica en calidad de profesor de derecho penal tuve la oportunidad de conocer a un grupo de profesionales y sobre todo académicos excepcionales, comprometidos con la sociedad, particularmente con incentivar en los estudiantes la búsqueda de nuevas formas de aprender y estudiar el derecho, motivados por un ejercicio del derecho que hasta ese momento se desarrollaba sin un correcto entendimiento tanto de la teoría como de la praxis y sembrando en los estudiantes la curiosidad y creatividad que exige el correcto ejercicio de la abogacía en la actualidad y para el futuro.

El equipo académico que participó en esta obra está conformado por profesionales de una magnífica trayectoria y reconocimiento tanto en el ámbito académico, como en el libre ejercicio y también desempeño en diversas instituciones públicas, con títulos de posgrado y especialización en sus respectivas áreas, que han publicado múltiples aportaciones al saber jurídico. Lo que implica que este texto denominado “Derechos en la Constitución ecuatoriana: aportes desde la multidisciplinariedad”, sea una verdadera contribución académica para la comunidad jurídica, y al ser de carácter multidisciplinar es un texto de referencia inclusive para otras áreas del conocimiento.

Me permito ofrecer una estructura que a mi parecer expresaría de forma clara el contenido que ofrece esta distinguida obra:

El texto parte de una clara definición, realizada por el Dr. Fabián Salazar Sánchez, de lo que significan las garantías constitucionales de forma general, haciendo una reflexión profunda de si en verdad necesitamos una ley superior para respetarnos entre seres humanos o lo que necesitamos es conocernos a nosotros mismos y de este modo alcanzar el verdadero significado de la dignidad humana y de

cuánto vale el ser humano por el simple hecho de existir y coexistir en sociedad. No contento con este importantísimo aporte, Fabián realiza un análisis de total actualidad sobre las garantías más allá de la pandemia brindando trascendentes ideas de cómo, desde el punto de vista constitucional, podemos sacar cuestiones positivas a pesar de la situación adversa que como sociedad nos ha tocado atravesar.

Como segundo capítulo se aborda y analiza, a partir de cuestiones teóricas generales de las distintas posiciones doctrinales, los derechos fundamentales desde el enfoque de la actual Constitución de la República del Ecuador, este capítulo dotado de tecnicismo jurídico denominado “Una mirada de los derechos fundamentales desde la perspectiva de la Constitución ecuatoriana de 2008” desarrollado por la Dra. Yanet Nápoles Nápoles realiza un minucioso análisis de aquéllos elementos esenciales para la función reguladora de derechos, respecto a la legitimidad de los sistemas políticos y de los ordenamientos jurídicos.

En el capítulo número tres la Dra. Msc. María Elena Castillo Ramos, actualmente candidata a PhD, detecta cifras escalofriantes respecto al incremento de casos relativos a la trata de personas en el Ecuador, establece que esta conducta delictual vulnera diversos bienes jurídicos protegidos como la vida, la igualdad, la integridad física, psicológica, la salud, la seguridad personal, el entorno familiar y el trabajo digno, y realiza un análisis integral de los citados derechos, brindando posibles soluciones desde la perspectiva del Protocolo de Palermo a fin de elaborar un enfoque de lucha nacional contra la trata de personas.

El Dr. Freddy Geovanny López López elabora, en el capítulo cuarto, un aporte esencial para la academia y personas interesadas en conocer los derechos constitucionales de hábitat y vivienda como derechos del buen vivir, así se titula a su obra, que pormenoriza, describe, y destaca la problemática existente en la efectivización de estos derechos, pero así también de forma práctica y concisa encuentra soluciones a los problemas planteados que protegen el contenido

esencial del derecho al buen vivir, entre estas una novedosa conclusión sobre la creación de una política habitacional.

El Dr. Marcelo Galarraga Carvajal, fiel a su área de especialidad y de su incansable vocación por la investigación, titula a su obra “derechos de la naturaleza en el contexto de la Constitución de la República y las áreas naturales protegidas, su importancia en la conservación de la biodiversidad”, que constituye el capítulo quinto de esta obra, y que recopila varios instrumentos legales vigentes en el Ecuador que protegen a la naturaleza, pero que sobre todo establece las bases de posibles políticas públicas que deberán implementarse como lineamientos a seguir por el estado a largo plazo en beneficio de la protección, prevención y precaución del ambiente, así como la conservación de la biodiversidad y los derechos de la naturaleza.

Otro derecho fundamental para el desarrollo de un verdadero estado de derechos y justicia es la educación, que es tratado con virtuosa maestría por la Dra. Paulina Barona Villafuerte, en el capítulo número seis que esta autora lo denomina “Análisis de la evolución de la educación en el Ecuador y su impacto internacional” en el que a partir de un punto de vista holístico estudia el proceso de integración educativo que se dio en la UNASUR, así como procesos paralelos suscitados en la región que han tenido incidencia directa en el Ecuador, para concluir ofreciendo una propuesta estructurada en objetivos clave, sobre todo en lo referente a políticas públicas para mejorar procesos.

Dentro de los trascendentes aportes que a la sociedad ha brindado el Dr. Msc. Germán Mosquera Narváez uno de los que más sobre sale es su pensamiento crítico y reflexivo referente a la migración, En esta obra el aporta con su valioso pensamiento en el capítulo número siete, denominado “Marco constitucional y legal para la migración forzada en Ecuador y Colombia, en el que a manera de catálogo recoge el marco constitucional y legal que se ha establecido para la protección de los derechos relacionados con la movilidad humana en el contexto de la migración forzada pero lo hace desde la novedosa tesis de los estados neoconstitucionales actuales definiendo las

principales garantías jurisdiccionales creadas para el efectivo cumplimiento de estos derechos.

Una verdadera innovación ofrece el profesor Mgs. Roberth Delgado Sagay en el capítulo ocho referente a “el proceso de participación social o ciudadana en la regularización ambiental” cuando decreta de manera fehaciente que todas las actividades que desarrollamos generan impactos al medio ambiente, por lo expuesto su esfuerzo académico que se ve claramente reflejado en este capítulo está encaminado en realizar un énfasis constitucional, legal y la puesta en marcha de manera crítica acerca del proceso de participación social en la regularización ambiental alcanzando importantes hallazgos en su investigación como es que en ninguna parte de la normativa se menciona cuando las opiniones y observaciones emitidas por la población serán consideradas viables llegando también a plantear importantes recomendaciones que al parecer del suscrito facilitarían en gran medida la participación social.

La gran experiencia y trayectoria dentro del derecho administrativo se observa claramente expuesto en el capítulo nueve denominado “La rendición de cuentas como mecanismo de control social de los recursos públicos en el Ecuador” elaborado por el profesor Dr. José Santiago Espín Moscoso, que a través de su lectura tanto estudiantes, como profesionales y personas en general podrán percibir de mejor manera los procesos de rendición de cuentas en el país, pues últimamente se ha perdido poco a poco el interés de participación en cuestiones públicas debido a la falta de políticas públicas al respecto, sin embargo José pone en nuestro conocimiento de forma didáctica la puesta en práctica de la normativa dispuesta para el efecto.

De gran importancia dentro de una obra que trata sobre derechos constitucionales, es brindar un análisis completo del ámbito laboral, y efectivamente esto lo logra la Dra. Diana Gabriela D’Ambrocio cuando parte del hecho de que la función de la responsabilidad civil, no se limita a la tradicional función indemnizatoria o reparatoria, sino que en su magistral capítulo llamado “responsabilidad

jurídico-civil y prevención de base normativa en el ámbito laboral que condena al empleador moroso” demuestra que existe la tarea de prevenir y mitigar los daños que pueden ocasionarse por acciones u omisiones en este ámbito, exponiendo por supuesto medidas de prevención de base jurídica y carácter laboral que han sido previstas en el ordenamiento ecuatoriano que sanciona al empleador incumplido por el pago y cumplimiento de obligaciones con el trabajador.

Para cerrar con broche de oro, el profesor Milton Enrique Rocha, experto en derecho constitucional, en el capítulo denominado “propuesta de esquema del constitucionalismo del buen vivir como categoría de análisis” realiza un acucioso análisis que demuestra innovaciones en un sentido formal y material que trajo consigo el paso del absolutismo al Estado Constitucional de Derechos y Justicia Social presente en la Constitución de la República del Ecuador del 2008, así también realiza una diferenciación entre doctrinas jurídicas instauradas y en configuración como propias de las Constituciones latinoamericanas de los últimos años, en donde, según el autor predomina una fuente de justificación para considerar la existencia de una construcción colectiva de conocimiento propio de la región. Esta perspectiva la genera el autor desde pensamientos como el de Gargarella, Guastini, y Prieto Sanchis, lo que sin duda alguna reviste a este capítulo de total tecnicismo.

Este aporte académico denominado “Derechos en la Constitución ecuatoriana: aportes desde la multidisciplinariedad” es una obra que tiene por objetivo identificar, describir y explicar la mecánica de los derechos a través de la experiencia de los últimos años a partir del 2008 con el nuevo paradigma constituyente y constituido conocido como neoconstitucionalismo y nuevo constitucionalismo latinoamericano.

En síntesis podemos decir que la estructura de este texto es coherente y contundente en la argumentación teórica, de hechos y de Derecho. Constante de once capítulos, realiza un recorrido que comienza por evidenciar el contenido de los derechos fundamentales en este paradigma constitucional; a continuación, se analizan varios

derechos y sus efectos entre los que destacan: libertad, hábitat, vivienda, derechos de la naturaleza, educación, migración, participación y control social, rendición de cuentas, trabajo, entre otros. El escrito finaliza con una propuesta que retoma los principales hallazgos conceptuales y empíricos, formulando un esquema de categoría de análisis atribuible al Constitucionalismo del Buen Vivir.

Lo descrito en líneas anteriores devela un profundo esfuerzo de carácter investigativo y sobre todo reflexivo por parte de este grupo de distinguidos profesionales, por lo que la comunidad académica, a través del suscrito, agradece por esta obra que no encuentra asidero únicamente en el aspecto teórico, sino que en gran parte de los párrafos expresados en la misma se trata sobre aportaciones de carácter práctico para el diario devenir del derecho Constitucional.

Esta obra, de carácter multidisciplinar, es de gran importancia, innovación y relevancia para el área del Derecho y otras afines que sin duda tendrán una aportación teórica, metodológica y práctica sobre los temas tratados por cada uno de los autores. Sin duda, su mirada multidisciplinaria genera gran expectativa por entablar nuevas comprensiones y cuestionamiento a la Teoría del Derecho, Teoría Democrática, Teoría Política y Teoría del Estado.

Constituye así un aporte de altísimo nivel para la comunidad académica, inclusive se sugiere su lectura al ciudadano común ya que examina la incidencia del derecho constitucional en distintos ámbitos del saber como son la legitimidad de los sistemas políticos, la trata de personas, hábitat y vivienda, derechos de la naturaleza, derecho a la educación, la migración, derecho a la participación social en la regularización ambiental, el control social de los recursos públicos, responsabilidad jurídico-civil y prevención de base normativa en el ámbito laboral, el buen vivir, que a simple vista se puede divisar que hacen parte de la vida diaria de las personas.

Por lo tanto se invita, al ser una obra de actualidad, a estudiantes de derecho, sociología, antropología, políticos, ambientalistas, migrantes, politólogos, trabajadores y público en general a realizar una lectura consciente y profunda de esta obra que ayudará, sin duda al-

guna, a comprender los alcances que implica gozar de los derechos que le son inherentes únicamente por el hecho de existir y de mantener desde su nacimiento lo que se conoce como dignidad humana.

Se entiende que esta obra no abarque absolutamente todos los derechos que se contemplan en la carta magna, como podrían ser el derecho a construir y mantener la propia identidad cultural, el derecho a la recreación y esparcimiento, derechos de los adultos mayores y mujeres embarazadas, entre otros, esto se debe a que se centró los esfuerzos del cuerpo docente de la facultad de derecho de la Universidad Tecnológica Indoamérica a tratar sobre temas de actualidad que engloben a la mayor cantidad de individuos que se encuentren en condiciones adversas.

Por lo expuesto a lo largo de el deleite que produjo la lectura de tan completa, fundamentada y dilecta obra, considero que habrá un punto, que sobre todo las personas que no tienen conocimientos previos en el ámbito del derecho, se cuestionarán que se refiere a cual es la forma, manera o procedimiento de como efectivizar, exigir, estos derechos, por lo que sería importante realizar una obra de estas características, que podría tratar sobre garantías jurisdiccionales, por parte de los autores de la presente, por lo quedamos con la expectativa y ansiosos de poder disfrutar de una nueva obra al respecto, tratando de que estas palabras sean motivo de incentivo con ese fin.

Esta obra promete además promover en los estudiantes de derecho la curiosidad y por esto el ánimo investigativo de profundizar en sus conocimientos sobre materia constitucional, no sólo por su fabuloso contenido sino que esto se desprende de una técnica investigativa y reflexiva amplia por parte de los autores, quienes han sabido utilizar sus conocimientos técnicos adquiridos no sólo en sus programas de pregrado y posgrado que les ha proporcionado sólidos conocimientos teóricos y dogmáticos, sino también sus conocimientos prácticos y experiencia profesional que han adquirido en el libre ejercicio de su profesión como también en diversas instituciones públicas de las que han tenido la oportunidad de formar parte,

lo que da una visión desde distintos ámbitos que será de gran valía para los lectores.

Sin más, se emite un agradecimiento y reconocimiento a los autores de esta obra y se augura el mejor de los deseos al aventurero que decida emprender la lectura de la presente obra que sin duda será motivo de ampliar el espectro de puntos de vista y de criterios sobre los puntos anotados.

**Ab. Pedro Andrés Crespo Cabrera**

Mgs. En justicia y tutela de los derechos con énfasis  
en ciencias penales y criminológicas por la  
Universidad Externado de Colombia.

## *Capítulo I*

# MAS ALLÁ DE UNA GARANTÍA

*Fabián Salazar Sánchez*

Las garantías constitucionales son medios, a través de los cuales se estructura el Código Político, denotando una superioridad normativa que establece un marco de convivencia para mantener una sociedad satisfecha, enmarcada en un comportamiento humano que terminará reflejando el respeto a la dignidad del hombre sujeto de la estructura social pacífica.

Las garantías constitucionales, han llegado a definir y conceptualizar el elevado concepto de Derecho, al parecer toda la educación jurídica termina hablando de los Derechos Constitucionales desarrollando escudos legales a través de la Constitución, que constituyen un elemento material que expresará el pensamiento político de unos pocos, y que, embestido de una ideología favorecerá como siempre a los protegidos.

Las garantías humanas en favor del ser humano se visibilizan a través del tiempo despuntando en las grandes atrocidades de los hombres como, las famosas revoluciones, guerras mundiales, ataques terroristas, convulsiones internas, delincuencia política organizada, momentos empañadas de sangre que lo único que permiten es entender que existe contradicción entre la dignidad y la garantía.

La Historia a través del tiempo ha evidenciado dolor humano, contrario en si al respeto del humano así, bastaría con observar la sangre que corre en los relatos bíblicos, miramos que las estructuras sociales han ido desarrollándose para proteger a los seres humanos de tanto dolor y en este contexto observamos que la evolución racional es tan frágil que hemos necesitado que otros pares nos den

pensando o que, seres superiores iluminados nos establezcan reglas de protección.

Es indispensable pensar que el hombre ha sobrevivido, con constituciones o sin ellas, pero por la convivencia a tratado de protegerse a través de instrumentos que siendo elementos materiales, tienen mayor fuerza que el propio comportamiento y decisión humana, lo que muestra la debilidad del respeto entonces, al parecer lo más importante es buscar un mecanismo físico que onticamente necesita el hombre para desarrollarse como tal en un medio de irrespeto.

Será que: ¿Necesitamos una ley superior para respetar al hombre?, o necesitamos conocernos como tal para no hablar de superioridad, ¿será que se genera un acto de discriminación entre darle más importancia a una estructura normativa por sobre el comportamiento del ser humano?, o simplemente el hombre genéticamente es sujeto a control dependiente y son unos pocos los supra dotados o escogidos superiormente por la energía del mundo para que establezcan su voluntad. Recordando que la voluntad de pocos no representa el comportamiento de una sociedad entera, exteriorizando una conspiración timorata contra quien pretende seguir controlando los cerebros a través del ataque al corazón (impresionados los sentidos, vulnerado el cerebro).

El hombre por más años que han pasado no se conoce así mismo, llegamos a conocernos a través de estudiarnos unos a otros pero, ¿cuándo el hombre podrá darse valor a si mismo?, esperamos siempre que alguien nos califique y nos diga si somos buenos o malos, si somos capaces o no, esperando sentirnos alagados cuando otro ser humano nos brinda un reconocimiento (hipócrita), en vez de valorarnos a través de nuestro entendimiento, evaluándonos sin castigo y demostrando nuestra actitud y aptitud alejada de la queja y de la rutina para reestructurar un mejor sistema.

Pensemos si los seres humanos no tendríamos un sistema normativo positivizado, haríamos lo que quisiéramos, o actuaríamos dentro de los límites humanos, ¿será que la humanidad como tal tiene un límite?, hasta donde somos tan buenos hasta, donde somos tan

malos, tan perversos, sintiéndonos felices con el dolor humano, protegiendo solo nuestros intereses que se subsumen en una vana felicidad material de papel (dinero), sin satisfacer la esencia de la vida.

El valor que damos a las personas depende de cuanto me sirve o de cuanto puedo utilizarlo, desarrollando un beneficio egocentrista eso hemos visto desde el inicio de la humanidad he ahí Caín y Abel que, históricamente solo nos muestran brutalidad humana, historias tan sanguinarias que siguen vigentes hasta nuestros días, mostrándose que desde los tiempos primitivos más que perfeccionamiento evolutivo humano, ha primado recuerdos de dolor así, la Constitución Cristiana denominada Biblia muestra dolor, advertencias, restricciones de comportamiento humano volviendo a endiosar un texto por sobre el verdadero desarrollo humano.

Está claro que lo que ha de primar en el desarrollo humano es la dignidad, el respeto, o a caso la hipocresía mediante la cual terminamos teniendo un doble comportamiento, donde hablamos de respeto pero irrespetamos, donde nos mostramos humanos pero atacamos a la humanidad, donde nos vanagloriamos de constitucionalismo y vivimos en un Estado lleno de delincuencia política organizada, es decir solo conocemos la letra constitucional pero el fondo es una espada, dando importancia a un texto de avanzada que una realidad vulnerada por un Estado a diario.

Hablamos de trascendencia, que realmente queda en un discurso, ¿cuántos seres humanos han trascendido más allá de sus ideas o de sus metas o de sus actos?, sujetos que han cambiado el mundo con sus acciones, ¿estos se han sujetado a las disposiciones de otros hombres? o ¿han cumplido sus sueños porque han actuado en buscar una sociedad humana?, recordemos a Copérnico quien al igual que Galileo Galilei sufrieron injusticia por parte de la iglesia, una institucionalidad de aparente paz atacaba el pensamiento, lógico y racional sometiénolos a la esclavitud del sistema.

La libertad se constituye en un fundamento supremo, pero que tan cierto es que el hombre ha sido libre, para que referirme al pasado, simplemente basta observar a la convivencia actual sujeta a

cadena de condicionamiento que se ha fortalecido a través de la opresión disimulada, donde seres nefastos que titularizan el control social formal e informal simplemente han cambiado las formas de la crueldad material a crueldad política irrespetando la dignidad, la libertad, la propia vida del ser humano, sin dar respuesta, buscando contentar a los seres humanos con acciones públicas propagandísticas que solo evidencian apuros políticos.

Debería ser el respeto humano la garantía principal de una sociedad, que trascienda textos bíblicos, normas nacionales e internacionales por lógica, el hombre vive en sociedades estructuras dentro de un orden de convivencia, ¿pero será que el ser humano puede salirse de lo que conoce y crear un sistema verdadero, que llegue a la búsqueda del tan mencionado paraíso?, donde todo sea no maravilloso pero si respetuoso, donde podamos convivir con la naturaleza sin acabarla, donde los animales sean un grupo más de seres respetados, la contaminación no sea subsumida en políticas perversas de supuesta protección, los del G8 solo sean un grupo de amigos y no de endiosados destructores, o donde el valor de un papel verde no supere el valor de la dignidad, creyendo que ésta recae en la acumulación bancaria.

El ciclo humano de la vida material que va desde el nacimiento a la muerte debe tener una lógica existencial, o solo venimos a purgar más allá del sentido humano, debe haber un fondo por el cual la especie existe, por la cual estamos en este mundo o porque, en tanto tiempo seguimos siendo lo mismo y lo mismo, involucionando frente al respeto entre pares y no pares, siendo felices con el dolor ajeno creando, diferenciaciones humanas y hablando de clases sociales en un mundo constitucionalizado por una supuesta igualdad, en un contorno tan contradicho e hipócrita, legislado por la mediocridad, e influenciado por la moneda regido por la delincuencia política organizada. Seguimos en las Cavernas de Platón sin ver una salida lógica ¿será? que el filósofo se dio cuenta hace tiempo que vivíamos encerrados con miedo a nosotros mismos, denotando que podíamos ser capaces de sobrepasar nuestras capacidades, de ver dimensiones

diferentes que mejoren a la sociedad, y que esa mejora nos lleve al respeto humano.

Los tratados constitucionales, los estudios, las investigaciones, las teorizaciones y más realizadas por filósofos, estudiosos e investigadores se constituyan en un estudio que va más lejos del campo político ¿podrá ser justo?, que el Derecho Constitucional tengan que discutirse por endiosados políticos o lo peor por la delincuencia política organizada, carentes de noción técnica y más que eso humana?. Realmente debemos observar internamente en el Ecuador quienes han construido los Códigos Políticos, han sido siempre miembros de una partidocracia que no es ningún aval para optimizar la estructura de un Estado menos aún, para realizar una norma superior que garantice a la sociedad, situación que no solo pertenece a Ecuador sino también al resto del mundo. La inseguridad interna nos refleja las veces que se ha cambiado la Constitución Ecuatoriana, muestra de debilidad estructural que refleja la decisión del interés partidista, es decir que vivimos en un sistema de la conveniencia de quien tiene el dominio basado en un papel verde.

El nuevo esclavizador es la delincuencia política organizada de turno, y por obligación en las urnas nos sujetamos a ésta, pero llegará el día en que cambie no el sistema sino el comportamiento humano cuando, realmente empiece a evolucionar el hombre, tomando conciencia no de su individualidad sino de su compromiso social frente a la importancia que se debe dar a la vida como tal y no de la importancia a los adornos de la misma, enfrentando la miseria que rodea con fantasía al ciudadano cuando, nos desapeguemos del vestido de la opresión y nos desnudemos frente a la realidad de la creatividad humana.

Será que el hombre no está preparado para ser feliz que, su esencia está en manos de los intereses demagógicos del Sumak Kawsay de los planes que aparecen para visibilizar al “patrón”, o nos mal acostumbraron toda la vida a esclavizarnos no solo física sino espiritualmente, manipulando nuestra forma de pensar y hasta nuestra forma de comportamiento prefiriendo simplemente ver y pasar de-

jando, la construcción humana para quienes por un acto de oportunidad lograron ocupar un espacio temporal a través de la delincuencia política organizada, poniendo nuestra propia felicidad en manos de terceros, que dominan nuestra existencia.

Un país tan arraigado en el dogma religioso es silenciado por una confianza defraudada, resulta raro, actos como el de un cura (Flores) que habla de honestidad que por su ambición se puso al frente de una institución que lucha por la transparencia y vende puestos a nombre del gobierno generando, una idea ilógica inentendible en una sociedad tan católica y que no pasa más allá de un insulto; o como el pastor que comete una violación a una feligrés o que públicamente pide donen un diezmo cuando el pueblo no tiene ni para comer, entonces entregamos nuestros problemas a iguales que pudiendo actuar bien se degeneran convirtiendo nuestra mente en un mecanismo fisiológico vago y obediente que, realmente son los aportadores de la involución humana mostrando sociedades adictas a la obediencia del miedo, en vez de generar un verdadero acercamiento a Dios, dejando la racionalidad a la libertad, es decir la acción esclavizante cada vez es más grande por lo tanto, vienen a querer cambiar las sociedades hombres que viven de la desesperación de sus seguidores, denotando que uno de los negocios más rentables son las sectas religiosas donde, para recibir felicidad tienen que sacar la décima parte de los que no tienen el delito más grande no es el hurto de su patrimonio, sino el robo de la dignidad, Jeremías 17.5 no se equivocó al escribir “maldito el hombre que confía en el hombre”, sin pretender que este tema ofenda a los creyentes creo que el vínculo con la energía tendría que comenzar desde el dialogo directo con uno mismo, dejando de usar al hombre para el beneficio de otros, donde el respeto rebasa pasiones de irracionalidad, resulta tan abominable que en estos tiempos se compre la felicidad conforme a cuanto más le entrego al falso profeta.

Somos grandes solucionadores de problemas ajenos, pero no enfrentamos nuestros problemas modo necesario para evolucionar damos paso únicamente a que aparezca la queja otorgando culpabilidad de lo que nos sucede a terceros, sin que nos permitamos ana-

lizar nuestra realidad, buscamos consuelo en otros, entregamos un problema que por cierto lo maximizamos y lo sepultamos en nuestra mente, confiando las respuestas en otros hombres iguales a nosotros, constituyéndonos en esclavos de la voluntad de terceros por nuestra propia decisión, y lo más irracional es que reclamamos libertad, sin permitirnos liberar nuestro actuar, y creemos que la libertad solo se proclamará en una norma superior que no deja de ser papel y tinta.

Nuestra República como así se lo concibe a nuestro Estado que se enorgullece por ser constitucional de derechos y que, manifiesta una pluralidad de garantías haciendo referencia, a que es un pueblo sobre el que recae la responsabilidad de gobernarse, hace ver un esquema que a simple vista muestra una institucionalidad independiente, democrática, en la cual parecería que la democracia es la piedra angular de la igualdad, mostrando una supuesta justicia desapegada de la política, donde el legislador ha de estructurar una sociedad perfecta, la misma que de un texto apasionado no pasa, ya que hace falta simplemente observar la realidad diaria en la que los ciudadanos no se entienden con los gobernantes, con un sistema de inseguridad jurídica muestra palpable de la insatisfacción humana, un Estado que no pasa de ser hermoso con una nefasta administración, donde campea la justicia del poder, en el cual la democracia es de quien puede manipularla a través del fraude; viendo que la máxima autoridad es la delincuencia política organizada; y que, pese a existir un sistema laico la iglesia termina mandando en decisiones trascendentales para la estructuración de una norma como es la despenalización del aborto, con todo esto se evidencia que la manipulación esta latente por sobre el anhelo constitucional.

Se menciona un pueblo como el que sería la muestra de autoridad soberana, pero es este mismo pueblo el que aborrece a sus representantes, que esta cansado de la putrefacción administrativa, ciudadanos que sirven como trampolín para las protervas pretensiones de los supuestos salvadores, un pueblo que solo se reduce a una palabra trillada para el grito ferviente de los sin alma, de quienes no tienen la capacidad de conceptualizarlo peor aún de definirlo. Un

pueblo que obligado activa la democracia a cambio de unas cuantas monedas como reflejo de la infelicidad social.

Pensando además que la materialización del patriotismo se subsume a tres respetables símbolos patrios, declarándose la oficialidad del idioma Kichwa y el shuar además del castellano para expresar la relación con los pueblos originarios, vanagloriándose de un interculturalismo como si concurriera una coexistencia de iguales, donde al contrario parecería que vivimos en dos mundos diferentes, simplemente recordemos los hechos de octubre del 2019, que denotaron discriminación y falta de acuerdo, fecha en la que el odio racial primo por sobre cualquier enunciado constitucional demostrándose el rompimiento de la unidad nacional.

Un Estado que a pesar de otorgar los mismos derechos a los extranjeros en las mismas condiciones que a los suyos propios, permite una discriminación visible en el ataque interno de quienes se los recibe con igualdad, donde se rompe la convivencia social y se genera odio xenofóbico, por la incapacidad de los incapaces, convirtiendo a un Estado de paz en un territorio del dolor.

El ser humano es la razón de proteger los derechos de la naturaleza consagrados en el Código Político y es éste él que en convivencia con el mundo que nos rodea ha de defender su coexistencia y su desarrollo, pero esto se hará traspasando postulados constitucionales e internacionales, dando el valor a la convivencia entre pares en vínculo directo con la tierra donde el hombre se desarrolla y vive, por lo que el humano entenderá que no es dueño de nada, partiendo de que todo lo que construye y todo lo que tiene le pertenece al mundo, que lo importante es la paz social y el consumo racional, simplemente hace falta observar las tomas fotográficas satelitales que se muestran de grandes ciudades sujetas a la madre tierra dueña de todo, la misma que es irrespetada, que pese a que le otorgamos derechos, no la valoramos, es que es obvio solo cuando sentimos la furia de la naturaleza como gran maravilla decimos que nuestra constitución es de avanzada y que no hemos protegido la pacha mama pese a existir norma suprema, y no nos damos cuenta que por el hecho de ser hu-

manos pasajeros somos nosotros quienes le pertenecemos a la tierra, creando un mundo irracional donde el derecho al agua se constituye en parte de un gran negocio, y ¡proclamamos el derecho al agua!, o será necesario más pandemias para que entendamos quien manda.

Las autoridades a través de sus decisiones son las obligadas a dar vida a las disposiciones constantes en la Norma Superior y en los Tratados Internacionales, ¿por qué debemos de buscar a un tercero? que regule un derecho que es inherente al ser humano que debe ser parte de su normal convivencia, tercero que nos diga quien tiene la razón, entonces es el humano tan complejo que no es capaz de aceptar una adecuada convivencia y a quien le toca terminar aceptando la decisión de otro que validará un comportamiento natural muchas veces sujeto a la política delincencial, creando una tercera realidad de la original que pudo haber sido activada por la simple racionalidad humana.

Ser iguales en un Estado tan desigual, donde la discriminación ni debería pronunciarse ya en la normativa vigente, donde al parecer nos deberíamos ver como humanos, más allá del genero, de la raza, de las capacidades especiales, donde lo único que debería importar es el aporte colectivo que damos a este mundo, en el cual el respeto sea la base del desarrollo, entendiendo la paz dentro del espacio que cada ser ocupa en su entorno. Pero el ciudadano envuelto en una supuesta superioridad hace todo lo contrario, y es más digno mientras puede pisotear a los demás, es más ciudadano mientras acaba a su prójimo, y cae en el utilitarismo humano pensando que vivirá para siempre y que el mundo lo pertenece que su humanidad es la respuesta de la materialidad que lo rodea, humanizando a un papel (billete), y atropellando con el poder a quien puede, creyéndose el dueño de vidas ajenas, y haciéndose endiosar por esclavos carentes de educación quienes construyen una hipócrita sociedad.

Los derechos constitucionales van más allá de la norma, y se aplicarán en beneficio de un correcto desarrollo humano que busque proteger la dignidad en convivencia.

## 1. Las garantías más allá de una pandemia

El 14 de febrero de 2020 una ciudadana ecuatoriana viene desde Torrejón de Ardoz Madrid, quien da como positivo a COVID 19 el 26 de febrero del mismo año, momento en que este Estado empieza a ser parte de una problemática mundial, por la denominada Pandemia del Corona Virus, más allá de un momento diferente para la humanidad es importante analizar a un mundo cobijado de tantos preceptos nacionales e internacionales, de miles de leyes que activarán supuestamente su seguridad de vida.

Nos damos cuenta que la conducta humana sobrepasa, toda norma sea esta constitucional o leyes inferiores, que al parecer tomamos con normal naturaleza un terrible enemigo que, nos permite entender que es peligroso cuando evidencia muerte en nuestras casas.

Se muestra una sociedad donde pulula la mediocridad de quienes quieren tenernos igual de mediocres o convencidos que la Constitución garantizará todo que es una norma que volverá a la vida a los caídos, mostrándose una realidad basada en el dolor humano y el atropello a la dignidad humana, liderada como siempre por la delincuencia política organizada convirtiéndonos en un ejemplo internacional de lo que no se debe hacer, desenmascarándose un dolor humanitario que al parecer sólo se reducía a cifras mentirosas, de indolencia gubernamental donde se muestra que el virus sacó la verdadera pus de la corrupción nacional.

Se toman soluciones basadas en el desconocimiento, y en la atrocidad política, sin encontrar respuesta a un conglomerado humano afectado del dolor pandémico, de un absurdo sin sabor, tomando en cuenta que la mediocridad gubernamental es más evidente porque ni siquiera son capaces de entender lo que China, Italia, España y otros países venían pasando, convirtiendo al Ecuador en el país más vulnerable de Sudamérica por el alto grado de contagios, donde la irracionalidad política prefiriere cancelar una deuda internacional favoreciendo a los grupos de siempre, negociadores sátrapas de la humanidad.

Sociedad donde se exterioriza lo antihumano, al negociar insumos médicos con sobreprecio en un Estado carente de dinero, robando no solo las arcas del Estado, sino el alma de los que ya partieron, destrozando la poca fe que al ecuatoriano le queda, tratando de dar respuestas mentirosas y protegiendo a los miembros de la organización política delincencial.

Hasta antes del inicio de la pandemia el conglomerado social ecuatoriano veían con ira, los hechos que no pasaban más allá de críticas internas, de quejas de ver como nos despojan del propio espíritu nacional, con actuaciones judiciales sumergidas en la cloaca del sistema, dando prioridad a los sainetes de popularidad proclamando la existencia de un constitucionalismo a utrerías, donde los supuestos derechos serán respetados, cuando ni siquiera saben que nuestra realidad constitucional cobija a la dignidad, viviendo de golpe en golpe, de alegrías vanas, y de tristezas permanentes.

¿Será que el comportamiento de los ciudadanos constituyó ya un sistema acostumbrado a que la delincuencia política organizada se dispute nuestra felicidad?, la pasividad se ha ido estableciendo con base al dejar hacer y dejar pasar; con base a que las estructuras delincuenciales mueven todo, porque no entienden que un solo centavo les servirá el día que se contagien de SARS, se evidencia que el crecimiento personal se encuentra en el que aprendió a robar, o a vivir a costa de todo un pueblo sumiso a las estructuras delictivas del poder.

El sentirse sólo en un país lleno de cultura, y riqueza, en el cual no te da ni siquiera sufrimientos climáticos, donde los vientos más fuertes son los que abrigan el espíritu ecuatoriano, es inentendible como permitimos se nos haya desgastado la dignidad de una forma tan anti humana por un grupo delincencial, si sólo necesitas poner una semilla en la tierra y de inmediato comeremos.

Es necesario mirar realmente al ser humano, observarnos cada uno de nosotros y entender que las garantías constitucionales las activamos por nuestro accionar, por nuestro comportamiento, por el respeto que arrojamos a los demás, pensando que el que da recibe y

sobre todo teniendo en cuenta que con la vara que mides te medirán, o hace falta mirar como nuestra madre tierra tiene que reaccionar después de que la hemos acabado y sangrado tanto.

En estos momentos nos damos cuenta que los derechos y las garantías constitucionales han sido restringidos no por otras normas, ni leyes infranacionales sino por el comportamiento de los ciudadanos que jamás estuvimos preparados para el Armagedón, donde al parecer el texto constitucional no dejó de ser lo que es un pedazo de papel y tinta, mostrando la importancia verdadera de la existencia del hombre por lograr sobrevivir.

Sin respuesta gubernamental se mostró la importancia de quienes actuaron como verdaderos humanos, sin importar sus vidas médicos, policías y militares, que se codean con la muerte y quienes realmente han ejecutado la defensa de uno de los principales principios constitucionales como es el respeto y la defensa a la vida.

Nos dimos cuenta que los derechos ya no son irrenunciables, ni inalienables, simplemente bastó que llegue una crisis generada por un elemento inerte y vimos vulnerada nuestra libertad sin poder desarrollarnos como seres humanos normales, será que lo normal es lo que estamos pasando, siendo esta una forma de confinamiento para poder analizar sobre nuestra existencia, para que venimos a este mundo, o debemos seguir creyendo que nacemos, nos reproducimos, somos infelices y morimos, es decir tanto garantismo para seguir siendo unos seres vivos más carentes de resultados humanos.

Hoy mismo podemos observar un mundo diferente que, con base al dolor empezó a tener igualdad, principio tan proclamado por quienes pretenden ponerse de ejemplo de una sociedad humanitaria, donde lo único que hemos podido testificar es que cada anhelo constitucional, no pasa de ser un sustento dogmático conductual, para poseer el control de las masas.

El Estado tiene que hacer respetar la vigencia de los derechos previstos en la Constitución, siendo este su deber primordial, pero lo que sucede es que se ha convertido en un deteriorado instrumen-

to de la delincuencia política organizada, que ha utilizado los mecanismos constitucionales sin dar una aplicabilidad humana, sino al contrario un accionar normativo a favor de intereses político-delictivos, donde se ha desarrollado un sistema paralelo de lo injusto.

Hemos visto detenciones arbitrarias lo que hace evidente que la justicia no ha dado respuesta oportuna a la sociedad, por lo tanto el debido proceso ha sido vulnerado en medio del desarrollo de una oportunidad de cambio como lo denominaré a la pandemia, es decir no sirvió ni siquiera este período de tiempo para aplicar con sensatez las normas constitucionales, solo basta observar, actos tan inhumanos como el bloquear un aeropuerto, el castigar físicamente a quienes inobservan el Estado de Emergencia.

Por más temas de avanzada que se traten en nuestra Constitución, no podrá haber una relación real entre lo que se dice y se hace, porque simplemente somos seres no de evolución humana, sino de interés político, con una sola visión que es financiar nuestro patrimonio a través del sufrimiento social.

Otro aspecto importante es el precepto constitucional que protege la comunicación e información, una forma más de manipular un sistema paralelo a la realidad, donde el atropello de este derecho es tan evidenciado no por nosotros los simples, sino por un accionar internacional que vergonzosamente hicieron denotar la falta de veracidad, de los iluminados, de quienes estaban en la obligación de establecer datos reales para que los ciudadanos, sepamos como afrontar un realidad incierta, que permitió nuevamente ser visibilizados por la indolencia existente en nuestro país, obteniendo cifras de muertos más certeras de entes internacionales que de nuestros “mediocres” alcahuetes de la delincuencia pública organizada.

Otro factor importantísimo es la educación, subsumida en un pronunciamiento político de prioridades, del Estado; simplemente se ratificó que jamás este enunciado constitucional ha tenido la importancia, que los superdotados profieren en tiempo de campaña. Es sencillo darse cuenta que el Estado Ecuatoriano está alejado de una estructura de respeto, la cual se desarrolla en verdaderas políticas de

educación, siendo este el soporte para, poder hablar de dignidad, de libertad, de vida, de todos los preceptos que quisiéramos mencionar en una estructura constitucional, hoy por hoy debemos apreciar la falencia de políticas reales que han de desarrollarse de una manera coherente y real en todo el país, nos limitamos a decir que nuestros hijos se gradúan, que tenemos un título, y encima creemos que eso nos da superioridad, sin entender hasta ahora que lo que realmente tenemos que preparar son seres humanos que aprendan afrontar tragedias, problemática, dificultades pero con raciocinio y por sobre todo con respeto, o no es evidente como se quema una moto policial, como en pleno período de dolor se roba a un Estado pobre, gobernado por la delincuencia política organizada.

La defensa de la educación debe abarcar toda la estructura política deberíamos concienciar a nuestros niños en la edad que tienen sobre lo malo que destruye las sociedades, de que es la corrupción, que es una verdadera democracia, cómo han actuado los indolentes de siempre hacer concienciar a una nueva generación, donde se vaya entendiendo que todos estos preceptos constitucionales contruidos por infames, no han podido dar la respuesta para proteger la dignidad por sobre todo deberían entender como se estructurado la delincuencia política. Entonces es la educación la que realmente estructurará el comportamiento las nuevas generaciones que con la apreciación del dolor cambiará no solo al Ecuador sino al mundo como tal.

Si pensamos que los niños en su desarrollo concienticen lo que es el crimen, la antidemocracia, la falta de compasión humana, estemos por seguros que cuando culminen en su juventud sus estudios secundarios, vamos ha tener una generación del respeto que no se sentirá orgulloso de un diploma, sino de cuanto nos superaron para mostrar una verdadera Patria.

Ahora bien la salud es otro derecho que garantiza el Estado, de una manera oportuna, evidenciándose un postulado más que ha sido inobservado, con el solo hecho de mirar las principales provincias del Ecuador, donde los fallecidos, ni siquiera pudieron cumplir

con los parámetros mínimos de respeto, para dar una respuesta a la inoperancia estatal, confundiendo irrespetuosa y negligentemente las cenizas de quienes partieron, mostrándo un sistema obsoleto, no planificado e irrespetuoso de la dignidad del ecuatoriano, donde lo que se rescata es la entrega de: médicos, enfermeras, funcionarios de la salud, quienes enfrentaron esta crisis, con su propia vida, hombres de buena fe, carentes del reconocimiento estatal.

El derecho al trabajo no puede escapar de haber sido vulnerado en esta crisis, hasta este momento no existe una alternativa coherente de protección laboral lo único que se evidencia son miles de personas sin empleo, simplemente aparecen los parches de la ignorancia como es generar reducciones salariales, vulnerándose los derechos de los trabajadores supuestos irrenunciables, en vez de cobrar los cuatrocientos mil millones que se perdonó a las élites económicas, y no con esto quiero referir a que esta mal la colaboración coadyuvada entre los miembros de la sociedad ecuatoriana, pero si es doloroso ver como aplican medidas sin una visión lógica mediada por una verdadera política, como que la crisis debe ser resuelta de un modo artesanal no técnico.

Más allá de esta inobservancia constitucional, nos preguntamos que se va hacer con los miles de despidos que han realizado los empleadores a sus trabajadores, cual es la alternativa, que se va a plantear como solución o simplemente los ministros de estado se encuentran de observadores del dolor ajeno, con una indolencia frente al hambre, mostrándose una renuncia de un viceministro que con tenacidad advirtió violaciones constitucionales, y que con esos criterios desacreditan a los funcionarios de bien, y buscan poner a sus titeres, para que digan si el criterio de los iluminados es el que vale, cumpliéndose una predicción de Santa Mariana “que el Ecuador se ha de acabar por los malos gobiernos”, es hora de poner un paro a esta maldición y empezar a dar soluciones como verdaderos miembros no de un Estado sino de un mundo que grita a través de virus cambien.

Las consecuencias laborales no solo afectarán a la cartera de Estado que vela por el cumplimiento de políticas apegadas en una supuesta coherencia, sino que atacará a todo el sistema social económico del Estado, por lo que se hace necesario generar mecanismos que permitan llegar a acuerdos humano racionales de convivencia social, que sean pertinentes y lógicos.

La constitución reconoce de igual manera los derechos de las personas privadas de libertad, cabe preguntarse si al suspender los plazos judiciales se dejó en indefensión a muchos encarcelados, o se ejecutó una violación constitucional flagrante que solo el tiempo responderá, evidenciando un contagio masivo dentro de los centros de rehabilitación y donde se hace caso omiso a las recomendaciones de la CIDH, vulnerando la protección a la vida. ¿Quién va responder por la vida de las personas privadas de libertad?, cuando no hubo una respuesta oportuna se prefirió aparecer en ruedas de prensa virtuales, para no dar respuesta, sino para seguir estableciendo parches de mediocridad en un sistema que nos necesita a todos como un solo puño, los jueces garantistas debieron actuar de oficio incluso sin pedido de las partes, porque ellos no están para garantizar sus puestos, sino la dignidad humana, y la vida de quienes somos parte de este territorio.

La libertad fue un derecho restringido por la necesidad que se apareció mundialmente, fue una restricción supraconstitucional es decir se paró el mundo y los ciudadanos; no obstante frente a esta aceptación obligada a través de un Decreto de Emergencia, cabe analizar si se respetó la vida, y como lo habíamos dicho con anterioridad, la vida durante esta emergencia fue vulnerada y lo sigue siendo, nadie sabe cuánto dure o que sucederá, pero hoy mismo se pretende levantar la cuarentena vía semáforos, acaso el Estado Ecuatoriano está preparado para afrontar la post pandemia o es otra desatinada posición más donde la vida es irrespetada, no obstante reglas son reglas.

No podemos dejar de lado que este virus sin ser función del Estado, aplicando parámetros no humanos nos enseñó a respetar de

una vez por todas a la Pacha Mama, regenerándola en una buena parte del daño que la hemos causado, enseñándonos a ser dignos frente nuestra verdadera casa, estableciendo condiciones de vida que el ser humano había destruido, hoy por hoy se mira el mejoramiento de la capa de ozono, pero; ¿qué pasará después ? es difícil decirlo, una vez que pase la pandemia el ser humano será otro, porque, ni siquiera en este encierro estamos valorando lo importante de la vida, esperemos valorar lo que el propio mundo nos mostró sin necesidad de la presencia humana.

Nos hemos referido a los derechos y donde quedan las obligaciones de los ecuatorianos dispuestas por la propia Constitución, así como de las leyes inferiores, será que se cumplió el ama killa, ama llulla y el ama shwa, solo basta observar que en plena pandemia se mintió a todo un pueblo, escondiendo una realidad evidente, se establecieron sobrepuestos en casi todos los sectores del gobierno central y municipalidades observamos, dos prefectos de las provincias más importantes con un dispositivo de seguridad, una familia en contubernio con el gobierno nos roba descaradamente, pretendiendo callar a los secuaces a través de una fuga (o silencio) y nada de nada mejor recibiendo respaldo los funcionarios en un momento tan doloroso, las autoridades sabrán dar respuesta, o mostrarán solo sainetes de un supuesto accionar contra la delincuencia política organizada.

En verdad se ha de recalcar en la educación desarrollada con integridad para que los ciudadanos de este pedacito de tierra aprendamos a respetar la convivencia humana a través de la consideración del próximo, siendo parte de una verdadera solución, así no se hubiera desbordado tanto la crisis para el empeoramiento de un país mal administrado, al cual jamás me atrevería a llamarlo pobre, porque simplemente lo que hace falta es aplicar una política de educación carente de actos políticos delictivos, y fortalecida en la niñez, para tener una estructura social digna.

Como poder extender una solución de algo que jamás pensamos ser testigos, pero este período de tiempo se constituye en un parámetro de cambio real para los ciudadanos del mundo donde debe-

ríamos valorar la verdadera riqueza de los pueblos que van más allá de un bienestar de pocos, hemos visto tanto dolor y sufrimiento; ojalá esto permitiera reconocernos a cada uno de nosotros como seres existentes, dentro de un espacio y tiempo que solo prioriza la vida digna como parte de un sistema real soñado, el cual lo construimos todos y no un grupo de indolentes que prefieren vulnerar el Estado, a proteger la vida de los ciudadanos.

Hoy es cuando se ha de estructurar una verdadera Constitución Humana que activará, la educación por encima de la arraigada corrupción sustentada por la delincuencia política organizada.

*Capítulo II*

**UNA MIRADA A LOS DERECHOS  
FUNDAMENTALES DESDE LA  
PERSPECTIVA DE LA CONSTITUCIÓN  
ECUATORIANA DE 2008**

**A LOOK AT FUNDAMENTAL RIGHTS  
FROM THE PERSPECTIVE OF THE  
ECUADORIAN CONSTITUTION OF 2008**

*Yanet Nápoles Nápoles*

**Resumen:**

El presente estudio titulado: “Una mirada a los derechos fundamentales desde la perspectiva de la Constitución ecuatoriana de 2008”, tiene como finalidad abordar cuestiones teóricas generales relacionadas con los derechos fundamentales, desde la visión de su regulación en la Constitución ecuatoriana actual. En el mismo se realiza un análisis de aquellos elementos que se consideran esenciales para la comprensión de la función reguladora de estos derechos, respecto a la legitimidad de los sistemas políticos y de los ordenamientos jurídicos, así como para su entendimiento como garantía del disfrute de la dignidad y el cauce principal para el logro de la libertad e igualdad plena de los seres humanos. Por lo que, para el examen del tema se parte de las distintas posiciones doctrinales existentes acerca de su conceptualización, hasta llegar a otros contenidos de gran interés como: clasificación, eficacia y generalidades de los derechos fundamentales. Por último, se realiza un análisis de las novedades incorporadas por la Constitución ecuatoriana actual respecto de la regulación de estos derechos.

**Abstract:**

The present study entitled: "A look at fundamental rights from the perspective of the Ecuadorian Constitution of 2008", aims to address general theoretical issues related to fundamental rights, from the perspective of its regulation in the current Ecuadorian Constitution. In it, an analysis is made of those elements that are considered essential for the understanding of the regulatory function of these rights, regarding the legitimacy of political systems and legal systems, as well as for their understanding as a guarantee of the enjoyment of the dignity and the main channel for the achievement of freedom and full equality of human beings. So, for the examination of the topic, we start from the different doctrinal positions existing about its conceptualization, until reaching other content of great interest such as: classification, efficacy and generalities of fundamental rights. Finally, an analysis is made of the new features incorporated by the current Ecuadorian Constitution regarding the regulation of these rights.

**Introducción**

Una de las ideas centrales del constitucionalismo moderno, la constituye sin dudas, la existencia de los derechos fundamentales. Históricamente los derechos de las personas, han sido un elemento esencial del ordenamiento constitucional. Por lo que su análisis ocupa un importante lugar en la doctrina jurídica, al formar parte de la esencia de valores supremos sobre los que se funda la Constitución de un país democrático.

En América Latina durante las últimas décadas, se ha desatado un fuerte movimiento u ola de democratización, cuyo inicio pudiera enmarcarse a partir de la década del ochenta. Desde esta década comienzan a dictarse constituciones que se caracterizan por contener un amplio catálogo de derechos fundamentales<sup>1</sup> y aunque en algu-

---

1 Ejemplo de ello, la Constitución guatemalteca de 1985, la de Brasil en 1988, la de Colombia en 1991, las que, con base en las experiencias europeas de la Segunda Posguerra, expanden hasta niveles previamente desconocidos los catálogos de derechos. La Constitución de Argentina, reformada en profundidad en 1994, contiene un capítulo segundo dedicado a "Nuevos derechos y garantías", dentro del cual se encuentran interesantes desarrollos

nos casos estas constituciones son sumamente idealistas, con déficit de efectividad, el solo hecho de que constitucionalmente se encuentren recogidos y regulados un gran número de derechos, que antes ni siquiera se mencionaban, puede señalarse como un paso de avance en la tan anhelada conquista de los derechos fundamentales.

En Ecuador, a pesar de contarse con antecedentes de regulación de los derechos y libertades del hombre reconocidos constitucionalmente, no es hasta la promulgación de la Constitución de 2008, que aparece en la historia constitucional ecuatoriana una Constitución de nuevo tipo, que erigió verdaderas transformaciones en el refrendo y protección de los derechos. Cuestión que aunque ha sido analizada por varios juristas tanto a nivel nacional como internacional, por la importancia del tema, se considera oportuno y necesario la elaboración del presente trabajo, en el que se abordará el estudio de los derechos fundamentales desde la perspectiva de su regulación en la Constitución ecuatoriana de 2008, enfatizando en sus rasgos distintivos y fundamentación.

## **1. Apuntes doctrinales en torno a la conceptualización de los derechos fundamentales**

El concepto y la denominación de los derechos inherentes a las personas humanas, han sido temas ampliamente discutidos en doctrina desde hace algunos años. Comúnmente podemos observar en diversos textos jurídicos, que al hacer referencia al conjunto de facultades y exigencias de las personas, se utilizan entre otras, denominaciones como: Derechos naturales<sup>2</sup>, derechos ciudadanos, derechos públicos

---

para su catálogo de derechos, incluyendo medios de tutela oponibles a particulares (como el juicio de amparo, según el artículo 43 párrafo primero). Carbonell Sánchez, Miguel. "Los derechos fundamentales en América Latina: Una perspectiva neoconstitucionalista". *Derecho y Humanidades*, N° 18, 2011, pp. 59 y 60.

2 Los seguidores de esta acepción iusnaturalista, predominante durante los siglos XVII al XVIII, se basan fundamentalmente en la idea de que constituían derechos inalienables del hombre, consustanciales a su existencia y que no tienen otro límite que el propio poder de los hombres.

subjetivos<sup>3</sup>, libertades públicas<sup>4</sup>, derechos morales<sup>5</sup>, derechos humanos<sup>6</sup>, derechos constitucionales<sup>7</sup> y derechos fundamentales.

Los problemas relacionados con el empleo de uno u otro calificativo, al hacer referencia a los derechos de las personas, surgen porque como planteara la Dra. Danelia Cutié<sup>8</sup>: “En la doctrina, la jurisprudencia y los propios textos constitucionales, así como en los documentos internacionales relativos a la materia, se usan expresiones distintas para su denominación”. Sin embargo, el concepto de derechos fundamentales se reserva generalmente a los derechos de las personas que se encuentran asegurados por el ordenamiento jurídico de un Estado en la Carta Fundamental, constituyendo la expresión más directa e inmediata de la dignidad de la persona humana. Ellos son manifestación jurídica del sistema de valores, que por decisión del constituyente, juega entre otras, la función cardinal de informar el conjunto de la organización política y jurídica, a la vez que sirve de fundamento del orden jurídico. Razón por la cual estos derechos también han sido ca-

---

3 Surgió en el seno de la iuspublicística alemana del siglo XIX, como expresión de la interrelación que se producía entre el ciudadano y el Estado. Sus postulados esenciales eran los siguientes: los derechos son prerrogativas subjetivas reconocidas en el ordenamiento jurídico porque protegen un determinado bien o interés del individuo, al recibir tutela jurídica se convierten en derechos técnicamente hablando, con ello se conforma la responsabilidad de los poderes públicos de crear la premisas para su desempeño, surge así también la capacidad del sujeto de exigir su reconocimiento.

4 La definición Libertades Públicas, se refirió a los derechos que despliegan la autonomía individual y requieren para su realización del reconocimiento jurídico y la no interferencia del poder público, lo que ha sido cuestionado por diversos autores porque toda libertad requiere para su ejercicio la intervención del Estado.

5 La noción de derechos morales nació en la cultura jurídica anglosajona, en la cual se plantea que estos derechos devienen de una moralidad construida a partir del proceso civilizatorio, con positivización jurídica para lograr su eficacia.

6 El concepto derechos humanos quedó asentado en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, algunos autores hacen distinción entre derechos constitucionales y derechos humanos al utilizar los primeros para designar aquellos derechos positivados a nivel interno, en tanto emplean la fórmula derechos humanos para denominar los derechos positivados en las declaraciones internacionales.

7 La aparición de términos Derechos Ciudadanos y Derechos Constitucionales puede enmarcarse en el entorno de los siglos XVIII e inicios del XIX, el primero aparejado al proceso revolucionario burgués donde, como síntesis de los postulados ideológicos liberales, se produce la ciudadanización del hombre. El segundo con la codificación en constituciones de los derechos naturales e innatos proclamados al hombre.

8 Cutié Mustelier, Danelia. “Los derechos en la Constitución cubana de 1976. Una relectura necesaria a 40 años de vigencia”, La Constitución cubana de 1976: Cuarenta años de vigencia, Editorial UNIJURIS, 2016, pág. 158.

talogados por el autor Humberto Nogueira Alcalá<sup>9</sup>, como: “El conjunto de facultades e instituciones que en cada momento histórico concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humana, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional”.

El autor Louis Favoreu<sup>10</sup>, considera que por derechos fundamentales es necesario comprender:

El conjunto de los derechos y libertades reconocidos en las personas físicas como en las personas morales (de derecho privado o de derecho público) en virtud de la Constitución pero también de los textos internacionales y protegidos tanto contra el poder ejecutivo, como contra el poder legislativo, por el juez constitucional o por el juez internacional.

Peter Häberle<sup>11</sup> por su parte señala, que los derechos fundamentales constituyen: “El término genérico para los derechos humanos universales y los derechos de los ciudadanos nacionales”, siendo así que para este último autor, puede utilizarse el calificativo derechos fundamentales, tanto para referirse a los derechos humanos asegurados jurídicamente a nivel internacional, como a los derechos asegurados jurídicamente a nivel nacional. Línea de pensamiento que es seguida en la doctrina y en la práctica constitucional por otros autores, algunos de los cuales, incluso han llegado a utilizar la expresión *derechos fundamentales* o *derechos humanos* como sinónimos. Resultando necesario realizar un breve análisis acerca el significado específico de cada uno de ellos, a fin de denotar las diferencias existentes entre ambos, ya que si bien es cierto que en esencia se refieren a las facultades y exigencias inherentes a la persona humana, resulta innegable que cada uno de ellos posee un significado específico, que registra importantes diferencias conceptuales.

9 Nogueira Alcalá, Humberto. “El constitucionalismo contemporáneo y los derechos económicos, sociales y culturales”, Revista Estudios Constitucionales, vol. 1, núm. 1, 2003, p. 141, Centro de Estudios Constitucionales de Chile Santiago, Chile, ISSN: 0718-0195.

10 Favoreu, Louis. “L’elargissement de la saisine du coseil constitutionnel aux juridictions administratives et judiciaires”, RFDC No 4, 1990, pág. 581 y ss.

11 Häberle, Peter. “El concepto de los derechos fundamentales”, Problemas actuales de los derechos fundamentales, Ed. Universidad Carlos III, Madrid, España, pág. 94.

La expresión derechos humanos, es una expresión más genérica, donde pueden englobarse todos los tipos de derechos, tanto los civiles y políticos como los económicos, sociales y culturales, comprendiendo todas las aspiraciones y exigencias de la dignidad humana en cada momento histórico, las que deben ser reconocidas por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional.

Esta expresión ha sido calificada además por algunos autores, como una definición ambigua e imprecisa, ya que los derechos humanos pueden ejercerse y ser eficaces, en la medida en que sean reconocidos por el ordenamiento jurídico, es decir, positivizados, de lo contrario serían sólo valores éticos, morales, humanos.

Por su parte la expresión derechos fundamentales, aparece por primera vez en la Constitución Alemana de 1848, luego en la de Weimar de 1919 y más tarde en la Constitución cubana de 1940, así como en la Ley Fundamental de Bonn de 1949. Considerándose por algunos autores como una definición más precisa, pues se refiere a las facultades ejercitables por el individuo de un modo efectivo y a los que el ordenamiento jurídico les brinda tutela y protección en caso de amenaza o violación. Sin embargo, también es visto como un término que ofrece un enfoque restrictivo de los derechos, al alcanzar una lista determinada de derechos que se consideran esenciales para el desarrollo del ciudadano en la sociedad desde un cierto contexto ideológico.

Respecto a la utilización de las expresiones *derechos humanos* y *derechos fundamentales*, el autor Humberto Nogueira Alcalá<sup>12</sup> ha planteado:

El concepto de derechos humanos en el contexto contemporáneo se reserva para denominar a los derechos de la persona recono-

---

12 Según el autor Humberto Nogueira Alcalá, el concepto de derechos humanos en el contexto contemporáneo se reserva para denominar a los derechos de la persona reconocidos y garantizados por el derecho internacional, en tanto, el concepto de derechos fundamentales o derechos constitucionales se reserva generalmente a los derechos de la persona que se encuentran asegurados por el ordenamiento jurídico de un Estado en la Carta Fundamental. Humberto Nogueira Alcalá. "El Constitucionalismo contemporáneo y los derechos económicos, sociales y culturales", *Revista Estudios Constitucionales*, No1, vol. 1, 2003, pág. 141 y ss., Centro de Estudios Constitucionales de Chile Santiago, Chile, ISSN: 0718-0195.

cidos y garantizados por el derecho internacional, en tanto, el concepto de derechos fundamentales o derechos constitucionales se reserva generalmente a los derechos de la persona que se encuentran asegurados por el ordenamiento jurídico de un Estado en la Carta Fundamental.

En este contexto, también ha sido esbozando por Luis Aguiar de Luque<sup>13</sup>, un concepto de derechos fundamentales que comprende: “Aquel conjunto de enunciados constitucionales que contienen un interés particular que se valora positivamente para la plena realización del individuo, lo que significa su incorporación al texto constitucional y a la instrumentación de unas garantías que tutelen su efectividad”.

De igual manera, el Dr. Villabella Armengol<sup>14</sup>, considera que los derechos fundamentales suponen elementos esenciales como:

1. Los derechos son fundamentales no sólo porque consagran las diferentes aristas de la libertad del ser humano, sino además porque resultan instituciones trascendentales para el ordenamiento constitucional en una sociedad democrática, vías impescindibles para el desarrollo de ésta.
2. En la arquitectura de la norma iusfundamental existe una correlación entre el objeto del derecho que desarrolla una fracción de la libertad e igualdad y el contenido como haz de conductas o permisos a través de los cuales se realiza. Éstos, en dependencia del bien de la personalidad de que se trate, se explicitan en un permiso de hacer, una prohibición de interferir a los poderes públicos o una obligación de actuar del Estado. De esta forma, se supera la visión de que los derechos siempre implican una actuación abstinentemente del Estado.

---

13 De Aguiar de Luque, Luis. “Las Garantías Constitucionales de los derechos fundamentales en la Constitución española”, *Revista española de derecho constitucional*, N° 29, N° 85, 2009, ISSN 0211-5743.

14 Villabella Armengol, Carlos Manuel. “Derechos fundamentales y derechos de la personalidad. Una relación conceptual no siempre bien resuelta”, *Derecho Civil Constitucional*, Editorial Mariel S.C, México, 2014, pág. 73-74.

3. La eficacia directa y la vinculación a los poderes públicos que los derechos entrañan, suponen en particular para el legislador su sujeción al principio de intervención mínima y necesaria. Ello debe de entenderse en el sentido de que, ni el derecho fundamental necesita de la intervención desarrolladora imprescindible de éste –como sostenían otras visiones de derecho precedentes–, ni el legislador puede dejar de actuar para concretar el objeto, contenido y límite del derecho cuando es necesario: lo que define en esencia la categoría de derecho fundamental es su indisponibilidad al legislador (en el sentido de que su programa normativo le pre-existe y vincula, positiva o negativamente según su objeto, contenido y límite).
4. La noción de fundamentabilidad de los derechos que el concepto remarca supone como elemento distintivo la implementación de mecanismos y vías de garantía. En este sentido, justiciabilidad es pieza clave que complementa el carácter de fundamentabilidad de los derechos: los derechos no basta con constitucionalizarlos, sino hay que concebir como tercer nivel para alcanzar su dimensión de fundamentales, la existencia de garantías que le brinden una eficacia real en su ejercicio.

Análisis del que se colige, que aunque algunos autores utilizan la expresión *derechos fundamentales* como el término genérico para los derechos humanos universales y los derechos de los ciudadanos nacionales, queda claro, de las enunciaciones ofrecidas por los autores Humberto Nogueira Alcalá, Villabella Armengol y Luis Aguiar de Luque, que cuando nos referimos a los derechos fundamentales, debemos hacer referencia a los derechos de la persona que se encuentran asegurados por el ordenamiento jurídico de un Estado en la Carta Fundamental, en tanto debemos reservar la expresión derechos humanos para denominar a los derechos de la persona reconocidos y garantizados por el derecho internacional. Explicitándose además del análisis de estas definiciones, el lugar privilegiado que los derechos fundamentales poseen dentro del ordenamiento jurídico, con lo que se pone de manifiesto su

naturaleza especial y su consideración como elemento básico y preeminente, frente a la naturaleza ordinaria que poseen los demás derechos subjetivos. En virtud de ello se puede plantear, que no todo *derecho humano* es un *derecho fundamental* y que no todo derecho subjetivo es derecho fundamental. Así como la obligación de Estado y sus órganos, no sólo de no lesionar la esfera individual o institucional de los derechos fundamentales, ni del deber de sometimiento de todos los poderes a la constitución y a los derechos fundamentales o esenciales. Sino también la obligación positiva de contribuir a la efectividad de tales derechos, y de los valores que representan, incluso cuando no haya una pretensión subjetiva por parte de alguna persona.

Reflexión que se complementa y se reafirma con lo planteado por el destacado jurista alemán Robert Alexy, el cual nos brinda una teoría jurídica general<sup>15</sup> de los derechos fundamentales y utiliza justamente la denominación *derechos fundamentales*, para referirse a los derechos más importantes de los individuos, protegidos por la Constitución, y oponibles frente al Estado y a los particulares.

Al analizar la teoría de Robert Alexy, es apreciable que el autor nos brinda una teoría de los *derechos fundamentales* de la Ley Fundamental<sup>16</sup>, integradora<sup>17</sup>, estructural<sup>18</sup> y primariamente analí-

15 Es una teoría general, en tanto en ella se abordan los problemas que se plantean en todos los derechos fundamentales o en todos los derechos fundamentales de un determinado tipo, por ejemplo, en todos los derechos de libertad, de igualdad o de prestación. Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Traducción de Carlos Bernal Pulido; o de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008), 18.

16 La teoría de los derechos fundamentales planteada por Robert Alexy, es una teoría de los *derechos fundamentales* que tienen validez positiva. Ello la distingue de las teorías de los derechos fundamentales que no son de la Ley Fundamental (lo equivalente a la Constitución alemana), esto es, la teoría de los derechos fundamentales de otros Estados o las teorías de los derechos fundamentales de los Estados federados que integran la República Federal de Alemania. Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Traducción de Carlos Bernal Pulido; o de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008), 11-2.

17 Según el autor, el camino hacia una teoría integradora adecuada, pasa por la teoría estructural de los derechos. Una teoría estructural tiene que constituir no sólo la primera pieza de una teoría integradora de los derechos fundamentales, sino también la base y marco para todo lo demás. Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Traducción de Carlos Bernal Pulido; Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008), 22.

18 Es una teoría estructural en tanto cuanto parte de una teoría integradora. Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Traducción de Carlos Bernal Pulido; (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008), 22.

tica<sup>19</sup>, en la que se investigan estructuras tales como los conceptos de los derechos fundamentales, la influencia de éstos en el sistema jurídico y su fundamentación. Realizando distinciones teóricas estructurales, dentro de las cuales destaca, la distinción entre reglas y principios.

De acuerdo a lo planteado por el autor, la distinción entre reglas y principios es uno de los pilares fundamentales del edificio de la teoría de los *derechos fundamentales*, ya que no pocas veces, las normas de derecho fundamental constituyen principios, aunque también se hace referencia al carácter de reglas de las normas de derecho fundamental. En este contexto aclara, que tanto reglas como principios constituyen normas, pues establecen lo que es debido e instituyen razones para llevar a cabo juicios concretos de deber ser, de esta manera la distinción entre reglas y principios, es una distinción entre dos tipos de normas.

Al respecto plantea Alexy:

El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las realidades jurídicas y reales existentes, por lo tanto los principios son mandatos de optimización, que se caracterizan porque pueden cumplirse en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. En cambio, las reglas son normas que sólo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces debe hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas tienen *determinaciones* en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible.

Análisis del cual se desprende el doble carácter de las disposiciones de derecho fundamental –por principios y por reglas–, donde los principios son mandatos de optimización y las reglas contienen

---

19 Es una teoría primaria y no analítica pura, porque investiga estructuras tales como los conceptos de los derechos fundamentales, la influencia de los derechos fundamentales en el sistema jurídico y la de la fundamentación de los derechos fundamentales. Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Traducción de Carlos Bernal Pulido; (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008), 22.

determinaciones en el ámbito de lo fáctico y jurídicamente posible. De esta manera se muestra un modelo, en el que las normas de derechos fundamentales no son concebidas únicamente como principios o que éstos tengan valor sin la necesaria conexión que deben mantener con otros tipos de normas, sino que propone un modelo combinado, que surge de la vinculación de dos elementos claves: principios y reglas.

Por último, resulta necesario hacer referencia a la definición sobre los derechos fundamentales, propuesta por autor italiano Luigi Ferrajoli, el cual presenta una definición teórica<sup>20</sup>, estructural<sup>21</sup> y válida para cualquier ordenamiento jurídico, al referir<sup>22</sup>: “Son «derechos fundamentales» todos aquellos derechos subjetivos<sup>23</sup> que corresponden universalmente a «todos» los seres humanos en cuanto

20 El autor Luigi Ferrajoli, en su obra “Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales”, explica que su definición sobre los derechos fundamentales es teórica en cuanto, aún estando estipulada con referencia a los derechos fundamentales positivamente sancionados por leyes y constituciones en las actuales democracias, prescinde de la circunstancia de hecho de que en este o en aquel ordenamiento tales derechos se encuentren o no formulados en cartas constitucionales o leyes fundamentales, e incluso del hecho de que aparezcan o no enunciados en normas de derecho positivo, es decir, formulada con referencia a las normas de un ordenamiento concreto, como, por ejemplo, la Constitución italiana o la española. Conforme a esto, plantea que son «fundamentales» los derechos adscritos por un ordenamiento jurídico a todas las personas físicas en cuanto tales, en cuanto ciudadanos o en cuanto capaces de obrar. Ferrajoli, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Edición de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, (Madrid: Editorial Trotta, 2001), 19 y 20.

21 La definición brindada por Ferrajoli, es también una definición formal o estructural, en el sentido de que tal y como plantea el propio autor: “Prescinde de la naturaleza de los intereses y de las necesidades tutelados mediante su reconocimiento como derechos fundamentales, y se basa únicamente en el carácter universal de su imputación: entiendo «universal» en el sentido puramente lógico y valorativo de la cuantificación universal de la clase de los sujetos que son titulares de los mismos. De hecho son tutelados como universales, y por consiguiente fundamentales, la libertad personal, la libertad de pensamiento, los derechos políticos, los derechos sociales y similares. Pero allí donde tales derechos fueran alienables y por tanto virtualmente no universales, como acontecería, por ejemplo, en una sociedad esclavista o totalmente mercantilista, éstos no serían universales ni, en consecuencia, fundamentales. Ferrajoli, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Edición de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, (Madrid: Editorial Trotta, 2001), 20.

22 Ferrajoli, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Edición de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, (Madrid: Editorial Trotta, 2001).

23 El autor refiere en su obra que: “Se entendiende por «derecho subjetivo» cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por «status» la condición de un sujeto, prevista por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas”. Ferrajoli, Luigi. *Los fundamentos*

dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar”.

En esta definición destaca la *universalidad* que caracteriza a los derechos fundamentales y que comprende a todos los seres humanos con independencia del contenido de las expectativas que tutelan dichos derechos, el *reconocimiento a todos sus titulares en condiciones de igualdad*, pues según el autor: «personalidad», «ciudadanía» y «capacidad de obrar» son condiciones de la igual titularidad de todos los (diversos tipos) de derechos fundamentales.<sup>24</sup> Así que, serán fundamentales en cualquier ordenamiento jurídico todos los derechos que resulten atribuidos *universalmente* a las clases de sujetos determinadas por la identidad de persona, ciudadano o capaz de obrar.

Ferrajoli plantea además que los derechos fundamentales presentan como característica distintiva, su carácter de derechos *inalienables, inviolables, intransigibles y personalísimos*. A partir de la cual, realiza una distinción entre *derechos fundamentales* y *derechos patrimoniales*, en la que explica que *derechos universales*, reconocidos a todos sus titulares en *igual* forma y medida e *inalienables, inviolables, intransigibles y personalísimos* como: los derechos de libertad, el derecho a la vida, y los derechos civiles (incluidos los de adquirir y disponer de los bienes objeto de propiedad), así como los derechos políticos y sociales, serían *fundamentales*. En tanto los derechos *patrimoniales* (el derecho de propiedad, los demás de los derechos reales, e incluso los derechos de crédito), no deben incluirse dentro de aquellos, al ser derechos *singulares* (en los que para cada uno es observable la existencia de uno o varios titulares determinados, como en el caso de la copropiedad), *exclusivos* (razón por la cual están en

---

*de los derechos fundamentales*, Edición de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, (Madrid: Editorial Trotta, 2001), 20.

24 Conforme a lo planteado por Ferrajoli, la ciudadanía y la capacidad de obrar han quedado hoy como las únicas diferencias de status que aún delimitan la igualdad de las personas humanas y pueden ser asumidas como los dos parámetros –el primero superable, el segundo insuperable– sobre los que fundar dos grandes divisiones dentro de los derechos fundamentales: la que se da entre derechos de la personalidad y derechos de ciudadanía, que corresponden, respectivamente, a todos o sólo a los ciudadanos y la existente entre derechos primarios (o sustanciales) y derechos secundarios (instrumentales o de autonomía), que corresponden, respectivamente, a todos o sólo a las personas con capacidad de obrar.

la base de la *desigualdad* jurídica), así como por ser derechos particularmente *negociables y alienables*.

En este sentido plantea Ferrajoli:

Todos somos igualmente libres de manifestar nuestro pensamiento, igualmente inmunes frente a las detenciones arbitrarias [...] e igualmente titulares del derecho a la salud o a la educación"; no todos, por el contrario, sino cada uno de nosotros, es propietario o acreedor de cosas diversas y en medida diversa: yo soy propietario de este vestido mío o de la casa en que habito, o sea, de objetos diversos de aquellos de que otros y no yo son propietarios.

## 2. Eficacia de los derechos fundamentales

Dentro del análisis de los derechos fundamentales, resulta trascendental el estudio de su eficacia, a partir de la consideración en el constitucionalismo actual, de que las normas constitucionales tienen todas sin distinción plena eficacia vinculante, incluidas las que estipulan los derechos fundamentales de las personas.

Al respecto el profesor Luis Prieto Sanchís, ha esbozado que la Constitución: "No es un catecismo político o una guía moral dirigida al legislador virtuoso, sino, una norma como cualquiera otra que incorpora la pretensión de que la realidad se ajuste a lo que ella prescribe".<sup>25</sup>

Se trata de la eficacia normativa de la Constitución a partir de la cual, las disposiciones constitucionales tienen efecto normativo, dejando de ser consideradas, de acuerdo al profesor Santiago Sastre: "Normas con un valor meramente programático o como un conjunto de recomendaciones u orientaciones dirigidas al legislador, para consolidar su valor normativo y operar como auténtica norma jurídica con eficacia directa e inmediata".<sup>26</sup> Transmitiendo eficacia normativa también a los derechos fundamentales, cuya consecuencia

25 Prieto Sanchís, Luis. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, (Madrid: Editorial Trotta, 2009), 116.

26 Sastre Ariza, Santiago. *La ciencia jurídica ante el neoconstitucionalismo*, (Madrid: Editorial Neoconstitucionalismo (s), 2003, ISBN 84-8164-573-7), 240.

más básica, ha sido esbozada por el profesor Luis Prieto Sanchís: “Consiste en concebir a los derechos como normas supremas, efectivas y directamente vinculantes, que pueden y deben ser observadas en toda operación de interpretación y aplicación del derecho”.<sup>27</sup>

Sin embargo, esa eficacia de los derechos fundamentales, encuentra en las nuevas constituciones normativas de los Estados sociales y de derecho que nacen después de la segunda guerra mundial, una novedad, al concebir no sólo la regulación de las relaciones entre el Estado y los ciudadanos (*eficacia vertical*), sino también, las relaciones entre particulares (*eficacia horizontal*).<sup>28</sup>

La *eficacia vertical* de los derechos fundamentales se manifiesta en la idea que concibe a los derechos fundamentales como herramientas oponibles únicamente frente al poder estatal, partiendo del análisis de que la presencia del Estado implica una relación de desigualdad con el particular. Situación que los seguidores de esta teoría, consideran inexistente en las relaciones entre particulares. Siendo así, que los derechos fundamentales juegan una suerte de linde entre el Estado y la sociedad, cuya presencia constitucional refuerza su función de instrumentos organizativos y limitadores de la actuación pública.

Esta teoría tradicional de la *eficacia vertical* de los derechos fundamentales, se complementa en el constitucionalismo moderno, con la consideración de que los derechos fundamentales no son únicamente límites al poder político. Sino que implican una doble problemática íntimamente relacionada con la idea de que los derechos fundamentales se convierten en límites de un poder mucho más complejo que el tradicional “concepto de poder público” y con la percepción de que los derechos fundamentales se convierten tam-

---

27 Prieto Sanchís, Luis. *El constitucionalismo de los derechos*, (Madrid: Editorial Trotta, 2007), 216.

28 Tradicionalmente se entendía que las normas constitucionales sobre derechos fundamentales se aplicaban únicamente a las relaciones entre los ciudadanos y el Estado; los derechos fundamentales habían aparecido históricamente como derechos de defensa frente a injerencias de los poderes públicos en la libertad de los particulares, y en consecuencia, no alcanzaban relaciones entre particulares. Ferrer Iriba, J. *Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada*, (Madrid: Civitas, 1997), 89.

bién en límites a la actuación de los particulares (*eficacia horizontal*). Desde esta perspectiva la *eficacia horizontal* de los derechos fundamentales, serán concebidos ya no sólo como límites o prerrogativas frente al poder público, sino también frente a los particulares, debiendo el Estado garantizarlos.

Sin embargo, la problemática que ha acaparado la discusión doctrinal durante los últimos 60 años, ha estado centrada más bien en determinar la modalidad o tipo de eficacia que los derechos fundamentales han de desplegar en el tráfico jurídico privado. Si lo han de hacer de manera *mediata* (teoría de la mittelbare Drittwirkung), o bien, de manera *inmediata* (teoría de la unmittelbare Drittwirkung). Por lo que resulta significativo abordar aun que de manera sucinta, cada una de estas posiciones doctrinales.

La *eficacia horizontal mediata* o *indirecta* como también se le ha llamado, está dada por la dimensión objetiva de los derechos fundamentales<sup>29</sup>, cuyo reconocimiento, trae consigo determinadas consecuencias en el ordenamiento jurídico, que son: el efecto irradiación o expansión de los derechos; el deber de protección, y la eficacia frente a terceros.

El efecto de expansión de los derechos fundamentales, significa que éstos influyen amplia y materialmente en todas las esferas del sistema jurídico. Por tanto, son normas que no se limitan a regular la relación inmediata Estado-ciudadano, sino que rigen con validez universal, en todas direcciones. Aún más, su contenido jurídico fundamental impone parámetros al Estado y a la sociedad en su conjunto, desplegando así sus efectos frente a particulares y ya no sólo frente al Estado.

<sup>29</sup> La dimensión objetiva de los derechos fundamentales, emana del reconocimiento de éstos como *valores objetivos* que impone al Estado mandatos de actuación y deberes de protección respecto a todos los destinatarios de la Constitución, ya sean públicos o privados. A su vez, la concepción de los derechos como *valores objetivos* obedece a la transformación del significado de los catálogos de derechos consignados en las Constituciones a partir de la segunda guerra mundial, que de ser aspiraciones políticas o directrices no vinculantes en el siglo XIX, pasan a ser un sistema de preceptos. Vega, P. "Dificultades y problemas para la construcción de un constitucionalismo de la igualdad. El problema de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales", *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, Murcia, No. 6, 1994, pág. 41.

Desde este punto de vista, el Estado tiene la obligación ya no sólo de abstenerse en la intromisión de la esfera jurídica de los particulares, sino también de garantizar su efectividad en las relaciones privadas, en tanto constituyen los derechos fundamentales, valores objetivos del ordenamiento jurídico.

La forma en que el Estado concretizará este deber de hacer efectivos los derechos fundamentales (como valores objetivos) en las relaciones privadas, será según el profesor Anzures Gurría, José Juan<sup>30</sup>: “Mediante sus órganos, a través del legislador y de manera subsidiaria con la intervención del juez. Así, cuando ocurra la violación de un derecho fundamental en una relación particular, la infracción será imputable al Estado, ya sea en su órgano legislativo o judicial, por no haber dispensado la protección esperada”.

En otras palabras, lo que propone la *Drittwirkung mediata*, es que el legislador, con base en el principio de proporcionalidad, regule el alcance de los derechos fundamentales en las relaciones particulares, y en caso de ausencia legislativa, el juez resuelva el caso concreto teniendo en cuenta la influencia de los derechos fundamentales entendidos como valores sobre las normas de derecho privado. En esa medida, vinculan al legislador y al juez, pues no son los actos de los sujetos privados, si no las normas de Derecho privado las que están directamente vinculadas a los derechos fundamentales. Siendo el poder público y no el particular, quien en realidad queda directamente constreñido por los derechos fundamentales.

Por su parte, la eficacia horizontal *inmediata* o *directa*, entiende a los derechos fundamentales no como valores, sino como verdaderos derechos subjetivos contenidos en la Constitución y, como tales, exigibles directamente por el individuo que los ostenta frente a sus semejantes, sin que sea necesaria la mediación de un órgano estatal. En lo que, en nuestra opinión, no se niega la intervención del legislador para que configure el alcance de los derechos fundamentales en las relaciones privadas, sino que, los derechos fundamentales que reco-

---

30 Anzures Gurría, José Juan. “La eficacia horizontal de los derechos fundamentales”, *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, No. 22, enero-junio 2010, pág. 19.

noce la Constitución son de aplicación directa, por lo que se deduce que no es necesario para su efectividad un desarrollo legislativo.

### 3. Esbozos sobre la clasificación de los derechos fundamentales

La clasificación de los derechos fundamentales es diversa, respondiendo a criterios de muy distinta naturaleza, sin embargo, se considera oportuno analizar algunas de las posiciones que más polémica han encontrado en la teoría de los derechos fundamentales y en la ciencia jurídica.

Autores como el profesor García de Enterría, clasifica los derechos fundamentales en función de la forma de conseguir su eficaz vigencia, clasificándolos así en: "*derechos activos y derechos reaccionales*". Donde los **derechos activos** son aquellos en los que su sujeto titular exige que el contenido del mismo no sea violado por parte de ningún sujeto pasivo mediante una acción positiva propia, en tanto los **derechos reaccionales** lo constituyen aquellos derechos, cuya eficaz vigencia no depende de esa acción positiva propia y sí de que el sujeto activo haya tenido que acotar, en consecuencia, un espacio de ejercicio de modo explícito.

En esta categorización dicotómica del profesor García de Enterría, se aprecia que es una clasificación en la que pueden ser ubicados todos los derechos fundamentales, distinguiéndose solamente unos de los otros, por la forma de conseguir su eficaz vigencia, por lo que existe gran generalidad en su ordenamiento, que no explica el fenómeno en sus distinciones más específicas como su contenido, el objeto o el vínculo entre los sujetos.

Existen otros autores, como los franceses Jackes Robert y Jean Duffart<sup>31</sup>, que adoptan criterios de clasificación vinculados con las libertades públicas, distinguiendo entre **libertades físicas**, **libertades del espíritu** y **libertades de la expresión colectiva** o el profesor francés Rivero<sup>32</sup>, quien distingue dentro de las libertades públicas: **La seguridad o libertad personal** (libertad de la persona física

31 Peces Barba Gregorio. *Curso de Derechos Fundamentales*, (Madrid: Univ. Carlos III, 1999), 442.

32 Peces Barba Gregorio. *Curso de Derechos Fundamentales*, (Madrid: Univ. Carlos III, 1999), 442.

que tiene por objeto la seguridad jurídica del individuo ante el poder), **libertades de la persona física** (libre disposición por cada uno de su persona física, la libertad de circulación, de inviolabilidad de las comunicaciones, del domicilio, etc.) y **libertades de la persona intelectual o moral** (libertades del pensamiento como libertad de opinión, de conciencia, de expresión y difusión del pensamiento). Clasificaciones que a nuestro modo de ver, resultan incompletas e imprecisas, pues nada dicen en relación a la eficacia social de los derechos y no abarcan algunos derechos democráticos de vital importancia, como el derecho a la participación política, ni tampoco a los derechos económicos y sociales o nuevos derechos como la protección al medio ambiente.

Destacan también en doctrina, las clasificaciones realizadas por los autores Sánchez Ferriz, Prieto Sanchís y Bidart Campos.<sup>33</sup> Para la profesora Sánchez Ferriz, la clasificación de los derechos fundamentales, distingue entre derechos fundamentales y libertades públicas y la realiza en referencia al derecho positivo español y al orden que encuentran en la Constitución. Siendo así que propone su ordenación de la siguiente manera:

- 1) **Derechos que el Estado reconoce y protege con las máximas garantías.**
  - a) Derechos Fundamentales.
    - Personales (derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la libertad y seguridad, a la objeción de conciencia, entre otros)
    - Políticos (derecho a participar en asuntos públicos, a acceder a funciones y cargos públicos, etc).
    - Sociales (derecho a la educación, a la salud etc).

---

33 Peces Barba Gregorio. *Curso de Derechos Fundamentales*, Univ. Carlos III, Madrid, 1999, p. 445.

- b) Libertades Públicas (libertades ideológica y religiosa, de residencia y circulación, de expresión, de reunión, de asociación, etc).
- 2) **Derechos que el Estado se compromete a proteger** (derecho a defender a España, a la libertad de empresa, a la negociación colectiva etc).
- 3) **Derechos que el Estado se compromete a promover** (los regulados en el Cap. III de la Constitución española).

En esta clasificación dada por la Dra. Sánchez Ferriz es apreciable, que a pesar de que en ella se hace distinción entre derechos fundamentales y libertades públicas, no se aporta ningún elemento adicional que permita perfilar mejor el concepto de derechos fundamentales y de libertades públicas. Siendo además una clasificación, sin otro análisis que no sea el referencial al orden que encuentran en la constitución española los citados derechos y que incluye de manera inadecuada como derechos fundamentales, compromisos del Estado español que rigen como principios rectores de la política social y económica del Estado, tal y como se enuncia en el propio Título I: “De los derechos y deberes fundamentales”, Capítulo III, de la Constitución española.<sup>34</sup>

En cuanto a la posición de los autores Prieto Sanchís y Bidart Campos<sup>35</sup>, referente a la clasificación de los derechos fundamentales, resulta necesario destacar que éstos no son partidarios de tal ordenación, dudando incluso de su utilidad científica. En tal sentido, Bidart Campos se limita a realizar una enumeración de derechos civiles, sociales, económicos, culturales y políticos, pues en su opinión algunos derechos podrían situarse, según el sentido que se les dé, en una u otra categoría. Por su parte el profesor Prieto Sanchís, los aborda desde los siguientes puntos de vista: **Titularidad de los derechos,**

34 Título I “De los derechos y deberes fundamentales”, Capítulo III “De los principios rectores de la política social y económica” art 39-52. *Constitución española*, Disponible en <http://www.derechoshumanos.net/constitucion/index.htm?gclid=Cj0KEQjw4pO7BRDI9ePazKzr1LYBEiQAHlJdRxX4HvczELmO7pTYDBFitluyC8yjC9a32Z5z1SLi764aAnuh8P8HAQ>

35 Peces Barba Gregorio. *Curso de Derechos Fundamentales*, (Madrid: Univ. Carlos III, 1999), 449.

## **objeto y finalidad de los derechos, modo de ejercicio y contenido de la obligación.**

Luis Prieto clasifica los derechos según el objeto y finalidad, atendiendo a los valores de libertad e igualdad que los caracterizan desde su origen histórico.<sup>36</sup> En los derechos de libertad subclasifica **en libertad como ámbito de inmunidad frente a interferencias ajenas y libertad como posibilidad de actuación en el ámbito social**. Dentro del primer grupo sitúa el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la nacionalidad, a la seguridad personal, las garantías procesales y penales, el derecho al honor, a la vida privada, a la inviolabilidad del domicilio y a las comunicaciones. Dentro del subgrupo de libertad como posibilidad de actuación en el ámbito social, comprende la libertad ideológica, religiosa y de culto, la libertad de expresión, de residencia y circulación, el derecho de reunión y manifestación, derecho a la libertad de trabajo, a la libre empresa etc.

En relación con los **derechos de igualdad**, sitúa dentro de éstos la **igualdad ante la ley** (derecho a la educación, al trabajo, a una remuneración suficiente, a la protección social, el derecho de los menores a la formación profesional, a la seguridad e higiene del trabajo, el derecho al descanso y a vacaciones retribuidas, a la cultura, a un medio ambiente adecuado, a disfrutar de una vivienda digna, derechos de personas que poseen algún tipo de discapacidad, derechos de los ancianos y derechos de los consumidores y los usuarios etc.)

Basado en el modo de ejercicio y el contenido de la obligación, el profesor Prieto subdivide los derechos en:

- **Derechos de autonomía.**
- **Derechos prestacionales o de créditos.**
- **Derechos a obtener tutela de derechos.**
- **Derechos de participación.**

---

36 Prieto, Luis. *Estudios sobre derechos fundamentales*, (Madrid: Editorial Debate, S.A, 1990), 127.

Donde los derechos de autonomía y prestacionales suponen una clasificación en cuanto al contenido de la obligación, en tanto los derechos a obtener tutela de derechos y los derechos de participación responden al modo de ejercicio. Siendo los **derechos de autonomía** aquellos que consagran un ámbito de libertad en favor del individuo, que no puede ser perturbado ni por el poder público, ni por otros particulares o grupos sociales. La obligación principal que generan es negativa, de no hacer o de abstención, aunque pueden generar otras obligaciones secundarias de carácter positivo.

Los **derechos de crédito** son para este autor, derechos reflejos que se diferencian de los **derechos de autonomía** por su modo de ejercicio y su finalidad y contenido. Suponen la existencia de una obligación de contenido positivo que difiere de la categoría **derechos sociales**, pues para él resulta imposible asimilar ambas categorías, si se tiene en cuenta que algunos derechos como el derecho a la huelga, a la libertad sindical y el derecho a la participación de los trabajadores en las empresas, merecen el calificativo de derechos sociales, pero no el de derecho de crédito y por su parte otros derechos como la asistencia letrada constituye un derecho prestacional, pero no social, con lo que coincidimos plenamente.

Por último, los **derechos de participación**, en los cuales, para este autor no comprenden solamente los **derechos políticos**, sino también el **derecho a la jurisdicción**, pues está encaminado también a la formación de la decisión pública. Lo que puede ser visto como una innovación, desde el punto de vista de la conexión que brinda entre el titular del derecho y la formación de la voluntad estatal.

El profesor Gregorio Peces Barba, por su parte, señala como relevantes las clasificaciones de los derechos fundamentales en relación con su **contenido, la forma de su ejercicio, los tipos de relación jurídica que suponen, en relación con sus fuentes, garantías que se desprenden del propio texto constitucional**, así como en relación con **sus titulares**. Sin embargo sólo será objeto de profundización en este acápite, las dos primeras categorías, por ser las que consideramos más viables a los efectos de lograr mayor comprensión de los

derechos fundamentales y de los numerosos matices que aparecen en su análisis.

En la clasificación de los derechos fundamentales en relación con su **contenido**, Peces Barba toma en consideración a su vez, el **objeto** o **bien protegido** y la **finalidad que se persigue** con la protección, relacionándola con la razón última de los derechos (la dignidad del hombre). Siendo así, que divide los derechos fundamentales de acuerdo a su **contenido** en:

- **Personalísimos.** En ellos el bien protegido es la persona en sí, con independencia de la vida social y de sus relaciones con los demás. En este grupo se encuentran los derechos que protegen sólo al hombre, en tanto en el resto de estos grupos se protegerán al hombre en sus relaciones con los demás. Ej. Derecho a la vida y a la integridad física y moral, derecho a la libertad ideológica y religiosa, al honor y a la propia imagen.
- **De sociedad, de comunicación y participación.** Son aquellos que protegen a la persona en el ámbito de la sociedad civil, favoreciendo el libre tráfico entre todos sus miembros y su intervención en las relaciones sociales. Entre ellos se encuentran el derecho a la igualdad y a la no discriminación, la libertad de cultos, la inviolabilidad del domicilio, el secreto de las comunicaciones, la libertad de residencia y de circulación, la libertad de expresión y de información, el derecho a la creación literaria, científica, artística y técnica, la libertad de cátedra, la libertad de enseñanza, el derecho de reunión y de manifestación y el derecho de asociación.
- **Derechos políticos y de seguridad jurídica.** Favorecen la participación de sus titulares en la formación de la voluntad estatal y en la configuración de los poderes y de los órganos públicos, del Estado y de las comunidades locales. Comprenden el derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos y dentro del derecho de seguridad jurídica ubica el derecho a la jurisdicción. En tanto para él, contribuye a la certeza del derecho y a la paz social,

al satisfacer pretensiones de los particulares, el derecho a la libertad y a la seguridad, las garantías en caso de detención, el derecho a la asistencia letrada, a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales, los derechos en el proceso y los derechos del condenado.

- **Derechos económicos, sociales y culturales.** Protegen determinadas dimensiones en el ámbito privado con contenido económico o cultural, o permiten crear condiciones en esas dimensiones, en ambos casos para favorecer y hacer posible el libre desarrollo de la personalidad. Protegen los beneficios de los que se goza, o pretenden crear nuevos beneficios, educación, sanidad, seguridad social, vivienda, etc. Según Peces Barba: “Lo que distingue a estos derechos de los anteriores es que son inseparables de dimensiones económicas de escasez que los condicionan y que incluso los pueden hacer desaparecer”.

**Por la forma de su ejercicio,** Peces Barba clasifica los derechos fundamentales en:

- **Derechos de no interferencia:** Suponen una protección del individuo frente a acciones externas de los poderes públicos, de otros grupos y de personas individuales que podrían impedir o dificultar su libertad de elección. Los efectos de estos derechos consisten en crear un ámbito exento para el individuo titular, donde nadie está autorizado para realizar una intervención, o en su caso sólo puede hacerlo a través de un procedimiento con sus respectivas garantías.
- **Derechos de participación:** Son los derechos políticos vistos desde esta perspectiva. Suponen una acción positiva de sus titulares que tiene que ser amparada y promocionada por los poderes públicos y las instituciones. A través de los derechos de participación contribuyen a la formación de la voluntad política y a la toma de decisiones de éstos, pudiendo acceder a la Administración para formar parte de ella como funcionarios, para intervenir en el procedimiento de elabo-

ración de disposiciones administrativas como usuarios, en la fiscalización de los servicios públicos, o para ser oídos y producir alegaciones en los procedimientos administrativos.

- **Derechos de prestación:** Los derechos de prestación, suponen una acción positiva, normalmente de los poderes públicos, para ayudar a la satisfacción de las necesidades básicas que no pueden ser resueltas por la propia y exclusiva fuerza del afectado, basado en la idea de que esas necesidades básicas impiden el desarrollo de moral y la libre elección de planes de vida de quien se encuentra en esa situación. Estas necesidades pueden ser culturales, educativas, jurídicas, pero siempre su trasfondo es económico. La finalidad genérica de estos derechos se cumple a través de prestaciones, que satisfacen necesidades básicas, sin las cuales, no se considera que los afectados puedan alcanzar plenamente su condición de personas, ejercer el resto de sus derechos fundamentales y elegir libremente sus planes de vida, que se convierte en obstáculo para el pleno desarrollo de la persona. Entre los derechos comprendidos en este grupo, se encuentran el derecho a la seguridad social, a la salud, o a la asistencia letrada.
- **Derechos deber:** Son aquellos en los cuales su titular, lo es asimismo de un deber en relación con el mismo objeto. Emanan de su importancia tanto desde el punto de vista para su titular, como para la colectividad y la satisfacción del interés general. Así, estos derechos no serán libres de ser ejercidos por su titular, sino que tendrán la obligación de ejercerlos. Ej. el derecho a la educación básica y obligatoria, a ejercer el sufragio en algunos países que así lo exigen, etc.

Del estudio del ordenamiento que realiza el profesor Peces Barba, en el ámbito de los derechos fundamentales, destaca, la coincidencia de algunos derechos en una y otra clasificación. Así podemos encontrar derechos **de no interferencia** entre los derechos **personalísimos** (la libertad de pensamiento o libertad religiosa), entre los de **sociedad, comunicación y participación** (inviolabilidad del domicilio y

secreto de las comunicaciones), entre los derechos de **seguridad jurídica** (algunas garantías procesales) y entre los **derechos económicos, sociales y culturales** (el derecho de propiedad). Ello se debe, según se aprecia, a los valores principalmente de libertad y seguridad jurídica que informan a estos derechos, aunque a nuestro modo de ver, desde cierto punto de vista resulta reiterativa e innecesaria la categoría de **derechos de no interferencia**, en tanto, todos los derechos fundamentales suponen una protección del individuo frente a acciones externas de los poderes públicos o de personas individuales que pudieran impedir o dificultar su libertad de elección.

Se observa además en el ordenamiento dado por el profesor Peces Barba, en cuanto al **contenido** de los derechos, que sitúa el derecho a la jurisdicción, dentro de los derechos que clasifica como de **seguridad jurídica**, al contrario del profesor Prieto<sup>37</sup>, quien los ubica dentro de los derechos de **participación**. Admitiendo no obstante, su carácter ambiguo en tanto reconoce que estos derechos abren un cauce en la formación normativa y de la voluntad estatal a través de las sentencias judiciales.

Asimismo, ubica dentro de los derechos de **seguridad jurídica** el derecho a la libertad y a la seguridad, las garantías en caso de detención, el derecho a la asistencia letrada, a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales, los derechos en el proceso y los derechos del condenado. Diferenciándolos de los derechos **personalísimos** al trascender del ámbito exclusiva y aisladamente privado, así como por su importancia.

Los diferencia además, de los **derechos de sociedad, comunicación y participación**, porque el referente comunitario se realiza al alcanzar el objetivo de la protección individual, a pesar de que las garantías procesales, que benefician al individuo, producen la tranquilidad, la certeza y el saber a qué atenerse, con importante trascendencia social. Tampoco los ve como **derechos políticos**, pues en su opinión su pre-

---

37 El profesor Luis Prieto ubica el derecho a la jurisdicción dentro de los derechos de participación, Prieto, Luis. *Estudios sobre derechos fundamentales*, Madrid, 1990, pág. 127.

tensión no es la de participar en el poder, sino defenderse y protegerse de una de las funciones de ese poder, el derecho a penar.

Resulta necesario destacar además, que en materia de clasificación de los derechos fundamentales, se aprecia una tendencia en la doctrina a clasificar éstos, basado en el valor esencial de la libertad y la autonomía como *derechos individuales o de primera generación* y los derechos fundados en el valor de la igualdad, como *derechos económicos, sociales y culturales o de segunda generación*, persiguiendo estos últimos ofrecer una igualación de oportunidades en la vida nacional y un aseguramiento básico de una vida digna para todas las personas.

Se hace también referencia en la doctrina a una *tercera generación de derechos* donde se encuentran los llamados derechos solidarios o derechos de los pueblos al desarrollo, a la paz y a un medio ambiente libre de contaminación, entre otros.

Ya hoy se ha referido por autores como Denis A. Aguilar Cabrera y Oswaldo Ordoñez Moreno, la existencia de una *cuarta generación*, que se relaciona con el derecho al acceso a la información, basado en la necesidad de asegurar a todos los individuos el acceso a las Tecnologías de Información y Comunicación (TIC) y fomentar el libre flujo e intercambio de información, asegurando mediante medidas orientadas tanto al ciberespacio como al mundo físico, el reconocimiento y observancia universal, de estos derechos.

Al respecto es referido por Ordoñez Moreno<sup>38</sup> que: "Traducir los derechos humanos en términos que puedan también abarcar a la ciencia, a la tecnología y la innovación como elementos que modifican el concepto de espacio o ámbito en el que se manifiestan, profundizan, y desarrollan los derechos".

Siendo criterio del autor Denis A. Aguilar Cabrera, que el surgimiento de esta cuarta generación de derechos se corresponde con la aparición de nuevas estructuras sociales, de nuevas formas de inte-

---

38 Ordoñez Moreno, Oswaldo. "Síntesis sobre los derechos de cuarta generación", pág. 15 y ss., Disponible en <http://es.slideshare.net/OSORMO1/derechos-de-cuarta-generacion>

relación humana, de nuevas comunidades virtuales: “Cuyo patrón de adscripción no es el territorio, ni la lengua compartida, sino un nuevo modelo visionario de la sociedad que encuentra en la comunicación no presencial un elemento de unión entre individuos, y que en su conjunto representan también el riesgo de la aparición de otras maneras de agresión al sistema de derechos humanos”.<sup>39</sup>

Dentro de esta generación de derechos incluye el derecho a la igualdad en las condiciones de acceso a las nuevas tecnologías, la libertad informática, entre otras.

Para el autor Aníbal Monasterio Astobiza<sup>40</sup>, dentro de la cuarta generación de derechos humanos se encontrarían también los derechos de trato ético a los animales, a la conservación de especies en peligro de extinción, etc. Apreciándose que no existe una propuesta única, en torno a los derechos a incluir en dicha generación, pues mientras Aguilar Cabrera y Ordoñez Moreno, afirman que la cuarta generación viene dada por los derechos humanos en relación con las nuevas tecnologías, Monasterio Astobiza, incluye dentro de esta generación algunos derechos que en realidad corresponden a la tercera generación, como el derecho al medio ambiente o aspectos relacionados con la bioética.

#### **4. Análisis de los derechos fundamentales desde la mirada de la Constitución ecuatoriana de 2008**

El 20 de octubre de 2008, con la entrada en vigencia en la República del Ecuador de una nueva Constitución, surge en la historia del constitucionalismo ecuatoriano, una Carta Fundamental garantista y transformadora, que consagra el ideal de defensa y materialización de los derechos, en igualdad de condiciones para todos. En ella se refrenda un amplio catálogo de derechos regulados en el Título

---

39 Aguilar Cabrera, Dennis A. “Las seis generaciones de los derechos humanos”, pág. 10, Disponible en <http://www.monografias.com/trabajos97/seis-generaciones-derechos-humanos/seis-generaciones-derechos-humanos2.shtml>

40 Monasterio Astobiza, Anibal. “Tercera, cuarta y quinta generación de derechos humanos”, pág. 1, Disponible en <http://sapereaudere.blogspot.com/2006/04/tercera-cuarta-quinta-y-sexta.html>

II<sup>41</sup>, el cual se encuentra compuesto por nueve capítulos y 74 artículos, que van desde el número 10 hasta el 83. En este título se regula una serie de derechos, dentro de los que se encuentran los derechos del buen vivir: derecho al agua y a la alimentación (arts. 12 y 13), a vivir en un ambiente sano (arts. 14 y 15), a la comunicación e información (arts. 16, 17, 18, 19 y 20), a la cultura y a la ciencia (arts. 21, 22, 23 y 24), a la educación (arts. 26, 27, 28 y 29), al hábitat y vivienda (arts. 30 y 31), a la salud (art. 32), al trabajo y seguridad social (arts. 33 y 34), derechos de las personas y grupos de atención prioritaria (arts. 35-55), derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades (arts. 56-60), derechos de participación (arts. 61-65), derechos de libertad (arts. 66-70), derechos de la naturaleza (arts. 71-74) y derechos de protección (arts. 75-82).

Las modificaciones introducidas por la Constitución ecuatoriana de 2008 en materia de regulación de derechos, han sido varias en sentido general y han hecho que ésta sea ubicada dentro de las constituciones más progresistas de América Latina y el mundo. Como aspecto distintivo de la misma, podemos mencionar que posee uno de los catálogos más amplios de derechos de las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades, colectivos y de la naturaleza, que se sustentan en principios de aplicación<sup>42</sup> como: ejercitación, promoción y exigencia de manera individual y colectiva de los derechos; igualdad y prohibición de discriminación; directa e inmediata aplicación de los derechos; prohibición de restricción del contenido de los derechos y de las garantías constitucionales; aplicación por parte de las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, de la norma y la interpretación que más favorezcan a los derechos y garantías constitucionales; carácter de inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía de los derechos; no exclusión de los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento, por el reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución

41 Constitución de la República del Ecuador de 2008, Título II: DERECHOS.

42 En el capítulo primero, Título II de la Constitución ecuatoriana de 2008, se fijan los principios de aplicación de los derechos en sus artículos 10 y 11.

y en los instrumentos internacionales de derechos humanos; carácter progresivo de los derechos y prohibición de regresividad y deber del Estado de respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución.

Este amplio catálogo, no se limita a regular el conjunto de derechos y libertades contenidas en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, sino que incorpora nuevos derechos, tanto para las personas como para la naturaleza, considerando a esta última como sujeto de derechos, lo que de acuerdo a la planteado por el autor Farith Simón Campaña: “Convierte al Ecuador en el primer país del mundo en asignarle esa categoría jurídica a la naturaleza<sup>43</sup>” y constituye una garantía básica para el disfrute adecuado de los derechos del buen vivir, que se complementa con la titularidad de derechos reconocida a la naturaleza en el artículo 86.1, así como con el artículo 399, donde se prevé la tutela estatal sobre el ambiente con una corresponsabilidad de la ciudadanía en su preservación.

Para lograr mejor comprensión de las innovaciones introducidas por esta Constitución que han hecho que se convierta en referente internacional, fundamentalmente en cuanto a la regulación de los derechos y sus garantías, es necesario iniciar el análisis reflexionando en torno a lo regulado por el artículo 1 de la actual Constitución del Ecuador que establece que: “*El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia*”. Categoría en la que se observa una nueva definición de Estado, en el que no solamente la Constitución determina el contenido de la ley, el acceso y el ejercicio de la autoridad y la estructura de poder, sino que es aquél, donde los derechos prevalecen sobre el Estado.<sup>44</sup> Así lo regula el artículo 424: “*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*

43 Simón Campaña, Farith. “Derechos de la naturaleza: ¿innovación trascendental, retórica jurídica o proyecto político?”, pág. 10, Quito, febrero del 2013.

44 El jurista Ramiro Ávila Santamaría, en su obra: “Constitución del 2008, en el contexto andino, análisis de la doctrina y el derecho comparado”; Ensayo sobre: “Ecuador Estado Constitucional de Derechos y Justicia”, sostiene que en el Estado de derechos; éstos someten al Estado. Pág. 29, Quito, Ecuador, 2008.

*eficacia jurídica. La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público*". En virtud de este artículo, la Constitución ecuatoriana no solamente se convierte en base y cumbre del sistema normativo, eje alrededor del cual debe girar el resto del ordenamiento jurídico (principio de supremacía constitucional), sino que también establece el principio de que al existir tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado, que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalezcan en su aplicación sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público, todo ello a fin de garantizar que sean tutelados de mejor manera los derechos protegidos y dejando en claro el principio pro ser humano que consta en el artículo 417 de la Constitución.<sup>45</sup> Por lo que en el nuevo modelo de Estado ecuatoriano, los derechos son el eje central del quehacer del poder público: no sólo lo limitan, sino que lo direccionan hacia el pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución y los principales instrumentos internacionales.

Por su parte en el artículo 426 de la Constitución ecuatoriana se determina además que: *"Todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución... Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación. No podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, para desechar la acción interpuesta en su defensa, ni para negar el reconocimiento de tales derechos"*. Precepto del que emana tanto la operatividad de la Constitución con fuerza vinculante para el Estado, como para los ciudadanos y enlaza con el análisis de la **eficacia directa** e **inmediata** de los derechos analizada en acápites anteriores. De ahí que sus mandatos llevan disposición de aplicación y vinculación directa. Este criterio, conlleva

<sup>45</sup> El artículo 417 de la Constitución ecuatoriana de 2008, establece: "Los tratados internacionales ratificados por el Ecuador se sujetarán a lo establecido en la Constitución. En el caso de los tratados y otros instrumentos internacionales de derechos humanos se aplicarán los principios pro ser humano, de no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta establecidos en la Constitución".

va también a la consideración de un reconocimiento constitucional de eficacia de los derechos, tanto desde el punto de vista **vertical**, como **horizontal**, tal y como se establece en este artículo 426 de la Constitución, así como en el artículo 417 y en el artículo 11.3: “*Todos los derechos y garantías constitucionales serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial*”. Lo que se complementa con el principio de progresividad y cláusula de no regresión de derechos, que se determina en el art. 11, numeral 8, en virtud de lo cual todos los derechos poseen dimensión de cumplimiento inmediato y de progresividad.<sup>46</sup>

Al efectuarse un análisis de la clasificación de los derechos, de acuerdo a lo regulado por la Constitución ecuatoriana de 2008, resulta significativo destacar que en este sentido se presenta otro rasgo distintivo del texto constitucional en referencia, en tanto rompe con la tradicional clasificación de los derechos y lejos prever su ordenación como lo hacía la Constitución de 1998<sup>47</sup>, o como son clasificados en doctrina o en los textos constitucionales de otros Estados, solamente los subdivide en: derechos del buen vivir o *sumak kawsay*, los de las personas o grupos de atención prioritaria, los derechos de las comunidades o nacionalidades, los derechos de participación, los derechos de libertad, los derechos de la naturaleza, y los derechos de protección.

De esta manera en la nueva Constitución de 2008, los derechos del “Buen Vivir” sustituyen a los derechos económicos, sociales y culturales; los derechos civiles son ahora los “derechos de libertad”, los derechos colectivos pasan a ser los “derechos de los pueblos”, los derechos políticos se sustituyen por los “derechos de participación”,

---

46 El artículo 11, numeral 8 de la Constitución ecuatoriana establece que: “El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas. El Estado generará y garantizará las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio. Será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos”.

47 En la Constitución de la República del Ecuador de 1998, se subdividían los derechos de acuerdo a las generaciones de los derechos humanos, así se estableció en su Título III: de los Derechos, Garantías y Deberes, Capítulo 2: De los derechos civiles (art. 23-25), Capítulo 3: De los derechos políticos (art. 26-29), Capítulo 4: De los derechos económicos, sociales y culturales (art. 30-92).

los derechos del debido proceso por los “derechos de protección”; y los derechos de los grupos vulnerables por los derechos de las personas y los grupos de atención prioritaria. Pudiéndose apreciar que en el texto constitucional, no solamente existe una ordenación de los derechos que no responde a las clasificaciones clásicas tradicionales (derechos de primera, segunda y tercera generación), sino que todos los derechos tienen igual jerarquía y las garantías constitucionales<sup>48</sup> previstas en el Título III, lo cual permite garantizar la aplicación por igual de todos los derechos, tanto a las personas, como también a las comunidades, pueblos, nacionalidades y grupos sociales. Así lo establece en su artículo 86.1: “Cualquier persona, grupo de personas, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá proponer las acciones previstas en la Constitución”.

Por último, resulta trascendente resaltar, que existen diversos criterios doctrinales en cuanto a la denominación que de acuerdo a la Constitución ecuatoriana de 2008, se les debe dar a los derechos, ya que en el propio texto constitucional, se usan expresiones distintas para su denominación. De esta manera algunos juristas consideran loable la denominación de derechos fundamentales, así tenemos al jurista Ramiro Ávila Santamaría<sup>49</sup>, quien ha planteado: “En la Constitución de 2008, todos los derechos humanos tienen una doble dimensión: la individual y la colectiva, y se denominarán doctrinariamente como *derechos fundamentales* (no subjetivo)”.

El autor Fernando Andrade Ubidia, en su capítulo de libro: “Reforma judicial y administración de justicia en el Ecuador<sup>50</sup>” refiere que:

El pueblo ecuatoriano votó mayoritariamente por una nueva Constitución, por lo tanto, viviendo como vivimos en un sistema

---

48 La nueva Constitución contiene un título completo sobre distintos tipos de garantía constitucionales, a diferencia de la del 98 que sólo desarrollaba las garantías jurisdiccionales. De tal forma que la Constitución consagra garantías normativas, de políticas públicas y jurisdiccionales.

49 Ávila Santamaría, Ramiro. “Los derechos y sus garantías. Ensayos críticos”, pág. 68, Quito, Ecuador, marzo 2012.

50 Andrade Ubidia, Fernando. “Reforma judicial y administración de justicia en el Ecuador de 2008”, en “Justicia Transformadora”, pág. 5, Quito, Ecuador, 2008.

democrático en que la voluntad de la mayoría obliga a todos, sería desleal pretender impedir que esta Carta Fundamental tenga plena vigencia. Sin excepción, todas y todos estamos en el deber de someternos a ella y prestar todo nuestro contingente para que se hagan realidades las grandes esperanzas de la mayoría de ecuatorianas y ecuatorianos porque podamos vivir en una sociedad democrática, libre de corrupción, en que sin discriminaciones podamos gozar efectivamente de *los derechos fundamentales establecidos en la Constitución* y en los instrumentos internacionales, en que la justicia sea una realidad al alcance de todas y de todos y no un privilegio de los grupos de poder.

Otros autores refieren que deberían denominarse *derechos constitucionales* y no fundamentales en virtud de que estos derechos son regulados y garantizados por el texto constitucional y que como refiriera el jurista Farith Simón Campaña<sup>51</sup>: “La Constitución vigente califica exclusivamente al “derecho humano al agua” como “fundamental e irrenunciable”, por esto llama la atención que la Corte Constitucional de manera reiterada haya utilizado la categoría “*derechos fundamentales*”, y más adelante continúa refiriendo: “De todas las denominaciones usadas la categoría más general es “*derechos constitucionales*”, bajo esta denominación se encontrarían contenidos los derechos humanos o de las personas, los derechos colectivos y los derechos de la naturaleza, así lo ha entendido la Corte Constitucional en la mayor parte de sus fallos”.

Al analizar el término que se utiliza en el texto constitucional, se puede apreciar que se utilizan varios calificativos para referirse al conjunto de derechos que en él se regulan, así se utiliza el término derechos de las personas en el Capítulo tercero: *Derechos de las personas* y grupos de atención prioritaria, en el artículo 40 (*derechos de las personas* a migrar), artículo 158, inciso cuarto (Las servidoras y servidores de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional se formarán bajo los fundamentos de la democracia y de los derechos humanos, respetarán la dignidad y los *derechos de las personas* sin discriminación alguna y con apego irrestricto al ordenamiento jurídico), artículo 160,

51 Simón Campaña, Farith. “La noción “derechos fundamentales” en la jurisprudencia de la autodenominada Corte Constitucional ecuatoriana”, año 10, volumen 13, p. 16.

inciso tercero (Los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional ... no podrán hacer uso de prerrogativas derivadas de sus grados sobre los *derechos de las personas*), artículo 191, inciso segundo (La Defensoría Pública prestará un servicio legal, técnico, oportuno, eficiente, eficaz y gratuito, en el patrocinio y asesoría jurídica de los *derechos de las personas*, en todas las materias e instancias), utilizando la denominación derechos de las personas en una serie de artículos más, como en el 203, apartados 2 y 4, 277 apartado 1, 327 inciso 2, 392 y 416, apartado 7.

El calificativo de derechos humanos, es utilizado en el texto constitucional ecuatoriano de 2008,<sup>52</sup> entre otros artículos en los siguientes: 18 apartado 2, 27, 66 apartado 3 d) y 85 apartado 5. Como derechos constitucionales<sup>53</sup> son enunciados en los artículos: 57 apartado

52 El calificativo de derechos humanos, es utilizado en el artículo 18 apartado 2 (...En caso de violación a los derechos humanos, ninguna entidad pública negará la información), artículo 27 (La educación se centrará en el ser humano y garantizará su desarrollo holístico, en el marco del respeto a los derechos humanos...), artículo 66 apartado 3 d) (Prohibición del uso de material genético y la experimentación científica que atenten contra los derechos humanos), artículo 85 apartado 5 (Respetar los derechos humanos y luchar por su cumplimiento). Como derechos constitucionales son enunciados, entre otros, en los artículos: 57 apartado 10 (...Crear, desarrollar, aplicar y practicar su derecho propio o consuetudinario, que no podrá vulnerar derechos constitucionales, en particular de las mujeres, niñas, niños y adolescentes), 85 apartado 2 (Sin perjuicio de la prevalencia del interés general sobre el interés particular, cuando los efectos de la ejecución de las políticas públicas o prestación de bienes o servicios públicos vulneren o amenacen con vulnerar derechos constitucionales, la política o prestación deberá reformularse o se adoptarán medidas alternativas que concilien los derechos en conflicto), en el 88 (La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial; contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales...), en el 98 (Los individuos y los colectivos podrán ejercer el derecho a la resistencia frente a acciones u omisiones del poder público o de las personas naturales o jurídicas no estatales que vulneren o puedan vulnerar sus derechos constitucionales...), en el 364 (...En ningún caso se permitirá su criminalización ni se vulnerarán sus derechos constitucionales) y en 436 apartado 8 (Efectuar de oficio y de modo inmediato el control de constitucionalidad de las declaratorias de los estados de excepción, cuando impliquen la suspensión de derechos constitucionales).

53 Como derechos constitucionales son enunciados, entre otros, en los artículos: 57 apartado 10 (...Crear, desarrollar, aplicar y practicar su derecho propio o consuetudinario, que no podrá vulnerar derechos constitucionales, en particular de las mujeres, niñas, niños y adolescentes), 85 apartado 2 (Sin perjuicio de la prevalencia del interés general sobre el interés particular, cuando los efectos de la ejecución de las políticas públicas o prestación de bienes o servicios públicos vulneren o amenacen con vulnerar derechos constitucionales, la política o prestación deberá reformularse o se adoptarán medidas alternativas que

10, 85 apartado 2, 88, 98, 364 y 436 apartado 8 y por último se utiliza la denominación de derechos fundamentales en una sola ocasión y lo es en el artículo 12<sup>54</sup>: El derecho humano al agua es *fundamental* e irrenunciable.

El estudio de los distintos criterios existentes en Ecuador, respecto de la denominación que se les debe dar a estos derechos, nos lleva inexorablemente a un análisis de la temática, desde la mirada del propio texto constitucional ecuatoriano. Análisis en el que teniendo en cuenta que la Constitución ecuatoriana de 2008, hace mención a los *derechos fundamentales únicamente* en su artículo 12, al referirse al derecho al agua; y que además su Título III: Garantías Constitucionales<sup>55</sup>, tiene por objeto la protección directa y eficaz de *los derechos reconocidos por la Constitución...*; nos ha llevado a plantear que existe una notable inclinación del legislador expresada en el texto constitucional, a utilizar la denominación *derechos constitucionales* y no la de *derechos fundamentales*. Sin embargo, siguiendo la línea de

---

concilien los derechos en conflicto), en el 88 (La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial; contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales...), en el 98 (Los individuos y los colectivos podrán ejercer el derecho a la resistencia frente a acciones u omisiones del poder público o de las personas naturales o jurídicas no estatales que vulneren o puedan vulnerar sus derechos constitucionales...), en el 364 (...En ningún caso se permitirá su criminalización ni se vulnerarán sus derechos constitucionales) y en 436 apartado 8 (Efectuar de oficio y de modo inmediato el control de constitucionalidad de las declaratorias de los estados de excepción, cuando impliquen la suspensión de derechos constitucionales).

54 En el artículo 12 de la Constitución ecuatoriana de 2008 se establece que: El derecho humano al agua es fundamental e irrenunciable.

55 En el Título III de la Constitución ecuatoriana de 2008, se establecen garantías constitucionales que en todo momento hacen referencia a *derechos constitucionales* y no a *derechos fundamentales*, tal es el caso de los artículos: 85 que establece que la formulación, ejecución, evaluación y control de las políticas públicas y servicios públicos que garanticen los *derechos reconocidos por la Constitución...*, y por su parte el artículo 88 establece que: La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los *derechos reconocidos en la Constitución* y podrá interponerse cuando exista una vulneración de *derechos constitucionales*, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial; contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los *derechos constitucionales...*, y que de igual forma el artículo 94 preceptúa que: La acción extraordinaria de protección procederá contra sentencias o autos definitivos en los que se haya violado por acción u omisión *derechos reconocidos en la Constitución*, y se interpondrá ante la Corte Constitucional.

análisis de los autores que en doctrina han explicado la definición de derechos fundamentales, también puede plantearse con base a lo regulado en el artículo 11 numeral 6 -en el que se establece que todos los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía-, que la Constitución ecuatoriana de 2008, manifiesta una tendencia a alejarse de la teoría tradicional de los *derechos fundamentales*, presentada y analizada en acápites anteriores, por autores como: Humberto Nogueira Alcalá, Villabella Armengol, Luis Aguiar de Luque, e incluso el propio Luigi Ferrajoli, en tanto va más allá de la consideración de la naturaleza preeminente y privilegiada de los derechos fundamentales, frente a los demás derechos regulados constitucionalmente, pues la Constitución ecuatoriana como se ha explicado, sitúa al mismo nivel y dota a todos los derechos reconocidos constitucionalmente, de garantías para su efectivización y protección. Apreciándose en cambio en su articulado, mayor aproximación a la teoría de Robert Alexy, en cuanto a la consideración de los derechos como principios y reglas, en un modelo combinado, que tiene lugar a partir de la vinculación de dos elementos claves: principios y reglas, con apropiada vinculación y que se puede observar a lo largo de todo el texto constitucional ecuatoriano.<sup>56</sup> Un modelo en el que los principios constituyen mandatos de optimización, en perfecta armonía con el resto de las reglas constitucionales, formando parte del gran entramado de pilares cardinales sobre los cuales se forma el Estado constitucional de derechos y justicia del Ecuador.

---

56 Como ejemplos de la regulación de los derechos por principios en el texto constitucional ecuatoriano se puede hacer referencia a los artículos 11, 75, 76, 167, 168, 169 y 326, entre otros. Como regla se puede mencionar el artículo 73, entre otros.

## Bibliografía

- Aguilar Cabrera, Dennis A. "Las seis generaciones de los derechos humanos", Disponible en <http://www.monografias.com/trabajos97/seis-generaciones-derechos-humanos/seis-generaciones-derechos-humanos2.shtml>
- Alexy, Robert. Teoría de los derechos fundamentales, Traducción de Carlos Bernal Pulido; Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.
- Andrade Ubidia, Fernando. "Reforma judicial y administración de justicia en el Ecuador de 2008", en "Justicia Transformadora", Quito, Ecuador, 2008.
- Anzures Gurría, José Juan. "La eficacia horizontal de los derechos fundamentales", Revista Mexicana de Derecho Constitucional, No. 22, enero-junio 2010.
- Ávila Santamaría, Ramiro. "Los derechos y sus garantías. Ensayos críticos", Quito, Ecuador, marzo 2012.
- Carbonell Sánchez, Miguel. "Los derechos fundamentales en América Latina: Una perspectiva neoconstitucionalista", Derecho y Humanidades, N° 18, 2011.
- Constitución de la República de Ecuador (2008). Quito.
- Cutié Mustelier, Danelia. "Los derechos en la Constitución cubana de 1976. Una relectura necesaria a 40 años de vigencia", La Constitución cubana de 1976: Cuarenta años de vigencia, Editorial UNIJURIS, 2016.
- De Aguiar de Luque, Luis. "Las Garantías constitucionales de los derechos fundamentales en la Constitución española", Revista española de derecho constitucional, N° 29, N° 85, 2009, ISSN 0211-5743.
- Favoreu, Louis. "L'élargissement de la saisine du coseil constitutionnel aux juridictions administratives et judiciaires", RFDC No 4, 1990.
- Ferrajoli, Luigi. "Los fundamentos de los derechos fundamentales", Edición de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, Madrid: Editorial Trotta, 2001.
- Ferrer Iriba, J. Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada, Madrid: Civitas, 1997.

- Häberle, Peter. "El concepto de los derechos fundamentales", Problemas actuales de los derechos fundamentales, Madrid: Ed. Universidad Carlos III, 2010.
- Monasterio Astobiza, Anibal. "Tercera, cuarta y quinta generación de derechos humanos", Disponible en <http://sapereaudere.blogspot.com/2006/04/tercera-cuarta-quinta-y-sexta.html>
- Nogueira Alcalá, Humberto. "El constitucionalismo contemporáneo y los derechos económicos, sociales y culturales", Revista Estudios Constitucionales, vol. 1, núm. 1, Chile: Centro de Estudios Constitucionales de Chile Santiago, 2003, ISSN: 0718-0195.
- Ordoñez Moreno, Oswaldo. "Síntesis sobre los derechos de cuarta generación", Disponible en <http://es.slideshare.net/OSORMO1/derechos-de-cuarta-generacion>
- Peces Barba Gregorio. Curso de Derechos Fundamentales, Madrid: Univ. Carlos III, 1999.
- Prieto, Luis. Estudios sobre derechos fundamentales, Madrid: Editorial Debate, S.A., 1990.
- Prieto Sanchís, Luis. El constitucionalismo de los derechos, Madrid: Editorial Trotta, 2007.
- Prieto Sanchís, Luis. Justicia constitucional y derechos fundamentales, Madrid: Editorial Trotta, 2007.
- Sastre Ariza, Santiago. La ciencia jurídica ante el neoconstitucionalismo, Editorial Neoconstitucionalismo (s), 2003, ISBN 84-8164-573-7.
- Simón Campaña, Farith. "La noción "derechos fundamentales" en la jurisprudencia de la autodenominada Corte Constitucional ecuatoriana", año 10, volumen 13.
- Simón Campaña, Farith. "Derechos de la naturaleza: ¿innovación trascendental, retórica jurídica o proyecto político?", Quito, febrero del 2013.
- Título I "De los derechos y deberes fundamentales", Capítulo III "De los principios rectores de la política social y económica" art 39-52. Constitución española, Disponible en <http://www.derechoshumanos.net/constitucion/index.htm?gclid=Cj0KEQjw4pO7BRD19ePazKzr1LYBEiQAHLJdRXX4HvczELmO7pTYDBFitIuyC8yjC9a32Z5z1SLi764aAnuh8P8HAQ>
- Vega, P. "Dificultades y problemas para la construcción de un constitucionalismo de la igualdad. El problema de la eficacia horizontal

de los derechos fundamentales”, Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario, Murcia, No. 6, 1994.

Villabella Armengol, Carlos Manuel. “Derechos fundamentales y derechos de la personalidad. Una relación conceptual no siempre bien resuelta”, Derecho Civil Constitucional, México: Editorial Mariel S.C, 2014.



### *Capítulo III*

## **TRATA DE PERSONAS Y LOS DERECHOS DE LIBERTAD**

*María Elena Castillo Ramos*<sup>57</sup>

### **Dedicatoria**

Para todos aquellos que luchan por la defensa de los derechos de libertad. El presente trabajo es un llamado a la conciencia y sensibilización hacia una realidad latente que se vive a nivel mundial, y que no solo ha vulnerado derechos, sino, además, destruido proyectos de vida, familias y grandes sueños. La esclavitud del siglo XXI no puede ser una realidad indiferente para la sociedad.

### **Resumen**

La trata de personas es una forma de explotación, esclavitud y degradación de seres humanos, constituye uno de los atentados y violaciones más graves a los derechos pues vulnera su pleno ejercicio al impedir que las víctimas puedan desarrollar la totalidad de su potencial. Este delito ha sido reconocido por la comunidad internacional como un crimen de lesa humanidad que cada día cobra más víctimas por lo cual es evidente la necesidad imperiosa de luchar contra este tipo de moderna o contemporánea esclavitud.

Al respecto, nuestra constitución reconoce y garantiza los derechos de libertad, contamos con normas que criminalizan

---

<sup>57</sup> **Msc. María Elena Castillo Ramos.** Posee título de Maestría en Derecho Civil y Procesal Civil. Es Mediadora Acreditada por el Consejo de la Judicatura. Sus áreas de investigación son: 1) Derecho de Familia; 2) Derecho de Propiedad; 3) Derecho Procesal; 4) Métodos Alternativos de Solución de Conflictos; y 5) Derecho Penal y Sistema de Rehabilitación Social. Se ha desempeñado como funcionaria en el Consejo de la Judicatura, Tribunal Contencioso Electoral y PETROAMAZONAS EP. Ha dedicado más de cuatro años a la docencia universitaria y actualmente es candidata a PhD. por la Universidad de Lleida, España. Correo: malenacastillo40@hotmail.com

toda práctica estrechamente vinculada con la esclavitud, se ha tipificado el delito de trata bajo todas las posibles modalidades de explotación. Principios como el de la no punibilidad de las víctimas y la no detención y no criminalización han sido consagrados. Sin embargo, las cifras reportadas oficialmente reflejan un incremento en los casos donde las víctimas pertenecen en su gran mayoría a las provincias con más altos niveles de pobreza y bajo la modalidad de explotación sexual, donde más del 80% de los casos son mujeres.

**Palabras clave:** Trata de personas /derechos/ delito/ esclavitud / explotación / libertad/

**Abstract:**

Human Trafficking is a form of exploitation, slavery and degradation of human beings; it constitutes one of the most serious attacks and violations of rights, since it violates its full exercise by preventing victims from developing their full potential. This crime has been recognized by the international community as a crime against humanity that is taking more victims every day, for which there is an evident urgent need to fight against this type of modern or contemporary slavery.

In this regard, our constitution recognizes and guarantees the rights of freedom, we have regulations that criminalize all practices closely related to slavery, the crime of trafficking has been classified under all possible forms of exploitation. Principles such as that of the non-punishability of victims and non-arrest and non-criminalization have been enshrined. However, the officially reported figures reflect an increase in cases where the victims mostly belong to the provinces with the highest levels of poverty and under the modality of sexual exploitation, where more than 80% of the cases are women.

**Key words:** Human trafficking / rights / sexual exploitation / labor exploitation / criminal exploitation / slavery

## Introducción

La trata de personas es una forma de explotación, esclavitud y degradación de los seres humanos, constituye uno de los atentados y violaciones más graves a los derechos. Ha sido reconocida por la comunidad internacional como un crimen de lesa humanidad<sup>58</sup> que cada día cobra más víctimas. La trata de personas vulnera el pleno ejercicio de los derechos de las personas, como por ejemplo el derecho a la vida, la libertad, la igualdad, la integridad física y psicológica, la salud, la seguridad personal, el entorno familiar y el derecho a un trabajo digno.

Ante la necesidad imperiosa de luchar contra la trata de personas, por su gravedad y dada la importancia de los bienes jurídicos afectados, los Estados firmaron en Palermo (Italia) el *Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas especialmente Mujeres y Niños*<sup>59</sup>, instrumento que los compromete a investigar, penalizar y juzgar el cometimiento de este delito a través de los agentes del orden público, control fronterizo y poder judicial.

El Protocolo de Palermo es el primer instrumento jurídico internacional que define las responsabilidades de los Estados respecto a esta forma de vulneración de derechos humanos y está diseñado para fortalecer y mejorar la cooperación internacional con el propósito tanto de prevenir y combatir la trata de personas, como de mejorar la protección y asistencia a las víctimas.

Cabe mencionar que, a pesar de contar con una gran variedad de instrumentos jurídicos internacionales, normas y medidas para combatir la explotación de personas, especialmente de las mujeres y niños, no se contaba con ningún instrumento universal que aborda-

58 El Tribunal Penal internacional para la antigua Yugoslavia y el Tribunal Penal internacional para Ruanda han establecido que la trata de personas en contextos de violencia sistemática y generalizada constituyen delitos de lesa humanidad: Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia-TPIY-(2001). Caso *Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac and Zoran Vukovic*, Número Caso: IT-96-23-T & IT-96-23/1-T, 22 febrero 2001, parr.556; y Tribunal Penal Internacional para Ruanda-TPIR-(1997). Caso *Prosecutor v. Akayesu* Número Caso: ICTR-96-4-A-ICTR.Sala de Apelaciones, sentencia de 1 de junio de 2001.

59 Protocolo de Naciones Unidas para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños.

ra todos los aspectos entorno a la trata de seres humanos. En virtud de aquello, a la presente fecha, el Protocolo de Palermo es el instrumento de referencia internacional utilizado por los Estados a fin de elaborar enfoques nacionales de lucha contra la trata de personas.

## 1. Definición de trata de personas a la luz del Protocolo de Palermo

El Protocolo de Palermo<sup>60</sup> define a la *trata de personas* como la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación<sup>61</sup>. Esta explotación incluye, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos.

Además, la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de un niño con fines de explotación se considera trata de personas incluso cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados.

Las conductas enumeradas son consideradas delictivas si se realizan dolosamente; también se castiga la tentativa, la complicidad y la organización o dirección de otras personas en estas conductas. El Protocolo enfatiza la prevención, investigación y penalización de los delitos tipificados en este, de la misma forma cuando estos delitos son de carácter transnacional y entrañan la participación de un grupo delictivo organizado, así como la protección de las víctimas de estos delitos, reconociendo además, como objetivo primordial la protección y apoyo a las víctimas, asegurando su privacidad y se-

---

60 Protocolo de las Naciones Unidas para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente mujeres y niños.

61 Definición tomada del Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transaccional.

guridad, brindando información sobre procedimientos legales, otorgando servicios para la recuperación física, psicológica y social.

Además, define estrategias de prevención, entre las cuales se incluye el brindar información y educación a las víctimas, a funcionarios y público en general mediante la investigación y campañas de información, entre otras estrategias de prevención.

La definición descrita se encuentra claramente vinculada con la explotación y esclavitud, dentro de la cual se enfatiza además el alto nivel de vulnerabilidad en el que se encuentran las mujeres, niñas, niños y adolescentes al ser víctimas directas de este delito.

En virtud de lo expuesto, la ratificación del protocolo ha obligado a los Estados a fortalecer su legislación nacional apoyando internacionalmente la coordinación del orden público para combatir la trata de personas.

## **2. La trata de personas: evolución normativa y legislación aplicable**

En el Ecuador, el Protocolo de Palermo entró en vigor el 25 de diciembre de 2003 y es a raíz de esta fecha que se dan reformas importantes a nivel normativo conforme a continuación se detalla:

- En el año 2004 mediante Decreto Ejecutivo 1181 se declaró como prioritaria la lucha del Estado contra la trata de personas.
- En el año 2005 con la finalidad de adecuar la normativa nacional a los instrumentos internacionales ratificados por el Ecuador se tipificó la trata con fines de explotación sexual y laboral dentro del Código Penal.
- En el año 2006 entró en vigencia el Primer Plan Nacional para combatir la trata.
- La Constitución de la República (2008) reconoce el hecho de que todas las personas nacen libres; en este sentido,

garantiza los derechos de libertad que tiene toda persona, prohíbe la esclavitud, la explotación, la servidumbre y el tráfico y la trata de seres humanos en todas sus formas.

- En el año 2014 con la expedición del Código Orgánico Integral Penal (COIP), se tipifica de manera integral el delito de trata al incluir siete modalidades incluidas dentro del art. 91 de forma expresa y una octava, bastante general, a fin de no dejar de lado ninguna forma de explotación.
- En el año 2017, la Ley de Movilidad Humana entra en vigencia en virtud de su publicación en el Registro Oficial Suplemento 938 de 06 de febrero de 2017. En este cuerpo normativo se ha dedicado un capítulo exclusivo a los delitos de trata de personas y tráfico ilícito de migrantes, con especial énfasis en definiciones, principios de actuación, prevención y atención a víctimas y la creación de un registro para la identificación a víctimas.
- En el año 2017, el Reglamento a la Ley Orgánica de Movilidad Humana entra en vigencia en virtud de su publicación en el Suplemento 55 de 10 de agosto de 2017. Este cuerpo normativo determina a su vez, cual es el órgano rector en materia de trata, establece la creación de un Comité Interinstitucional de coordinación para la prevención de la Trata de personas, Tráfico Ilícito de Migrantes y Protección a sus Víctimas (CI).

Describe, además, los procedimientos para la atención y protección a niños, niñas y adolescentes, personas adultas y personas en el exterior víctimas de trata, garantizando la coordinación de forma gratuita y oportuna de asistencia jurídica y humanitaria, salud integral, traductor o intérprete, entre otras medidas necesarias para garantizar su integridad física y psicológica.

- En el año 2019, el Ministerio de Gobierno en su calidad de ente rector de la política pública, coordinador y responsable de orientar las acciones del Comité Interinstitucional de Coordinación

para la Prevención de la Trata de Personas y Tráfico Ilícito de Migrantes, y Protección a sus Víctimas (CI), presentó el Plan de Acción Contra la Trata de Personas (PACTA) con un enfoque en prevención y promoción de derechos.

El esquema que se muestra a continuación recoge aspectos relevantes entorno al delito de trata de personas consagrados en el Código Orgánico Integral Penal y en la Ley Orgánica de Movilidad Humana.

	<b>Código Orgánico Integral Penal COIP</b>	<b>Ley Orgánica de Movilidad Humana</b>
<b>DELITO DE TRATA</b>	La captación, transportación, traslado, entrega, acogida o recepción para sí o para un tercero, de una o más personas, ya sea dentro del país o desde o hacia otros países con fines de explotación, constituye delito de trata de personas. Constituye explotación, toda actividad de la que resulte un provecho material o económico, una ventaja inmaterial o cualquier otro beneficio, para sí o para un tercero, mediante el sometimiento de una persona o la imposición de condiciones de vida o de trabajo.	
<b>VÍCTIMA DEL DELITO DE TRATA</b>		Es víctima de trata de personas quien haya sido objeto de captación, transporte, traslado, entrega, acogida o recepción, en el país, desde o hacia otros países, con fines de explotación de la que resulte un provecho material o económico, una ventaja inmaterial o cualquier otro beneficio para un tercero.

<p><b>MODALIDADES DEL DELITO DE TRATA</b></p>	<p>1.-La extracción o comercialización ilegal de órganos, tejidos, fluidos o material genético y el turismo para la donación o trasplante de órganos.</p> <p>2.-La explotación sexual de personas incluida la prostitución forzada, el turismo sexual y la pornografía infantil.</p> <p>3.-La explotación laboral, incluido el trabajo forzoso, la servidumbre por deudas y el trabajo infantil.</p> <p>4.-Promesa de matrimonio o unión de hecho servil, incluida la unión de hecho precoz, arreglada, como indemnización o transacción, temporal o para fines de procreación.</p> <p>5.-La adopción ilegal de niñas, niños y adolescentes.</p> <p>6.-La mendicidad.</p> <p>7.-El reclutamiento forzoso para conflictos armados o para el cometimiento de delitos.</p> <p>8.- Cualquier otra modalidad de explotación.</p>	
<p><b>PENA POR EL DELITO DE TRATA</b></p>	<p>De 13 a 26 años de pena privativa de libertad.</p>	
<p><b>PRINCIPIO DE NO PUNIBILIDAD DE LA VÍCTIMA DE TRATA</b></p>	<p>La víctima no es punible por la comisión de cualquier delito que sea el resultado directo de haber sido objeto de trata. Tampoco se aplicarán las sanciones o impedimentos previstos en la legislación migratoria cuando las infracciones son consecuencia de la actividad desplegada durante la comisión del ilícito del que fueron sujetas.</p>	

<p style="text-align: center;"><b>PRINCIPIO DE NO DETENCIÓN Y NO CRIMINALIZACIÓN A LAS VÍCTIMAS DE TRATA</b></p>		<p>No se aplicará sanciones de ninguna clase a las víctimas de trata de personas y tráfico ilícito de migrantes por la realización de actos que sean el resultado directo de haber sido objeto de estos delitos.</p>
<p style="text-align: center;"><b>PRINCIPIOS DE ACTUACIÓN EN MATERIA DE TRATA</b></p>		<p>Protección integral y especializada, acceso a la información, no criminalización y no detención a las víctimas, confidencialidad, presunción de minoría de edad, no discriminación, no revictimización.</p>

**Fuente:** LEXIS

**Elaboración:** propia

Del esquema propuesto se desprende:

- a) Que ambos cuerpos normativos, al referirse al delito de trata de personas, guardan armonía entre sí, complementando la Ley Orgánica de Movilidad Humana al alcance del COIP, al describir por ejemplo a la persona víctima del delito de trata, al establecer ciertos principios de actuación entorno al delito y defensa de las víctimas, así como la creación de un registro para la identificación a víctimas.
- b) Que principios como los de no punibilidad de la víctima de trata y el de no detención y no criminalización, por su parte, se encuentran consagrados en el Código Orgánico Integral Penal y en la Ley Orgánica de Movilidad Humana.

En este orden de ideas, nos corresponde analizar la normativa vigente en relación con el Protocolo de Palermo, pudiendo concluir lo siguiente, conforme lo expuesto en el Plan de Acción contra la Trata de Personas.

- a) En el COIP solamente se contempla como medios, el sometimiento y la imposición de condiciones de vida y trabajo con fines de explotación, sin contemplar la amenaza, el uso de la fuerza, el rapto, el engaño, o el pago para obtener el consentimiento de la persona que tiene autoridad sobre otra.
- b) El Protocolo de Palermo pone énfasis en la trata de niños y niñas con una definición específica en la que se resalta que la explotación incluirá, como mínimo, la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos, mientras que el COIP se refiere a las personas en general, sin hacer distinción de edad o sexo.
- c) El COIP incluye modalidades de trata que el Protocolo de Palermo no contempla, tales como la adopción ilegal de niñas, niños y adolescentes. Los distintos fines de la trata de personas que constan en la legislación penal ecuatoriana, dan cuenta de la amplitud y variantes de este problema, con lo cual se supera la noción generalizada de que la trata es sinónimo de explotación sexual.

### **3. Principio de no punibilidad de la víctima de trata**

El Código Orgánico Integral Penal en su artículo 93 consagra como principio la no punibilidad de las víctimas de trata, lo que implica que ninguna víctima puede ser juzgada por haber cometido un delito en el contexto de su condición de objeto de trata.

La no punibilidad incluye también la prohibición de aplicar sanciones e impedimentos de orden migratorio, por ejemplo, la depor-

tación del país a una mujer víctima de explotación sexual extranjera en condición migratoria irregular.

Al respecto, en este sentido, y en armonía con el espíritu de la norma invocada, dentro del Manual para la Prevención de Trata de Personas<sup>62</sup> se resalta dos ideas importantes:

- a) Una persona que ha estado sometida a la trata, más allá de su estatus migratorio, es una víctima y no un delincuente, por lo que bajo ninguna circunstancia debe ser recluida en centros de detención o refugios para indigentes, ya que esto puede contribuir a que tanto su situación física como emocional empeoren.
- b) Las víctimas de trata de personas no deben ser detenidas, acusadas o procesadas, entre otras cosas por haber participado en actividades ilícitas, en la medida en que esa participación sea consecuencia directa de su situación de persona abusada y maltratada o de su condición de víctima.

Pese al reconocimiento de la aplicabilidad el principio de no punición a las víctimas de trata de seres humanos, investigaciones precedentes tales como: “Trafficked Women in Prison: The Problem of Double Victimization”<sup>63</sup>, y “Human Trafficking for Criminal Exploitation: The Failure to Identify Victims”<sup>64</sup>, han puesto de manifiesto que personas víctimas del delito de trata, cuando son explotadas en la comisión de hechos delictivos, no son tratadas como tales, sino como ofensoras a las que no se les aplica la cláusula de exención de responsabilidad criminal.

Consecuentemente, la identificación de las víctimas por explotación delictiva adquiere trascendental relevancia, ya que el no identi-

62 Comisión Nacional de los Derechos Humanos, “Manual para la Prevención de la Trata de Personas”, México, 2009, p. 68-69.

63 Villacampa Estiarte, Carolina; Torres Rosell, Núria. (2014). Trafficked Women in Prison: The Problem of Double Victimization. *European Journal on Criminal Policy and Research*, 2014, vol. 21, núm. 1, p. 99-115. <https://doi.org/10.1007/s10610-014-9240-z>.

64 Villacampa, C., Torres, N. Human Trafficking for Criminal Exploitation: The Failure to Identify Victims. *Eur J Crim Policy Res* 23, 393-408 (2017). <https://doi.org/10.1007/s10610-017-9343-4>.

ficarlas podría implicar el que sean doblemente victimizadas, ya sea por el sistema como tal cuando han sido condenadas por el cometimiento de un delito en la fase de explotación del proceso de trata<sup>65</sup>. En este sentido, el tratarlas de manera coherente con su condición de víctimas requerirá además de la implementación, de ser el caso, de los mecanismos necesarios para identificarlas, evitando así todo tipo de violación de derechos por parte de funcionarios ya sean de seguridad, migración, etc.

#### 4. La trata de personas y sus modalidades

El delito de trata personas, es también conocido como “la nueva esclavitud”, se trata de una locución que se usa con mucha frecuencia para describir el fenómeno consistente en la explotación económica despiadada de seres humanos completamente disponibles y fungibles por parte de quienes, sin ejercer un derecho de propiedad sobre los mismos, disponen de su fuerza de trabajo, ejerciendo sobre ellos el control absoluto.

Ésta constituye una relación en virtud de la cual una persona es controlada por otra a través del empleo de la violencia, o la amenaza de violencia, o la coacción psicológica, con la consiguiente pérdida de la libertad de voluntad y la libertad de movimiento, que es económicamente explotada y que no recibe nada más que lo estrictamente necesario para su subsistencia. De esta manera, las características esenciales de la esclavitud contemporánea vienen determinadas por la pérdida de la libertad de la voluntad, el mantenimiento del control sobre otra persona mediante el uso de la violencia, y su explotación, normalmente en algún tipo de actividad económica, aunque también en el marco de alguna forma de actividad sexual, e incluso como objeto de ostentación. (Villacampa, 2013)

La moderna esclavitud constituye un delito cometido con la finalidad de explotar económicamente a la persona esclavizada, de sacar un ingente provecho económico de su fuerza de trabajo o directamente de la fisonomía de la persona esclavizada. Ahora, aten-

65 Villacampa, C., & Torres, N. (2012). Mujeres víctimas de trata en prisión en España. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 8,41-494.

diendo, a los posibles ámbitos en los que se produce la explotación de la persona; con frecuencia, a lo largo del camino que conduce a la esclavización, pueden distinguirse las siguientes modalidades:

#### **4.1. La extracción o comercialización ilegal de órganos, tejidos, fluidos o material genético y el turismo para la donación o trasplante de órganos**

Respecto a esta modalidad de trata, la Ley Orgánica de Donación y Trasplante de Órganos, Tejidos y Células ha definido al tráfico de órganos como *la extracción u obtención, transporte, transferencia, encubrimiento y/o recepción de componentes anatómicos de personas vivas o fallecidas con la finalidad de obtener o extraer sus órganos, tejidos o células, con fines de trasplante; mediante una amenaza, uso de la fuerza u otras formas de coacción, plagio, fraude, abuso de poder, o la entrega y recepción de pagos o beneficios.*

Además, se establece que uno de los requisitos para la donación en vida de los componentes anatómicos de una persona, es el que no existan indicios de prácticas ilegales de turismo para trasplante o tráfico de órganos; contemplando, únicamente la donación a título gratuito. Se prohíbe en consecuencia, todo acto o contrato a título oneroso o a cualquier otro tipo de compensación que contenga la promesa de entrega de uno o más órganos para efectuar un trasplante.

Las víctimas de esta modalidad de trata, lo hacen en la mayoría de los casos con la única esperanza de percibir a cambio un beneficio económico, sin que, por otro lado, los procedimientos utilizados sean los más idóneos y tendientes a velar por la salud y vida de quienes se someten a ellos.

Lo descrito afecta diversos bienes jurídicos protegidos esenciales como:

- a) La integridad física de la víctima, toda vez que los casos los procedimientos utilizados no cuentan con los debidos protocolos de higiene, son realizados en clínicas clandestinas

sin la intervención de especialistas que puedan hacer un seguimiento posterior que asegure una efectiva recuperación de la persona intervenida.

- b) La libertad para tomar decisiones libres, informadas, voluntarias y responsables sobre su salud se ve directamente vulnerada, los efectos posteriores a la pérdida de los órganos y las repercusiones en la salud e integridad física se ve altamente afectada.

#### **4.2. La explotación sexual de personas incluida la prostitución forzada, el turismo sexual y la pornografía infantil**

En relación a la realidad específica de personas traficadas con fines de explotación sexual, se trata, en muchos de los casos, de aquellas que han sido reclutadas en sus países de origen por organizaciones criminales; los intermediarios las llevan ofreciéndoles importantes ganancias por la realización de trabajos que rara vez tienen que ver con la prostitución. Cuando acceden a las propuestas de sus captadores, éstos les proporcionan de todos los medios necesarios como por ejemplo tickets de avión, pasaporte o visado y una determinada cantidad de dinero para acreditar su condición de turistas.<sup>66</sup>

Una vez que llegan al aeropuerto, se ven privadas de ese dinero, se les retiene el pasaporte y se les conmina al pago de determinadas sumas de dinero, obligándolas, para saldar la deuda contraída, al ejercicio forzado de la prostitución bajo un régimen normalmente inhumano y degradante, es decir encerradas o controladas en todos sus movimientos, amenazadas en sus personas, así como sus familias.<sup>67</sup>

Lo descrito afecta a diversos bienes jurídicos esenciales como:

- a) La libertad sexual, la libertad de formación de voluntad y la libertad para tomar decisiones libres, informadas, vo-

---

66 Mayordomo Rodrigo, Virginia. "El Delito de Tráfico Ilegal e Inmigración Clandestina de Personas", pág. 160, Portal de Derecho S.A.

67 Maqueda Abreu, María Luisa. "La trata sexual de mujeres extranjeras: una aproximación jurisprudencial", en El delito de tráfico ilegal e inmigración clandestina de personas, pág. 138-139, Madrid, 2008.

luntarias y responsables sobre su salud, sexualidad y vida reproductiva por la práctica forzada de la prostitución a la que se ven sometidas las víctimas de estos hechos, siendo obligadas, en el caso de las mujeres a cometer múltiples abortos.

- b) La libertad ambulatoria al estar destinadas, en contra de su voluntad, a permanecer de manera permanente en un solo lugar previamente determinado por los tratantes.
- c) La integridad física por el maltrato al que son objeto, e incluso el patrimonio si se lo valora como estafa el abusivo desembolso de dinero que deben realizar las víctimas para saldar la deuda fijada por los tratantes.
- d) La libertad sexual se ve afectada por la práctica forzada de la prostitución a la que se ven sometidas las víctimas, la libertad de formación de voluntad, a través de las amenazas, el uso de la fuerza u otras formas de coacción que reciben.

### **4.3. La explotación laboral, incluido el trabajo forzoso, la servidumbre por deudas y el trabajo infantil**

La trata de personas con fines de explotación laboral es un delito que se sujeta a la complejidad que no solo caracteriza la organización de redes transnacionales, sino también se evidencia la violación de los derechos laborales. La trata de personas con fines de explotación laboral no atenta solo contra los derechos humanos sino que también va en contra de lo establecido en la legislación laboral.

Esta modalidad de trata de seres humanos guarda estrecha relación con la realización de cualquier tipo de actividad productiva por parte de la víctima, debiendo puntualizar que al referirnos a las actividades productivas se puede incluir tanto a actividades lícitas como ilícitas.

### ***4.3.1. Actividades productivas lícitas contempladas dentro de esta modalidad de moderna esclavitud***

La explotación de víctimas en plantaciones agrícolas, explotación en calidad de esclavitud en la industria pesquera, explotación para suplir la demanda de mano de obra industrial.

Otra modalidad de este tipo de moderna o contemporánea esclavitud es la servidumbre, esclavitud doméstica que constituye un tipo de explotación en actividades lícitas, que no precisamente es liderada por redes delictivas, más bien, según estudios realizados es una modalidad de trata de personas adineradas y cierta posición como es el de diplomáticos.

Un caso emblemático, digno de ser mencionado y que ha sido relevante dentro del estudio de este tema es el caso Siliadin vs. Francia, cuya sentencia fue dictada el 26 de julio de 2005 por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la que se condenó a Francia por violar el artículo 4 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en el caso de una adolescente togolesa que había sido trasladada de su país natal a París, donde había sido explotada durante años en el servicio doméstico de dos familias de su misma nacionalidad.<sup>68</sup>

Además, dentro de esta modalidad, las ofertas de trabajo legal son en muchos casos trampas peligrosas para las mujeres y al respecto existen muchos testimonios de casos que dan cuenta de esta forma de operar de las redes de traficantes.

### ***4.3.2. Actividades productivas ilícitas sujetas a esta modalidad de moderna esclavitud***

Los tratantes utilizan a sus víctimas para involucrarlos en el cometimiento de delitos contra la propiedad como robos y hurtos, de la misma forma para el cometimiento de delitos por la producción o tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización contra la salud pública, siendo uno de los casos dentro de esta categoría es-

<sup>68</sup> Villacampa, Carolina, "La Moderna Esclavitud y su Relevancia Jurídico Penal", Revista de Derecho Penal y Criminología, 3.ª Época, n.º 10 (2013), págs. 293-342.

pecial, la utilización de las víctimas como mulas. Se utiliza también a personas para ocuparse en actividades secundarias.

Cabe destacar que el uso de personas forzadas a cometer actos delictivos, ha sido investigado en España donde se ha llevado a cabo un estudio cualitativo con 45 mujeres privadas de libertad en dos prisiones catalanas –CP Ponent en Lleida y Brians en Barcelona–, 10 de las cuales se concluyó que habían sido víctimas de trata de seres humanos para ser empleadas en 8 de los casos como mulas portando droga, y en otros 2 supuestos cometiendo delitos contra el patrimonio. (Villacampa, 2013)

Lo descrito afecta a diversos bienes jurídicos esenciales:

- a) La libertad de trabajo, ya que constitucionalmente ninguna persona puede ser obligada a realizar un trabajo gratuito o forzoso, en el caso de la trata de personas las víctimas son vistas como objetos de propiedad exclusiva de sus tratantes quienes las someten a realizar actividades productivas lícitas o ilícitas en beneficio exclusivo de la red de trata. En muchos casos, las víctimas desconocen o son engañadas respecto al trabajo que van a realizar. Además, con esta práctica se vulnera el derecho a la libertad que tiene cada persona a no ser obligada a hacer algo prohibido, toda vez que las víctimas son obligadas a verse inmersas dentro de varias actividades productivas ilícitas como por ejemplo el cometimiento de delitos en contra de la salud pública.
- b) La libertad de formación de la voluntad a través de las amenazas que reciben, la libertad ambulatoria o el secuestro puesto que las víctimas son con frecuencia trasladadas a otros lugares, distintos del de su origen, donde deben permanecer sin otra opción que en los lugares escogidos para el caso por los tratantes.
- c) La integridad física, psíquica, moral e inclusive sexual por el maltrato de que son objeto y es impartido sistemáticamente por los tratantes.

#### **4.4. Promesa de matrimonio o unión de hecho servil, incluida la unión de hecho precoz, arreglada, como indemnización o transacción, temporal o para fines de procreación**

El legislador ha tipificado este tipo de prácticas como una de las modalidades para explotar a una persona. Para que se lleven a cabo todos estos supuestos hechos que configuran una de las modalidades de la trata de seres humanos, suele verificarse el empleo de medios como la violencia, amenazas, intimidación, presión familiar, apego a la tradición, cultura, y el engaño.

Este tipo de prácticas suele llevarse a cabo y con frecuencia dentro del ámbito familiar, cuando se evidencian vínculos con miembros de comunidades étnicas o culturales a fin de saldar deudas pendientes, a modo de transacción, por motivos de conveniencia familiar, social, o simplemente por seguir las tradiciones impuestas. Lo descrito constituye una vulneración a la libertad individual de las víctimas.

Lo descrito afecta a diversos bienes jurídicos esenciales:

- a) La libertad sexual, la libertad de formación de la voluntad, el libre desarrollo de la personalidad, la libertad para tomar decisiones libres, informadas, voluntarias y responsables sobre su salud, sexualidad y vida reproductiva, toda vez que, al verse inmersas dentro de esta modalidad de trata, las víctimas pierden la libertad de poder decidir inclusive, sobre su estado civil.

Las víctimas de esta modalidad de trata, son, además fácilmente manipuladas e inducidas por falsas promesas vulnerando, de la misma forma su derecho a la integridad física, psíquica, moral y sexual.

#### **4.5. La adopción ilegal de niñas, niños y adolescentes**

Esta práctica ha contribuido a impulsar el tráfico ilegal de niñas, niños y adolescentes, en donde en algunas ocasiones las madres venden a sus hijos; en otras ocasiones son robados y a las madres se les dice

que la criatura nación muerta; también se dan situaciones en donde los menores son entregados por las propias madres a manera de objetos de comercialización debido a las condiciones económicas, todo esto a fin de poder generar las prácticas de comercialización de los menores a otras familias, que buscan adoptar a un menor. Uno de los aspectos determinantes que se evidencia en su gran mayoría es que gran parte de los niños, niñas y adolescentes víctimas del delito de trata, bajo esta modalidad, provienen de familias de escasos recursos.<sup>69</sup>

Lo descrito afecta a diversos bienes jurídicos esenciales:

- a) La libertad sexual, la libertad de formación de voluntad y la libertad para tomar decisiones libres, informadas, voluntarias y responsables sobre su salud, sexualidad y vida reproductiva por la práctica forzada de la prostitución a la que se ven sometidas las víctimas de estos hechos, siendo obligadas, en el caso de las mujeres a cometer múltiples abortos.
- b) La libertad ambulatoria al estar destinadas, en contra de su voluntad, a permanecer de manera permanente en un solo lugar previamente determinado por los tratantes. La integridad física por el maltrato al que son objeto, e incluso el patrimonio si se lo valora como estafa el abusivo desembolso de dinero que deben realizar las víctimas para saldar la deuda fijada por los tratantes.

#### **4.6. La mendicidad.**

El delito de trata de personas se ve configurado además con la práctica de la mendicidad donde con frecuencia son los menores edad las víctimas de esta forma de explotación, pues se considera que son quienes de manera más fácil pueden generar lástima en las personas adultas.

---

<sup>69</sup> Cornejo Aguilar, Sebastián. "Delito de Trata de Personas", Disponible en <https://www.derechoecuator.com/delito-de-trata-de-personas>

Además, se considera que la mendicidad es un problema social que deriva de fenómenos como la miseria y el pauperismo, en donde por medio de la limosna, permite al donante ejercitar virtudes como la caridad, en donde la criminalización de esta práctica se ve reflejada como un presupuesto de la trata, que consiste en poner a personas para que efectúen esta práctica con la utilización de un falso perfil de necesidad, con el único fin de obtener dinero para los explotadores, así como la continuidad y crecimiento de ciertas organizaciones delictivas, que utilizan a personas para obligarlas a mendigar.<sup>70</sup>

Lo descrito afecta a diversos bienes jurídicos esenciales:

- a) La integridad física por el maltrato y a las condiciones en que viven y son sometidos a este tipo de actividades.
- b) La libertad de formación de voluntad y la libertad para tomar decisiones libres, informadas, voluntarias, porque son los tratantes quienes se benefician de este tipo de explotación, sometiendo a la víctima que pierde su libertad e independencia.
- c) La libertad ambulatoria al estar destinadas, en contra de su voluntad, a practicar la mendicidad de forma permanente en los lugares a los que los explotadores han escogido.

#### **4.7. El reclutamiento forzoso para conflictos armados o para el cometimiento de delitos**

Otra de las modalidades de la trata de personas es el reclutamiento forzoso para conflictos armados, entendido esto como el hecho de someter a las víctimas al reclutamiento y trabajo en favor de grupos pertenecientes a grupos vinculados con las guerrillas y demás grupos armados. En estos casos, es frecuente que las víctimas sean engañadas y llevadas lejos de sus hogares, adoctrinadas e instruidas para formar parte de determinado grupo. Las mujeres, por su parte suelen ser víctimas de todo tipo de violencia, de manera especial

---

<sup>70</sup> Boyzo García, Cinthya. "La mendicidad como medio para ejercer la trata de personas.", *DH magazine*, año 9, núm. 93 (2016), pág. 2-5.

violencia física y sexual dentro de los campamentos o campos donde se concentran determinados grupos.

El reclutamiento forzoso es considerado como una vulneración masiva de derechos humanos, debido a la situación de total vulnerabilidad bajo la cual se encuentran las víctimas por a la violencia y el control total que ejercen los reclutadores sobre ellas, pues su voluntad se ve anulada, derechos al libre desarrollo de la personalidad, a la libre movilidad, a una vida digna, a la integridad física, psíquica, moral y sexual, a tomar decisiones libres y voluntarias sobre su vida, a negarse a usar la violencia, a transitar libremente por el territorio nacional y a escoger su residencia, entre otros.

Lo descrito afecta a diversos bienes jurídicos esenciales:

- a) La integridad personal que incluye la integridad física, psíquica, moral y sexual.
- b) La libertad de formación de voluntad y la libertad para tomar decisiones libres, informadas, y voluntarias.
- c) La libertad ambulatoria al estar destinadas a permanecer en lugares específicamente determinados por los explotadores.

Al tenor de lo expuesto, se puede evidenciar que todas las modalidades del delito de trata buscan o perciben la explotación de las víctimas, lo cual implica que sus derechos sean violentados, impidiendo así que las personas puedan desarrollar la totalidad de su potencial humano.

A continuación, la relación de los Principios de Derechos Humanos y las violaciones que sufren las víctimas de trata, según la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos:

Principios de DDHH	Violaciones de derechos en las víctimas de trata
Derecho a la vida y a la seguridad psíquica.	Amenazas, agresiones sexuales, violencia física y psíquica.
Derecho a la dignidad de la persona.	Condiciones de vida, denegación de acceso a la salud, aborto obligatorio.
Derecho a la integridad física.	Confinamiento, secuestro, control, persecución.
Prohibición de trato cruel, inhumano o degradante.	Privación capacidad de elegir y controlar su vida.
Libertad de movimiento.	Condiciones de trabajo abusivas y engañosas, no retribución por el trabajo o mal pagado, no descanso.
Prohibición de esclavitud, servidumbre, trabajo forzado u obligatorio.	No admisión de denuncias, trato vejatorio, acceso a la justicia, medidas cautelares.
Derechos laborales (salario y remuneración, condiciones de trabajo justas, derecho al descanso.	Discriminación por razón de género, nacionalidad, raza, etnia, ejercicio de la prostitución.
Igualdad ante la ley.	
Principio de no discriminación.	

**Fuente:** OACNUDH (2010) Principios y directrices recomendados sobre derechos humanos y trata de personas. NNUU. New York y Ginebra.

## 5. La Trata de Personas dentro del contexto nacional

Toda vez que se ha analizado cada una de las modalidades del delito de trata de personas se debe indicar que las cifras al respecto no son del todo claras, es así que el Plan Nacional contra Trata la de Personas emitido en el año 2019, presenta las estadísticas desde el año 2014 al año 2018, sin embargo, la dispersión de la información ha provocado que no exista un criterio real en torno a la magnitud y al impacto de este delito.

Los datos correspondientes a los períodos 2014-2016 fueron levantados por el Ministerio de Gobierno y la Policía Nacional, mientras que la información correspondiente a los periodos 2017-2018 fue construida por la Fiscalía y el Ministerio, a través del Sistema de Registro de Víctimas de Trata de Personas y Tráfico Ilícito de Migrantes. Por su parte, el Plan Nacional contra la Trata de Personas

fue presentado el 18 de diciembre de 2019 y contiene los datos hasta el mes de octubre de 2018.

En nuestro país, la pobreza es un factor determinante que guarda una estrecha relación con la trata de personas. Según los datos revelados por el Plan, la mayoría de víctimas pertenecían a las provincias con más altos niveles de pobreza. Esas provincias, según el estudio que cita datos del Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (INEC) son las de Los Ríos, Esmeraldas, Manabí, Chimborazo, Bolívar, Cotopaxi y Guayas. La mayor parte de las víctimas son de las provincias más pobres, en el caso de la región Costa, mientras que, en la Sierra, se estableció que no hay patrón claro que permita establecer una relación. De enero de 2017 a octubre 2018 se registraron 150 casos.

En julio de 2019 las autoridades revelaron que entre enero de 2017 a julio de 2018 se registró un total de 332 víctimas del delito de trata de seres humanos, donde la mayoría de los casos corresponden a víctimas del delito por explotación sexual donde más del 80% son mujeres.<sup>71</sup>

Los datos arrojados describen que una de las modalidades de trata más frecuentes en el país es aquella con fines de explotación sexual con un 83.8%, la trata con fines de explotación laboral ocupa el segundo lugar con el 11.1%, la adopción ilegal de menores y la extracción o comercialización de órganos son las modalidades que, según los datos aportados registran el menor número de casos.

Extracción o comercialización de órganos	0.3 %
Explotación sexual	83.8 %
Explotación laboral	11.1 %
Adopción ilegal de menores	2.6 %
Reclutamiento para el cometimiento de delitos	2.3 %

**Fuente:** Ministerio de Gobierno

71 Primicias. "En Ecuador, la trata de personas tiene rostro de mujer", Disponible en <https://www.primicias.ec/noticias/politica/trata-personas-tiene-rostro-mujer/>

## 6. La trata de personas dentro del contexto internacional

Todos los países del mundo, prácticamente sin excepciones, son tocados de algún modo por el delito de trata de seres humanos. Así lo revela un informe de las Naciones Unidas presentado en Viena en el año 2005 por el Director Ejecutivo de la Oficina de la ONU contra las Drogas y el Delito (ONUDD).<sup>72</sup>

El informe afirma que los ciudadanos de 127 países corren el riesgo de convertirse en víctimas de los traficantes. Otros 98 fueron clasificados como Estados de tránsito de la trata humana, mientras que 137, entre ellos muchos países de Europa occidental y Estados Unidos, son los destinos para la explotación de las víctimas. Debiendo puntualizar que una de las mayores dificultades para el estudio del problema reside en la falta de datos. Resulta extremadamente complejo determinar la cantidad de personas afectadas por la trata de seres humanos en el mundo, pero seguramente son millones.<sup>73</sup>

---

72 Office on Drug and Crime (UNODC), *Trafficking in Persons. Global Patterns*, Viena, 2006. <http://www.onodc.org/unodc/index.html.ABC>, 25 de abril de 2006, p.50.

73 *ABC*, 25 de abril de 2006, p. 50.

## Referencias

- Boyzo, C. (2000). *La mendicidad como medio para ejercer la trata de personas*. Recuperado el 27 de abril de 2020 de <http://www.codhem.org.mx/LocalUser/codhem.org/infantil/dhs/dh93.pdf>
- Código Orgánico Integral Penal de la República del Ecuador. (2014)
- Comisión Nacional de los Derechos Humanos (2009) “*Manual para la Prevención de la Trata de Personas*”, Recuperado el 12 de febrero de 2020 de [http://appweb.cndh.org.mx/biblioteca/archivos/pdfs/Var\\_29.pdf](http://appweb.cndh.org.mx/biblioteca/archivos/pdfs/Var_29.pdf)
- Constitución de la República del Ecuador. (2008).
- Cornejo, S. (2017). *Delito de Trata de Personas*. Recuperado el 17 de mayo de 2020 de <https://www.derechoecuador.com/delito-de-trata-de-personas>
- Diario Primicias (2019). *En Ecuador, la trata tiene rostro de mujer*. Recuperado el 25 de enero de 2020 de <https://www.primicias.ec/noticias/politica/trata-personas-tiene-rostro-mujer/>
- Ley Orgánica de Movilidad Humana. (2007)
- Mayordomo, V. (2008). *El Delito de Tráfico Ilegal e Inmigración Clandestina de Personas*. Madrid, España: Portal de Derecho S.A.
- Maqueda, M. (2008). *La trata sexual de mujeres extranjeras: una aproximación jurisprudencial: en El delito de tráfico ilegal e inmigración clandestina de personas*, Madrid, 2008.
- Ministerio Coordinador de Seguridad (2014) *Plan Nacional de Seguridad Integral* Quito, Ecuador.
- Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos (2014). *Agenda Sectorial de Justicia, Derechos Humanos y Cultos*. Quito, Ecuador.
- Protocolo de las Naciones Unidas para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños.
- Ministerio de Gobierno. (2019). *Plan de Acción contra la Trata de Personas en Ecuador*. Recuperado el 25 de mayo de 2020 de <https://www.ministeriodegobierno.gob.ec/wpcontent/uploads/downloads/2019/12/PLAN-DE-ACCIO%CC%81N-CONTRA-LA-TRATA-DE-PERSONAS-1.pdf>

Reglamento a la Ley Orgánica de Movilidad Humana (2017).

Villacampa, C, y Torres, N. (2012). Mujeres víctimas de trata en prisión en España. Dialnet: Revista de Derecho Penal y Criminología. Recuperado el 18 de febrero de 2020 de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4070861>

Villacampa, C. (2013). La Moderna Esclavitud y su Relevancia Jurídico Penal. Barcelona, España. UNED: Revista de Derecho Penal y Criminología. Recuperado el 25 de febrero de 2020 de <https://core.ac.uk/download/pdf/84926343.pdf>

Villacampa, C, y Torres, N. (2017). *Human Trafficking for Criminal Exploitation: The Failure to Identify Victims*. Recuperado el 20 de febrero de 2020 de <https://doi.org/10.1007/s10610-017-9343-4>

## *Capítulo IV*

# **DERECHO CONSTITUCIONAL DE HÁBITAT Y VIVIENDA COMO DERECHOS DEL BUEN VIVIR**

*Freddy López López<sup>74</sup>*

### **Dedicatoria**

El presente artículo está dedicado de manera especial a mis lectores y todas las personas que tienen interés en conocer sobre los derechos constitucionales de hábitat y vivienda como derechos del buen vivir, responsabilidad atribuida al Estado frente a sus ciudadanos.

Al señor doctor Fabian Salazar, Director de la Escuela de Derecho de la Universidad Indoamérica, mentalizador incansable de este tipo de documentos jurídicos, que servirá como fuente de consulta, y sin duda alguna permitirá elevar el conocimiento y nivel académico de los estudiantes y lectores.

### **Derecho de constitucional de hábitat y vivienda como derechos del buen vivir**

López López Freddy Geovanny

Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Económicas:  
Correo: freddylo@hotmail.es

\* Autor para la correspondencia

---

<sup>74</sup> **Mcs. Freddy López López.** Posee título de maestría en Derecho Procesal y Litigación Oral. Sus áreas de investigación son: 1) Derecho Constitucional; 2) Derecho Administrativo; y 3) Derecho Procesal. Ha participado activamente en la formación de abogados en instituciones públicas tales como G.A.D.M., Inmobiliar, entre otros. Su última obra o artículo publicado es "La Facultad Expropiatoria de las Entidades que Forman la Administración Pública Central en el Ecuador". Es de nacionalidad ecuatoriana. freddylo@hotmail.es / freddylopez@uti.edu.ec

López López Freddy Geovanny

López, F. (2020). Derecho constitucional de hábitat y vivienda como derechos del buen vivir.

**Resumen:**

La constitucionalización de los derechos de hábitat y vivienda y jerarquizarlos como máximas imperativas resulta indispensable y significó un verdadero logro para la idealización de justicia social y protección de cada núcleo familiar que habita en Ecuador; empero, plasmar en una ley derechos humanos no es suficiente si no se aplica con rigurosidad técnica y estricta vigilancia estatal, sobre todo por cumplir con uno de los deberes más altos del estado como lo es el garantizar el efectivo goce de los derechos establecidos en nuestra constitución para lograr alcanzar un fin necesario, el buen vivir. Pormenorizar, analizar y destacar la problemática existente en la viabilización de estos derechos, constituye, en esencia, tarea del presente trabajo; por ende, ha de centrar sus objetivos en el escudriñamiento de posibles soluciones dogmáticas y prácticas que faculten lineamientos jurídicos que protejan el contenido esencial del derecho al buen vivir.

**Palabras clave:** Derechos / Facultad / Hábitat / Jerarquización/ Contenido Esencial / Vivienda.

**Abstract:**

The constitutionalization of the rights of habitat and housing and ranking them as maximum imperatives is indispensable and meant a real achievement for the idealization of social justice and protection of each family nucleus that lives in Ecuador; However, embodying a human rights law is not enough if it is not applied with technical rigor and strict state surveillance, especially for complying with one of the highest duties of the state such as guaranteeing the effective enjoyment of the rights established in our constitution to achieve a necessary end, good living. Detailed, analyze and highlight the problem in the feasibility of these rights, is, in essence, the task of this work; therefore, it must focus its objectives on

scrutinizing possible dogmatic solutions and practices that empower legal guidelines that protect the essential content of the right to a good life.

**Keywords:** Rights / Faculty / Habitat / Hierarchy / Essential Content / Housing.

## Introducción

La constitucionalización de los derechos al hábitat y vivienda han constituido en uno de los desarrollos normativos más importantes en Ecuador y Latinoamérica desde la promulgación de la Constitución de la República del Ecuador en el año 2008<sup>75</sup>, esto debido a que la evidente necesidad de proteger estos derechos y elevarlos a rango constitucional era requerido desde hace ya mucho tiempo atrás. Tal y como así lo justifica el Dr. Montaña, J. (2012)., al manifestar que:

«Es justamente para transformar ese Estado ingobernable, “imaginado” o “inexistente” en una democracia real y sustancial como la que plantean, por ejemplo, Alain Touraine, Cornelius Castoriadis, o Luigi Ferrajoli, que el pueblo ecuatoriano reaccionó social y políticamente, a mediados de esta década, y exigió al mundo político y a sus agentes, la realización de una verdadera revolución jurídica que diera paso y permitiera sembrar las bases de una nueva institucionalidad democrática en la cual se reconocieran y se desarrollaran no solo unos procedimientos adecuados de toma de decisión como querría Bobbio si hubiera vivido en Ecuador, sino también determinados valores, contenidos y condiciones sustanciales vinculadas con la realización de la justicia, la igualdad y la dignidad de las personas y de la naturaleza, las cuales se encuentran materialmente representadas en los derechos constitucionales». (pág. 13)

Como se observa, elevar a la máxima categoría a un derecho fundamental, como lo es el hábitat y vivienda, desemboca en una útil y necesaria protección a la dignidad humana y al derecho al buen vivir, entendiendo a este último como un fin del Estado para alcanzar la justicia social.

---

75 Registro Oficial 449. Lunes 20 de octubre de 2008.

El objetivo del presente trabajo consiste en transcribir y analizar la problemática que surge cuando un derecho constitucional no se encuentra realmente protegido por el Estado, explorando cada aspecto relevante que impida, menoscabe o fomente el derecho al hábitat, vivienda y buen vivir.

## 1. Constitución, hábitat y vivienda

Con la promulgación de la Constitución de la República en el año 2008, el Ecuador dio un paso gigantesco respecto de la adecuación y actualización a la dogmática constitucional que ha liderado la nueva tendencia garantizadora de las constituciones a nivel mundial. Así, uno de los cambios más importantes en la historia de nuestro país fue la axiomatización de los derechos y su plasmación en un cuerpo normativo primario como máximas imperativas que no pueden ser desprotegidas o inobservadas por ninguna persona o institución en el territorio ecuatoriano.

La Constitución, vista como una Norma Fundamental, se encuentra destinada a garantizar la plena satisfacción de las necesidades de los habitantes que residen en el Estado a cuyo territorio organiza; Guastini, R. (2007)., manifiesta que:

«En el campo de la teoría general del derecho, el término «Constitución» es generalmente usado para designar el conjunto de las normas «fundamentales» que identifican o caracterizan cualquier ordenamiento jurídico. La cuestión de cuáles normas deben ser consideradas como fundamentales es una cosa obviamente opinable, desde el momento en que «fundamental» no denota una propiedad empírica (calificar alguna cosa como «fundamental» es, en última instancia, un juicio de valor). Normas fundamentales de un determinado ordenamiento jurídico pueden ser consideradas, según los diversos puntos de vista, al menos las siguientes:

- 1) Las normas que disciplinan la organización del Estado y el ejercicio del poder estatal (al menos en sus aspectos fundamentales: la función legislativa, la función ejecutiva y la función jurisdiccional), así como la conformación de los ór-

ganos que ejercen esos poderes (por ejemplo, las normas que disciplinan la formación del órgano legislativo); o bien.

- 2) Las normas que disciplinan las relaciones entre el Estado y los ciudadanos (por ejemplo, las eventuales normas que reconocen a los ciudadanos derechos de libertad); o todavía.
- 3) Las normas que disciplinan la «legislación» (entendida en sentido «material», como la función de crear el derecho), o sea, las normas que confieren poderes normativos, que determinan las modalidades de formación de los órganos a los que esos poderes son conferidos, que regulan los procedimientos de ejercicio de esos poderes, etc.; o en fin.
- 4) Las normas –normalmente, si son escritas, formuladas como declaraciones solemnes– que expresan los valores y principios que informan todo el ordenamiento.

En general, se puede convenir en que son normas fundamentales de cualquier ordenamiento: *a)* las que determinan la llamada «forma de Estado»;

*b)* las que determinan la «forma de gobierno»; y *c)* las que disciplinan la producción normativa». (págs. 17-18)

De esta manera, de lo descrito por el maestro Guastini, se entiende que las normas que «disciplinan las relaciones entre el Estado y los ciudadanos» deben estar plasmadas en este cuerpo normativo primario para garantizar su efectivo goce, siendo el Estado aquel órgano que lo permita y desarrolle.

En efecto, La Constitución de la República del Ecuador disciplina a la producción normativa para que asegure y garantice el derecho al hábitat y a la vivienda, tal y como lo establece la sección sexta del capítulo segundo de dicha norma superior, esto en su artículo número 30, esto al manifestar que:

«Art. 30.- Las personas tienen derecho a un hábitat seguro y saludable, y a una vivienda adecuada y digna, con independencia de su situación social y económica». (pág. 28)

De igual manera, el artículo 30 *ibidem* prescribe que:

«Art. 31.- Las personas tienen derecho al disfrute pleno de la ciudad y de sus espacios públicos, bajo los principios de sostenibilidad, justicia social, respeto a las diferentes culturas urbanas y equilibrio entre lo urbano y lo rural. El ejercicio del derecho a la ciudad se basa en la gestión democrática de ésta, en la función social y ambiental de la propiedad y de la ciudad, y en el ejercicio pleno de la ciudadanía». (pág. 28)

Bajo esta determinación, el Estado ecuatoriano tiene el deber de garantizar a todos sus habitantes el desarrollarse en un hábitat seguro y saludable, así como a acceder a una vivienda digna; pero, ¿qué es el derecho al hábitat seguro?, ¿qué es el derecho a una vivienda digna? Es necesario responder estas interrogantes.

## 2. Hábitat

La Real Academia Española, en su diccionario virtual, propone tres tipos de definiciones que dan un verdadero significado a esta palabra:

«1. m. Ecol. Lugar de condiciones apropiadas para que viva un organismo, especie o comunidad animal o vegetal.

2. m. Ambiente particularmente adecuado a los gustos y necesidades personales de alguien.

3. m. Urb. Espacio construido en el que vive el hombre.» (RAE).

El sentido polisémico de esta palabra genera conflictos al momento de su utilización, ya que puede establecerse que el hábitat ha de pertenecerle a la biótica, a la física teórica, a la sociología, a la biología, etc. Esto sucede debido a que todo ser viviente o inerte debe ocupar un lugar en el espacio, de alguna manera, de alguna forma; sabemos que la materia inerte ocupa un lugar físico y no ha de mo-

verse si no es por alguna fuerza externa, la cual puede ser provocada por efectos naturales como la velocidad del viento, la fuerza del agua, erupciones, terremotos, etc. La otra forma por la cual puede moverse la materia inerte es, evidentemente, a través de la acción, fuerza y movimiento de un ser vivo.

Echeverría, M. (2009)., mantiene que el hábitat: «Se define a partir de territorios, como contenedores, caracterizados por determinadas condiciones y dinámicas naturales, culturales y socio-espaciales, enunciando, por ejemplo, la ciudad como hábitat (de la humanidad), el hábitat rural o el hábitat urbano». (pág. 24)

Referente a lo anterior, este concepto de hábitat se refiere a una concepción socio-jurídica respecto a lo que se conoce como aquel espacio físico en donde el ser humano se desarrolla. De esta manera, es comprensible la complejidad que resalta de tal enunciado, ya que resaltan de él un sinnúmero de problemas como:

- La reducción del espacio físico por el crecimiento poblacional; ya que entre más personas existen o más familias se desarrollan, más casas y más porción de tierra se ocuparán para albergar a las personas.
- La contaminación ambiental; esto es de una discusión extensa y controversial, ya que existe la contaminación visual, la auditiva, la atmosférica, la hídrica, etc., lo cual provoca que el ser humano desgaste su cuerpo y enferme, con repercusiones cada vez más graves.
- Derechos de la naturaleza; la contaminación provocada por el ser humano en abismales proporciones, y ahora que existe el reconocimiento pleno de la naturaleza como objetos de derechos, es menester del Estado crear política pública para proteger el hábitat de cada ser vivo en el territorio ecuatoriano y, hasta, del mundo entero.

En fin, estos son solo pequeños efectos de la existencia que afecta al hábitat y va, en cierta forma, fomentando el deterioro del lugar en el que cada ser viviente se asienta y desarrolla.

Asimismo, Echeverría, M. (2009)., sostiene:

«Pudiendo hábitat: desenvolverse a escala micro y expresarse físicamente, implicar la casa material y simbólica (o la vivienda), contener elementos, personas y actividades, y corresponderse con el desenvolvimiento de la vida doméstica; simultáneamente, puede desenvolverse a escalas meso y macro, en órdenes sociales, culturales, bióticos y políticos; implicar otras espacialidades grupales, vecinales y públicas, y otros sentidos, más allá de los de la casa, tales como los referidos a la producción, distribución, consumo, comunicación e intercambio; e implicar aconteceres y prácticas, además de las domésticas, también sociales, políticas, culturales, económicas, entre otros». (pág. 24)

Por su lado, Cabanellas, G. (1993)., en su tan afamado Diccionario Jurídico Elemental define a esta palabra de la siguiente manera: «HABITAT”. Ambiente, medio o región adecuada para la vida y desenvolvimiento de un grupo humano, y también de especies animales o vegetales». (pág. 148)

Entonces, el hábitat supone ser aquel espacio físico en el cual la persona se asienta, desarrolla, realiza sus actividades y mantiene sus relaciones interpersonales; por tal razón, es evidente y necesario darle un rango de derecho constitucional a tal importante condición para el desarrollo holístico de cada ser humano, ya que si se le ofrece un lugar seguro y adecuado para que el curso de la naturaleza siga su trayectoria de la mejor manera, estaríamos ofreciéndole la oportunidad de convertirse en un adulto con mejores condiciones psico-físicas y mayores probabilidades de éxito, asegurando que se respete su derecho a la dignidad humana, además de permitirle a cada ser vivo mantener una existencia normal.

### 3. Vivienda

De igual manera, se ha de tomar en cuenta la definición otorgada por la Real Academia Española, la cual, según este organismo que estudia y reglamenta nuestro idioma, es:

«1. f. Lugar cerrado y cubierto construido para ser habitado por personas.

La primera definición, es, por demás, adecuada para lograr entender a breves rasgos en lo que consiste la vivienda como tal. Entender que una vivienda es un objeto que ocupa un espacio físico y un lugar cerrado y dotado de una zona en la que pueden entrar más objetos útiles o serviles al favor del ser humano, es importante para comprender el por qué de la relevancia que tiene el derecho a la vivienda.

Sepúlveda, O. (1986)., en su artículo indexado en la Revista "Invi", define a la vivienda como:

«La vivienda es un derecho fundamental reconocido universalmente desde hace más de un cuarto de siglo. Ella es un lugar permanente y seguro que merece toda persona, donde pueda recogerse junto a su familia, recuperarse física y emocionalmente del trabajo diario y salir cotidianamente rehabilitado para ganarse el sostén de los suyos y de sí mismo. Es un refugio familiar donde se obtiene comprensión, energía, aliento, optimismo para vivir y entregarse positivamente a la sociedad a que se pertenece. Es una pequeña porción de territorio donde se reconoce exclusividad de uso». (pág. 12).

Como lo establece este autor, el espacio físico en el cual una persona puede resguardarse de la intemperie y protegerse de los agentes externos o peligros que nacen de la propia naturaleza o de otros seres humanos, tiene una relevancia vital para el desarrollo de la persona y de la personalidad; por ende, si la vivienda no presta las condiciones adecuadas o una persona no puede acceder a ella, repercute en el ámbito psicofísico del ser humano de manera indivi-

dual y puede afectar gravemente a los intereses de justicia social por parte de los conglomerados.

La Declaración Universal de Derechos Humanos, que fue aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 217 el 10/12/1948, establece: «Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia la vivienda», por lo que el Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales aprobado por la ONU en 1966, agrega que la vivienda debe ser adecuada y prestar las condiciones necesarias.

Por eso, elevar a rango de Derecho fundamental a la vivienda es primordial para un estado Constitucional de Derechos y Justicia, el cual ha de garantizar el efectivo goce de este Derecho a cada uno de sus habitantes.

#### **4. Hábitat, vivienda y buen vivir**

El neoconstitucionalismo y la cosmovisión ancestral del Estados ecuatorianos y boliviano han sido fusionados en la doctrina de estos países y han elaborado una compleja proposición axiomática que produce un concepto casi unitario y paralelo al fin de justicia social, esto es el buen vivir o «*sumak kawsay*».

Ha de mencionarse que este concepto es un todo complejo universal que posee una infinidad de conceptos propios y especializados, interdependientes entre sí; los cuales conforman, dentro de la Constitución, una amalgama de derechos que comprenden desde el artículo 12 hasta el artículo 82 de esta Carta Fundamental.

Así, el buen vivir confluye con el derecho al hábitat y vivienda apegado al pleno derecho de propiedad y a la inviolabilidad del domicilio como parte del derecho a la intimidad; el derecho a la vivienda debe estar regulado por la ley y protegido por el Estado para asegurar que el desarrollo del ser humano ha de realizarse de la mejor manera, para evitar que sucedan desfases como ocurría anteriormente. Rábago, M. (2013), sostiene:

«Tradicionalmente, existe un escepticismo hacia el reconocimiento a la propiedad privada debido a que se erige como barrera a la posibilidad no sólo de medidas redistributivas por parte del Estado, sino también como forma de control del estado de la actividad privada y en última instancia puede mermar el cumplimiento de derechos sociales como vivienda, salud, alimentación, agua y educación». (pág. 2298)

Entonces, asegurar y respetar el derecho a la vivienda es fundamental, ya que es aquí en donde el ser humano se desarrolla y va creciendo (independientemente del domicilio), denominando a este espacio físico como “hogar”, o como aquel lugar en el cual puede recibir las atenciones necesarias por parte de su familia y realizar sus actividades de recreación familiar de descanso, académicas, etc.

El hábitat comprende, de igual manera, el espacio físico en el cual el ser humano se desarrolla, realiza sus actividades y pregona sus relaciones interpersonales con los demás miembros de la sociedad. Validar este concepto permite que se entienda al hábitat como aquel lugar en el que se sienta toda una sociedad y comprende el conjunto de cosas que ocupan algo de su espacio; por ejemplo, los barrios, calles, parques, lagos, ciudades, playas, etc. Lugares en los cuales la persona puede y tiene el derecho a desplazarse sin ninguna restricción (excepto por la penal) y a permitírsele que estos ambientes sean los adecuados como para que logre realizar cualquier actividad con una buena calidad de hábitat.

Todo lo anterior corresponde a otro derecho perteneciente al buen vivir, el cual es el acceso a un medio ambiente sano y equilibrado, tal y como lo dispone nuestra *Norma Normarum* en su artículo No. 14:

«Art. 14.- Se reconoce el derecho de la población a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, que garantice la sostenibilidad y el buen vivir, *sumak kawsay*». (pág. 24)

Por ende, el concepto de buen vivir comprende que todos estos derechos sean plenamente garantizados por el Estado; pero, ¿qué es el buen vivir?, Luna, M. (2010), sostiene que:

«*Suma qamaña* (aymara) Vivir bien y *Sumak kawsay* (quechua) Buen Vivir para los pueblos bolivianos y ecuatorianos respectivamente, implica mucho más que la traducción lingüística convencional al español, refleja la cosmovisión del equilibrio del todo, todo está conectado, interrelacionado, todo es parte de...; la armonía y el equilibrio de uno y del todo, en armonía con los ciclos de la madre tierra, del cosmos, de la vida y de la historia, saber relacionarse o convivir con todas las formas de existencia». (p. 3)

El Plan Nacional de Desarrollo (2017-2021) “*Toda una Vida*”, señala que:

«El régimen del Buen Vivir planteado en la Constitución, por su parte, rebasa la comprensión occidental hegemónica del bienestar, y recupera tanto la cosmovisión de los pueblos originarios de nuestra América como otras ideas clásicas de la antigüedad. Su objetivo enfatiza que, si bien es cierto que las condiciones materiales son necesarias para una vida digna, el propósito de la vida no se halla en un tipo de acumulación que vaya en detrimento de la justicia social e intergeneracional; más bien abarca otro tipo de elementos: el saber, el reconocimiento de las diversidades en igualdad de condiciones, los códigos de conducta para la ética social y en relación con la naturaleza, los derechos humanos, un porvenir justo y compartido, el diálogo intercultural, entre otros (Walsh, 2009; Acosta, 2010; Caudillo, 2012). Así, este concepto se presenta como una oportunidad para la realización y convivencia pacífica de los seres humanos, a partir de su diversidad y en armonía con la naturaleza (Ramírez, 2008; Gudynas y Acosta, 2008)». (pág. 24)

Aunque uno de los conceptos más claros relativos a lo que realmente consiste el buen vivir, lo encontramos en el Plan Nacional de Desarrollo (2009-2013), el cual manifiesta que el Buen Vivir es:

«la satisfacción de las necesidades, la consecución de una calidad de vida y muerte dignas, el amar y ser amado, y el florecimiento saludable de todos y todas, en paz y armonía con la naturaleza y la prolongación indefinida de las culturas humanas. El Buen Vivir supone tener tiempo libre para la contemplación y la emancipación, y que las libertades, oportunidades, capacidades y potencialidades reales de los individuos se amplíen y florezcan de modo

que permitan lograr simultáneamente aquello que la sociedad, los territorios, las diversas identidades colectivas y cada uno –visto como un ser humano universal y particular a la vez– valora como objetivo de vida deseable (tanto material como subjetivamente, y sin producir ningún tipo de dominación a un otro). Nuestro concepto de Buen Vivir nos obliga a reconstruir lo público para reconocernos, comprendernos y valorarnos unos a otros– entre diversos pero iguales– a fin de que prospere la posibilidad de reciprocidad y mutuo reconocimiento, y con ello posibilitar la autorrealización y la construcción de un porvenir social compartido» (Ramírez; 2008: 387)». (pág. 10)

De esta manera, se puede observar que el buen vivir constituye un medio y un fin para la realización plena de la vida de todos los habitantes del Ecuador, por medio de la cual es necesario que el aseguramiento de brindar a cada ser humano un hábitat adecuado y seguro, además de permitirle acceder a una vivienda digna para que el programa constitucional no se desvíe ni se difumine en el camino.

## 5. Vivienda y crecimiento

Independientemente del significado que se le pueda otorgar a este derecho, existe, por encima, la dificultad de la realidad. En efecto, el desarrollo de las grandes ciudades frente la propia limitación de las pequeñas, el crecimiento poblacional, la constante reducción del espacio público y la continua búsqueda de vivienda, han afectado a nuestro país ya desde hace años atrás; tal y como lo afirma Gago, P. (2008), al mencionar que:

«Este crecimiento urbano intenso se ha caracterizado por ser inequitativo en sus beneficios. Las estrategias nacionales de crecimiento, en el período de bonanza del “boom del petróleo”, lejos de garantizar un desarrollo armónico del país se caracterizaron por desarticular, privilegiar, ciudades y estratos sociales: priorización de las inversiones en las ciudades de Quito y Guayaquil, con una expresión física en infraestructura vial y nuevos desarrollos urbanos dirigidos a una clase social media/ alta, y la aparición de grandes barrios precarios. Situación que se verá agravada, entre otros, por una continua migración rural-urbana, la crisis natural de El

Niño en 1998, la crisis económica de 1999 y posterior dolarización en 2000, y la inestabilidad política asociada a las contradicciones y conflictos generados a partir de la adopción de las Políticas de Ajuste Estructural». (pág. 2)

Como se ve, el crecimiento de la urbe se ve acompañada de anomalías en las políticas públicas que perjudican a su efectivo desarrollo, ya que en vez de procurar que cada habitante se beneficie del progreso, se ven con la realidad de que tan solo grupos humanos específicos tienen ese privilegio, aduciendo que lo sea debido a que en las grandes ciudades la desigualdad también es evidente.

Teniendo en cuenta a la consideración universal de la vivienda como una de las necesidades y condiciones humanas fundamentales para el desarrollo de la persona y personalidad y el disfrute de una vida digna, conforme a los marcos legales y estándares internacionales, el derecho a una vivienda adecuada y segura se debe dimensionar de acuerdo a una comprensión de la vivienda más allá de producto habitacional de paredes y techo y de la idea capitalista-mercantilista de la vivienda como objeto de mercancía.

Por tal razón, se reconoce como vivienda adecuada a disponer de un espacio donde poder refugiarse y obtener seguridad, iluminación y ventilación adecuadas, una infraestructura adecuada que posea las condiciones, por lo menos, básicas para la obtención de comodidad y descanso, además de una situación de facilidad en relación con el transporte al lugar de trabajo y servicios básicos, todo ello a un costo accesible o razonable.

De esta manera, Gago, P. (2008), indica que:

«son componentes sustantivos del derecho a la vivienda: a) la seguridad jurídica de la tenencia; b) la disponibilidad de servicios, materiales e infraestructuras; c) gastos de vivienda soportables; d) vivienda habitable y asequible; e) en un lugar que permita el acceso a centros de empleo, equipamiento urbano y espacios públicos en zonas aptas para el asentamiento; y g) que responda a una adecuación cultural endógena». (pág. 12)

Así, los programas de vivienda y asentamiento de suelo se estructuran, desde que nuestra Constitución fue promulgada, bajo el sometimiento a programas de descentralización y desconcentración del poder central, esto con el fin de obtener mejoras en el desarrollo de políticas públicas que mejoren la calidad en las condiciones del suelo y de las construcciones.

El Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (COOTAD), establece en su artículo primero que:

«Art. 1.- Ámbito.- Este Código establece la organización político-administrativa del Estado ecuatoriano en el territorio: el régimen de los diferentes niveles de gobiernos autónomos descentralizados y los regímenes especiales, con el fin de garantizar su autonomía política, administrativa y financiera. Además, desarrolla un modelo de descentralización obligatoria y progresiva a través del sistema nacional de competencias, la institucionalidad responsable de su administración, las fuentes de financiamiento y la definición de políticas y mecanismos para compensar los desequilibrios en el desarrollo territorial». (pág. 5)

Esto quiere decir que, en Ecuador, la organización de cada ciudad, sector rural o urbano está bajo la potestad de cada Gobierno Autónomo Descentralizado (GAD), en los cuales se desarrollan los programas urbanos y la organización de cada sector para procurar el porvenir de los habitantes.

Empero, resulta inconveniente para cada GAD el hecho de que el presupuesto destinado a obras y distribución del presupuesto para la inversión sea demasiado bajo como para lograr afrontar cada problema que se presenta en los diferentes sectores respecto con la vialidad, medio ambiente y vivienda. Para esto, es necesario revisar el cuadro de Ejecución Presupuestaria del año 2019 elaborado en el Informe de Ejecución del Presupuesto General del Estado (2019) elaborado por el gobierno de Lenin Moreno:

## Cuadro No. 1

Cuadro 6: Ejecución Presupuestaria por Naturaleza Económica y Grupo  
Enero-marzo 2019

(Millones de dólares y porcentajes)

Naturaleza	Grupo de Gasto	Inicial	Codificado	Devengado	% Ejecución
Corriente	51 Egresos en Personal	9,385.38	9,383.83	2,179.11	23.22%
	53 Bienes y Servicios de Consumo	6,587.99	6,525.11	1,508.55	23.12%
	56 Egresos Financieros	3,365.22	3,353.01	481.76	14.37%
	57 Otros Egresos Corrientes	186.76	190.07	27.77	14.61%
	58 Transferencias o Donaciones Corrientes	3,433.58	3,496.55	565.77	16.18%
	63 Bienes y Servicios para la Producción	0.35	0.35	-	-
<b>TOTAL CORRIENTE</b>		<b>22,959.29</b>	<b>22,948.92</b>	<b>4,762.95</b>	<b>20.75%</b>
Inversión	71 Egresos en Personal para Inversión	465.73	547.27	56.98	10.41%
	73 Bienes y Servicios para Inversión	796.48	727.96	5.55	0.76%
	75 Obras Públicas	699.89	736.76	7.19	0.98%
	77 Otros Egresos de Inversión	0.44	2.62	0.02	0.58%
	78 Transferencias o Donaciones para Inversión	902.11	922.34	32.33	3.51%
<b>TOTAL INVERSIÓN</b>		<b>2,864.66</b>	<b>2,936.95</b>	<b>102.07</b>	<b>3.48%</b>
Capital	84 Egresos de Capital	420.13	403.31	3.56	0.88%
	88 Transferencias o Donaciones de Capital	3,983.10	4,088.35	604.28	14.78%
<b>TOTAL EGRESOS DE CAPITAL</b>		<b>4,403.23</b>	<b>4,491.66</b>	<b>607.84</b>	<b>13.53%</b>
Aplicación del Financiamiento	96 Amortización de La Deuda Pública	3,851.67	3,851.08	493.72	12.82%
	97 Pasivo Circulante	-	0.06	0.00	6.59%
	Obligaciones por Ventas Anticipadas de Petróleo Derivados y por Convenios con Entidades del Sector Público No Financiero	889.94	859.96	251.66	29.26%
	99 Otros Pasivos	560.61	473.98	13.70	2.89%
<b>TOTAL APLICACIÓN FINANCIAMIENTO</b>		<b>5,302.22</b>	<b>5,185.07</b>	<b>759.09</b>	<b>14.64%</b>
<b>Total general</b>		<b>35,529.39</b>	<b>35,562.60</b>	<b>6,231.95</b>	<b>17.52%</b>

Fuente: e-SIGEF – Ministerio de Economía y Finanzas

Elaboración: Subsecretaría de Presupuesto/Dirección Nacional de Consistencia Presupuestaria.

Así, se puede percibir claramente que el presupuesto destinado para la inversión pública no es más que del 3.48% de Presupuesto General del Estado, de los cuales se debe redistribuir para cada GAD, mismo que tiene la facultad de utilizar el dinero como a bien lo tenga para cumplir con un objetivo específico determinado en el literal d del artículo segundo de la Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía Y Descentralización (2010): «La organización territorial del Estado ecuatoriano equitativa y solidaria, que compense las situaciones de injusticia y exclusión existentes entre las circunscripciones territoriales». (pág. 6)

Resulta claro que el derecho a la vivienda es uno de los más necesarios para el desarrollo holístico del ser humano, el cual ha de ser satisfecho por el Estado; el problema radica en que, al parecer, no contamos con los medios económicos suficientes, además de que

existe la necesidad de cancelar la deuda pública y tratar de salir del tercer mundo como de lugar. Pero, la corrupción y la propia pobreza no nos permiten hacerlo en un país que intenta salir adelante a pesar de tanto óbice que se le presenta en las redes del *imperium*.

Asimismo, Gago, P. (2008)., afirma que:

«Por todo ello, y atendiendo las particularidades del contexto: falta de voluntad política local, insuficiencia de herramientas definidas, inadecuada gestión y débiles capacidades técnicas y ausencia de interiorización de los derechos y herramientas dispuestas, parece claro, lo lejos aún hoy día de la consecución de lo resaltado en la Carta Mundial por el Derecho a la Ciudad: 2.2. Los espacios y bienes públicos y privados de la ciudad y de los(as) ciudadanos(as) deben ser utilizados priorizando el interés social, cultural y ambiental. Todos los(as) ciudadanos(as) tienen derecho a participar en la propiedad del territorio urbano dentro de parámetros democráticos, de justicia social y de condiciones ambientales sustentables. En la formulación e implementación de las políticas urbanas se debe promover el uso socialmente justo y ambientalmente equilibrado del espacio y el suelo urbano, en condiciones seguras y con equidad entre los géneros. 2.3 Las ciudades deben promulgar la legislación adecuada y establecer mecanismos y sanciones destinados a garantizar el pleno aprovechamiento del suelo urbano y de los inmuebles públicos y privados no edificados, no utilizados, subutilizados o no ocupados, para el cumplimiento de la función social de la propiedad. 2.4 En la formulación e implementación de las políticas urbanas debe prevalecer el interés social y cultural colectivo por encima del derecho individual de propiedad y los intereses especulativos». (pág. 9)

## 6. Hacia un hábitat adecuado y una vivienda digna

El ciclo de la vida: nacer, crecer, reproducirse, morir. Aquellas estaciones en las que se deposita la existencia física de los seres vivos, ha de desarrollarse en tiempo y espacio; por ende, es preciso entender que el espacio nos da la naturaleza, misma que ha sido y está siendo explotada por el ser humano desde edades tan antiguas como la primitiva.

La niñez y la posterior adultez, dos caras de la misma moneda, en la cual una de ellas se puede ver tachada o flagelada si ha sido erróneamente tallada en el transcurso de su producción, es, por demás, indispensable que sea cuidada desde su primera etapa: la gestación. Entonces, ofrecer las condiciones adecuadas para que el embarazo y el alumbramiento se den en las mejores condiciones, aseguran la satisfacción familiar y cumplen con garantizar que los objetivos del interés superior del niño sea cubiertos.

Posteriormente, facultar que el niño pueda entablar una verdadera relación familiar dentro de un espacio conocido y afectivo, no solo cumple con ofrecerle al menor la oportunidad de crecer con mejores condiciones psicofísicas, sino que también le dan a sus padres la seguridad emocional y el refuerzo sentimental para continuar como una verdadera familia y fortalecerse como tal.

Garantizar a la familia su derecho a permanecer unida, ahora que también existen las familias homoparentales, es un deber y un objetivo del Estado ordenado por la misma Constitución de la República. Disfrutar de la convivencia familiar es otro de los derechos fundamentales con más relevancia del que deberíamos gozar todos los seres humanos para lograr un desarrollo personal integral.

El problema radica actualmente en que la mayoría de las ciudades de nuestro país, el acceso a la vivienda constituye en una de las problemáticas sociales más severas, con más de un millón de habitantes sumidos en la miseria, bajo condiciones precarias y en viviendas que no disponen siquiera de servicios básicos públicos.

Por lo dicho en lo anterior, se ha hecho visible ya que todos estos derechos y muchos otros se asientan en un lugar específico en el cual la familia ha de mantener sus relaciones intersubjetivas: la vivienda. Si no se presta atención a las necesidades básicas y de las adecuaciones técnicas que tenga que tener un lugar destinado al desenvolvimiento familiar, habremos descuidado el desarrollo de todas las personas que no puedan acceder a este derecho humano fundamental.

Por otro lado, el libre tránsito y el disfrute de los bienes y servicios públicos posee una connotación similar a la de la vivienda; esto debido a que, dentro de este esquema, se lo reivindica como un verdadero derecho de primera generación, esto dentro de los denominados derechos civiles, puesto a que todos los seres vivos tenemos el derecho a circular libremente por nuestro territorio y elegir nuestro destino a conveniencia y también el lugar de su domicilio.

De esta manera, aducir que el libre tránsito es un derecho fundamental que atañe con el derecho al hábitat adecuado y seguro, ya que la adecuación urbana y los niveles de contaminación ambiental contribuyen a que las personas nos sintamos seguras dentro de un espacio determinado en el lugar donde nos encontremos, y si ese lugar no presta las condiciones necesarias pues no habría satisfacción a este derecho. Cosa que pasa actualmente en el Ecuador con el problema de la contaminación y también con la peligrosidad urbana como lo es la inseguridad, el caminar por lugares no pavimentados, el residir en localidades sin servicios básicos en los cuales no existe si quiera alcantarillado ni acceso al agua, etc., condicionantes para que el hábitat sea un punto de enfoque para asegurar el desarrollo holístico de los habitantes de nuestro país.

En conclusión, el preservar un derecho como una condición instrumental que le permite a cada persona su realización y elevarla a rango constitucional, es indispensable para un estado como el nuestro. Pero, es necesario realizar un seguimiento estricto acerca de si se prestan las facilidades necesarias para que estas condiciones se cumplan y realizar el efectivo seguimiento es indispensable. Lástima que en países como el nuestro no se logre facultar tal enunciado por limitaciones presupuestarias y graves consecuencias que aparecen por factores como la corrupción y la falta de valores, ya que podríamos obtener mejores beneficios para nuestro país y acercarnos a la posibilidad de tener un hábitat adecuado y una vivienda digna para que se cumplan los objetivos del derecho al buen vivir.

## Conclusiones

Por lo revisado en líneas anteriores, se han obtenido las siguientes conclusiones:

1. El Derecho de constitucional de hábitat y vivienda como derechos del buen vivir propone la descripción de la importancia que posee el derecho al hábitat adecuado y a la vivienda digna, la cual es posible a través de mecanismos jurídicos de jerarquización.
2. Permitirle al ser humano acceder a una vivienda adecuada y a un hábitat seguro, es posibilitar el respeto íntegro a su dignidad humana.
3. Todos los seres humanos necesitamos desarrollarnos en un entorno que ofrezca las condiciones necesarias para el efecto, esto quiere decir que el espacio físico en el cual el hogar se asiente debe poseer los aditamentos y servicios básicos necesarios que faculden la higiene de los integrantes de la familia, procuren su salud y permitan que las relaciones intersubjetivas se realicen de la mejor manera.
4. El concepto de vivienda, es concerniente a todos los sectores de la población, pero, sobre todo, debe dirigirse a las zonas más desposeídas y con contexto socioeconómico más precario. Esto afecta y compromete a que los niveles más recónditos del sentimiento y de la conciencia impulsen a la sociedad a dar una respuesta efectiva y una solución integral, intentando superar todos los óbices provenientes de los servicios y errores del servicio público.
5. La creación de una política habitacional, en la cual se prescriban normas sobre la calidad de la construcción, para todo el sector que es partícipe en este mercado, es imprescindible para que la distribución de la urbanidad no afecte el hábitat y prometa una vivienda digna en su totalidad.

## Referencias

- Cabanellas, G. d. (1993). *Diccionario Jurídico Elemental* (Vol. 10). (G. d. Cabanellas, Ed.) Buenos Aires, Argentina: Heliasta S.R.L.
- Constitución del Ecuador. C.R.E. *Registro Oficial No 449 de 20 de octubre* (2008) Última modificación 21 de diciembre (2015) Montecristi: Asamblea Nacional.
- Echeverría, M., Mario Yory, C., Sánchez, J., Gutiérrez, F., Zuleta, F., & Muñoz, E. (2009). *¿QUÉ ES EL HÁBITAT? Las preguntas por el hábitat*. Medellín, Colombia: Universidad Nacional de Colombia sede Medellín.
- Ecuador, G. (2019). *Informe de Ejecución Presupuesto General del Estado*. Quito: Ministerio de Economía y Finanzas. Obtenido de <https://www.finanzas.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2019/06/Informe-Ejec-Presupuestaria-I-Tri-2019-vs-final.pdf>
- Ecuador, G. d. (2009). *Plan Nacional para el Buen Vivir 2009-2013*. Quito: Consejo Nacional de Planificación. Obtenido de [https://www.planificacion.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2012/07/Plan\\_Nacional\\_para\\_el\\_Buen\\_Vivir.pdf](https://www.planificacion.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2012/07/Plan_Nacional_para_el_Buen_Vivir.pdf)
- Ecuador, G. d. (2017). *Plan Nacional de Desarrollo 2017-2021-Toda una Vida*. Quito: CONSEJO NACIONAL DE PLANIFICACIÓN (CNP). Obtenido de [https://www.planificacion.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2017/10/PNBV-26-OCT-FINAL\\_0K.compressed1.pdf](https://www.planificacion.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2017/10/PNBV-26-OCT-FINAL_0K.compressed1.pdf)
- Gago, P. (s.f.). *REFLEXIONES SOBRE EL DERECHO A LA VIVIENDA EN EL ECUADOR*. Obtenido de [file:///C:/Users/entra/OneDrive/Documentos/3%20Las%20Tesis/L%C3%B3pez%20Tesina/Art%C3%ADculo%20Constitucion%20y%20Buen%20vivir/1218665587.Ponencia\\_final\\_de\\_Pablo\\_Gago\\_2.pdf](file:///C:/Users/entra/OneDrive/Documentos/3%20Las%20Tesis/L%C3%B3pez%20Tesina/Art%C3%ADculo%20Constitucion%20y%20Buen%20vivir/1218665587.Ponencia_final_de_Pablo_Gago_2.pdf)
- Luna, M. (01 de 10 de 2010). *El Origen del concepto del Buen Vivir o Vivir Bien*. Obtenido de Aporrea.org: <https://www.aporrea.org/ideologia/a109244.html>
- Organización de las Naciones Unidas. (2008). *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, United Nations. Recuperada en diciembre 08, 2016, del sitio Web ohchr: Documents / Publications en <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/ABCAnnexessp.pdf>
- Sepúlveda, O. (1986). El espacio en la vivienda social y calidad de vida. *Revista Invi*, 10–34.



## *Capítulo V*

# **DERECHOS DE LA NATURALEZA EN EL CONTEXTO DE LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA Y LAS ÁREAS NATURALES PROTEGIDAS, SU IMPORTANCIA EN LA CONSERVACIÓN DE LA BIODIVERSIDAD**

*Marcelo Galarraga Carvajal*<sup>76</sup>

### **Dedicatoria:**

Este trabajo va dedicado en primer lugar a mi madre Fannicita, ejemplo de lucha, coraje, afán de superación y gran tenacidad aún en momentos difíciles, gracias también por haber suscitado en mí ese incesante afán de leer, mi profundo amor a usted madre, mi consejera y maestra, gracias a usted sus consejos.

En segundo lugar este artículo también lo dedico a mi padre Marcelito, quien también es una persona luchadora, con afán de superación, estudiosa e investigadora, a usted también mi homenaje sincero desde esta dedicatoria y este trabajo, porque también todo lo que soy se lo debo a usted padre, mi amor a usted también que hasta hoy sigue siendo un gran motivador y maestro, siempre llevo sus consejos.

A mis hermanos Diego y Mercedes, más que hermanos siempre compañeros, consejeros y amigos con quienes seguimos unidos

---

<sup>76</sup> **Marcelo Giovanni Galarraga Carvajal.** Magíster en Derecho Ambiental Universidad Alfredo Pérez Guerrero. Doctor en Jurisprudencia y Abogado de los Tribunales y Juzgados Universidad Internacional del Ecuador. Licenciado en Ciencias Públicas y Sociales Universidad Central del Ecuador. Experiencia en docencia universitaria 20 años, en varias universidades de la ciudad. Actualmente Docente Titular Auxiliar a Tiempo Completo en la Universidad Indoamérica en la carrera de Derecho. Notario Suplente de la Notaría 42 del Cantón Quito. Abogado en ejercicio profesional en las áreas: Civil, Laboral, Mercantil, Societaria, Mediación y Arbitraje y Ambiental. m.galarraga@hotmail.com / marcelogalarraga@uti.edu.ec

en todas las circunstancias que nos depara y nos deparará la vida, también ejemplos de estudio, superación constantes.

**Resumen:**

El presente artículo se enfocará en el abordaje del estudio sobre los Derechos de la Naturaleza en el contexto de la Constitución de la República; el término naturaleza proviene del latín *natura* que significa la acción de nacer, de hacer. La naturaleza o también llamado el entorno que nos rodea y los conocimientos de los seres humanos se construye día a día, lo que denominamos el ambiente, es definitiva la sumatoria del ambiente del ser humano con otros seres humanos más el ambiente de otras especies vivas lo que conocemos como la naturaleza.

Del tema se habló en la década de los 70 en el siglo pasado cuando se analizó por parte del tratadista alemán Godofredo Stutzin acerca de la Naturaleza de los Derechos y los Derechos de la Naturaleza.

Por otro lado, la historia de las Áreas Naturales Protegidas en el Ecuador, comienza en 1935, cuando se dio por primera vez la declaración de protección de Galápagos. Posteriormente entre 1960 y 1970 se crean las tres primeras Áreas protegidas continentales. El Área protegida es un “área definida geográficamente, designada o regulada y administrada para alcanzar objetivos específicos de conservación” (Convenio de Diversidad Biológica, Río de Janeiro, 1992; citado por Vázquez y Saltos 2010: 108)

Las Áreas Naturales Protegidas tienen el propósito de conservar los ecosistemas que pueden contribuir a mantener la diversidad biológica, sin descuidar el aprovechamiento de los recursos de manera sustentable por parte de las diversas poblaciones humanas involucradas.

**Palabras clave:** Ambiente, Áreas Naturales Protegidas, Biodiversidad, Ecosistemas, Derechos de la Naturaleza

**Abstract:**

Theme: Rights of Nature in the context of the Constitution of the Republic and Protected Natural Areas, their importance in the conservation of biodiversity. Theme: Rights of Nature in the context of the Constitution of the Republic and Protected Natural Areas , its importance in the conservation of biodiversity. Theme: Rights of Nature in the context of the Constitution of the Republic and Protected Natural Areas, its importance in the conservation of biodiversity.

This article will focus on addressing the study on the Rights of Nature in the context of the Constitution of the Republic; The term nature comes from the Latin nature that means the action of being born, of doing. Nature or also called the environment that surrounds us and the knowledge of human beings is built day by day, what we call the environment, the sum of the environment of the human being with other human beings plus the environment of other living species is definitive. We know as nature.

The topic was discussed in the 70s in the last century when the German trader Godofredo Stutzin talked about the Nature of Rights and the Rights of Nature.

On the other hand, the history of Protected Natural Areas in Ecuador begins in 1935, when the declaration of protection of Galapagos was first given. Subsequently, between 1960 and 1970, the first three continental Protected Areas were created. The Protected Area is a "geographically defined area, designated or regulated and managed to achieve specific conservation objectives" (Convention on Biological Diversity, Rio de Janeiro, 1992; cited by Vázquez and Saltos 2010: 108)

The Natural Protected Areas have the purpose of conserving ecosystems that can contribute to maintaining biological diversity, without neglecting the use of resources in a sustainable manner by the various human populations involved.

Keywords: Environment, Protected natural areas, Biodiversity, Ecosystems, Nature's Rights

## Introducción

El presente artículo se enfocará en el abordaje del estudio sobre los Derechos de la Naturaleza en el contexto de la Constitución de la República; el término naturaleza proviene del latín *natura* que significa la acción de nacer, de hacer. La naturaleza o también llamado el entorno que nos rodea y los conocimientos de los seres humanos se construye día a día, lo que denominamos el ambiente, es definitivamente la sumatoria del ambiente del ser humano con otros seres humanos más el ambiente de otras especies vivas lo que conocemos como la naturaleza.

Del tema se habló en la década de los 70 en el siglo pasado cuando se analizó por parte del tratadista alemán Godofredo Stutzin acerca de la Naturaleza de los Derechos y los Derechos de la Naturaleza.

Con lo cual surge un nuevo sujeto de derechos como es la Naturaleza, que es poseedora de intereses propios en la defensa y protección del ambiente sano, ecológicamente equilibrado y libre de contaminación; así como por otro lado, equilibrar la balanza y ponderar las necesidades de la biosfera frente a las pretensiones de la tecnósfera, que constituye la parte esencial e integrante de los conflictos ambientales y permite asumir en nombre de esa naturaleza a cualquier persona, a la colectividad directamente afectada por el impacto ambiental o en última instancia como el caso ecuatoriano al Defensor del Pueblo, patrocinar, representar a esa naturaleza que se ve afectada (en cuanto sus derechos, establecidos en el texto constitucional) por las acciones devastadoras o extractivistas de los seres humanos.

Por otro lado, la historia de las Áreas Naturales Protegidas en el Ecuador, comienza en 1935, cuando se dio por primera vez la declaración de protección de Galápagos. Posteriormente entre 1960 y 1970 se crean las tres primeras Áreas protegidas continentales. El Área protegida es un "área definida geográficamente, designada o regulada y administrada para alcanzar objetivos específicos de conservación" (Convenio de Diversidad Biológica, Río de Janeiro, 1992).

Las Áreas Naturales Protegidas tienen el propósito de conservar los ecosistemas que pueden contribuir a mantener la diversidad biológica, sin descuidar el aprovechamiento de los recursos de manera sustentable por parte de las diversas poblaciones humanas involucradas.

Se aborda también en este artículo de manera sucinta lo relativo a las categorías de Áreas Naturales Protegidas, establecidas en el actual Código Orgánico del Ambiente, en virtud de lo cual se aborda todo lo relativo a la parte de Derecho Sustantivo Ambiental, entendido como el conjunto de normas jurídicas, relativos a los derechos y obligaciones que tienen las personas naturales, las personas jurídicas, las comunas, comunidades, pueblos y nacionales para proteger y conservar el ambiente y la naturaleza, que constan en los principales Códigos y Leyes de la República.

## 1. Derechos de la naturaleza

Como mencioné en líneas anteriores, este término proviene del latín *natura* que significa la acción de nacer, de hacer. La naturaleza o también llamado el entorno que nos rodea y los conocimientos de los seres humanos se construye día a día, lo que denominamos el ambiente, es definitiva la sumatoria del ambiente del ser humano con otros seres humanos más el ambiente de otras especies vivas lo que conocemos como la naturaleza.

De ahí que podemos manifestar claramente, que la naturaleza está íntimamente relacionada con el ambiente, entendido como el entorno, el espacio físico, o la interacción de tres elementos fundamentales como son: el primer grupo de elementos que son los elementos físico- químicos como son: el agua, el aire, el suelo, el clima y la temperatura; el segundo grupo de elementos son los elementos naturales, que están constituidos por: la flora (especies vegetales que están inmersas en un medio o espacio físico) y por la fauna (especies animales que están inmersas en un medio o espacio físico); y, finalmente el tercer grupo de elementos que son los elementos socio-culturales, que se forman por el ser humano en unión e interacción con otros seres humanos, lo cual da origen a la sociedad, el

patrimonio cultural, histórico, estético y con ello surgen las normas, estas normas las podemos definir como aquellas reglas, principios, leyes que regulan los diversos aspectos del convivir social, entre esas normas están las normas jurídicas que regulan la conducta humana para proteger, preservar y cuidar el ambiente y dentro de el a la naturaleza.

Hacia los años sesenta del siglo pasado, se erigen como punto central de preocupación planetaria los graves problemas ambientales que generan el desarrollo industrial y extractivo. Un referente de importancia sobre el tema constituye la Conferencia de Naciones Unidas sobre el desarrollo humano, convocada en Estocolmo en 1972. “Por otra parte, y al margen de los diversos significados asignados a la naturaleza por parte de las disciplinas científicas, se registran otros que enfatizan lo simbólico desde el enfoque del saber ambiental o diálogo de saberes, como contrapartida a aquella comprensión propia de la racionalidad cognitivo- instrumental” (Narváez, 2012: 174).

Godofredo Stutzin hacia 1974 propone la necesidad de establecer los derechos de la naturaleza, para 1977 presenta el texto “La naturaleza de los derechos y los derechos de la naturaleza”. A partir de ese momento plantea que la naturaleza sea el nuevo sujeto de derecho, y por ende, poseedora de intereses propios. “La única manera de equilibrar la balanza y ponderar debidamente las necesidades de la biosfera frente a las pretensiones de la tecnosfera consiste en reconocer a la naturaleza como parte integrante de los conflictos ambientales y permitirle asumir en nombre propio la defensa del mundo natural” (Stutzin, 1984: 98).

Permite asumir en nombre de esa naturaleza a cualquier persona, a la colectividad directamente afectada por el impacto ambiental o en última instancia como el caso ecuatoriano al Defensor del Pueblo, patrocinar, representar a esa naturaleza que se ve afectada (en cuanto sus derechos, establecidos en el texto constitucional) por las acciones devastadoras o extractivistas de los seres humanos, ya sea a través de las personas naturales o de las personas jurídicas.

Otra corriente asume a la naturaleza como causa de todo lo existente, explicación última y razón de ser. Esta concepción es una derivación ética que sugiere que la naturaleza es la prolongación de la divinidad, y no obstante su aparente fundamentalismo, ha sido respaldada particularmente por las llamadas corrientes ecologistas, que argumentan la necesidad de que el comportamiento humano se guíe por las leyes de la ecología. “El fundamentalismo naturalista comienza separando a la sociedad humana de la naturaleza; luego adjudica valores benéficos a la naturaleza y perjudiciales a la creación humana; y por último, convierte a ciertos resultados humanos en comportamientos naturales y a otros en resultados sociales. Con ello subdivide a la actividad humana que comenzó siendo toda mala y enfrentada a la naturaleza, en buena y mala según los intereses de sus voceros” (Foladori, 2000: 23).

En ese contexto se presentan innovaciones interesantes dentro del liderazgo mundial, en la primera década de los 2000, en primer lugar fue Bolivia al expedir su Constitución y luego el Ecuador al expedir la Constitución de 2008, que rompen los paradigmas tradicionales y se toma en cuenta en los textos fundamentales de esos países la visión de las comunidades ancestrales.

Es así como se presenta un choque de dos visiones, esas son por un lado la visión antropocéntrica y por otro lado la visión biocéntrica.

La visión antropocéntrica se caracteriza por lo siguiente: tiene una visión basada en el eurocentrismo, en donde todo se rige en función del hombre, es el centro de todo; las leyes, como conjuntos normativos fundamentan la propiedad privada sobre los medios e instrumentos de producción; la economía se basa en extraer los recursos naturales (concebidos como bienes, desde la visión del Derecho Civil como objetos protegidos por el Derecho para generar relaciones jurídicas que se basan en el uso, goce y la libre disposición de los bienes) en su totalidad, es decir agotar toda la explotación y extracción de los recursos naturales, con el fin de maximizar las ganancias; otro fundamento del antropocentrismo es que se basa en el individualismo, en donde más importa cada individuo en función

de lo que tiene, de lo que ostenta o posee como bienes materiales, ahí está el valor (como elemento filosófico del ser humano) no por lo que es un individuo; finalmente el sustento trascendental está determinado por la propiedad privada sobre los medios e instrumentos de producción lo cual hace que se consolide el sistema capitalista de producción.

La otra visión es la visión biocéntrica, que tiene una visión más basada en la bioética es decir desde la concepción ética (normas que regulan las responsabilidades los deberes de los individuos en función de las colectividades) de la biología (ciencia que estudia el tratado de la vida, de las diversas especies inmersas dentro de un medio físico) esas especies vivas son las plantas (la flora), son los animales (la fauna) y son los seres humanos (el hombre visto desde luego como una categoría histórica- filosófica dentro de la sociedad y en un sentido amplio dentro del planeta). De la bioética surge la Declaración Universal Bioética de los Derechos Humanos, la cual fue promovida por la UNESCO; en este contexto, el ser humano es catalogado como una especie viva más dentro del planeta tierra, por tanto debe propender a proteger, precautelar y salvaguardar el ambiente sano, que es un Derecho Humano de trascendental importancia en interacción con otros derechos como el derecho al ambiente sano y ecológicamente equilibrado, el derecho a la salud, el derecho a la educación, los cuales interactúan entre sí. Se debe eliminar la propiedad privada de los medios e instrumentos de producción a fin de llegar a la propiedad colectiva de los mismos en favor de las comunidades, pueblos y nacionalidades en nuestro país; por otra parte esto consolidaría y a la vez afianzaría a las comunidades, a las colectividades, a los pueblos y a las nacionalidades como sistemas sustentables del manejo de recursos naturales.

Lamentablemente desde la visión antropocéntrica, imperante en el mundo del presente siglo XXI, está en juego la sobrevivencia de la tierra frente a los cambios ocasionados por la evolución de la tecnología humana, esta visión antropocéntrica logró transformar la naturaleza en fuente inagotable de los recursos naturales, como algo exclusivo de los hombres, lo cual acarrea consecuencias nega-

tivas, como el cambio climático, el cual definitivamente afecta a la biodiversidad, la cual está conformada por tres elementos básicos que son:

Los ecosistemas que son las interacciones de los factores abióticos o los elementos físico- químicos del ambiente, alejados de la vida, pero que ayudan poderosamente a la vida (agua, aire, suelo, clima y temperatura) y la interacción de los factores bióticos, que son parte de la vida y por tanto ayudan a la misma, pero también inmersos en un medio físico (estos factores son las especies de flora y la fauna). “Se han identificado 46 ecosistemas en el Ecuador, los que se pueden clasificar en: el páramo, el bosque andino, los valles secos, el bosque húmedo tropical, el bosque seco de la costa, los humedales, el Archipiélago de Galápagos y el mar” (www.mae.gob.ec, en Vázquez y Saltos 2010: 98).

Estas especies de la flora y la fauna constituyen el segundo elemento de la biodiversidad. A pesar que el Ecuador no cuenta con una información detallada sobre la distribución y el estado actual de las especies silvestres, es evidente que la destrucción de los hábitats, la sobreexplotación de recursos, la introducción de especies exóticas y la contaminación ambiental, entre otros factores, están provocando la desaparición de especies de flora y fauna.

“Varias especies de plantas se encuentran en peligro de extinción, debido a la destrucción de los bosques occidentales, como el guayaacán que es la madera más apreciada de los bosques secos tropicales de la Costa, el chanul, etc.

Nueve especies de reptiles del Ecuador, han sido incluidas en el Libro Rojo de especies amenazadas, publicado por la Unión Mundial para la Naturaleza (UICN), incluyendo el caimán negro en la Amazonía, el cocodrilo americano en la Costa y la tortuga gigante en Galápagos” (Vázquez y Saltos 2010: 103- 106).

Los recursos genéticos que son de trascendental importancia, están conformados por los hombres, los animales, las plantas y los microorganismos, con estos recursos se pueden obtener nuevos pro-

ductos farmacéuticos, agrícolas e industriales, a través del uso de la biotecnología.

“La destrucción de los hábitats naturales y la desaparición acelerada de los recursos genéticos almacenados en las especies silvestres está generando una pérdida de valiosa información provocada por el desplazamiento de cultivos nativos y la modernización de las prácticas agrícolas” (Vázquez y Saltos 2010: 106).

En base a lo expuesto, relacionado a las concepciones antropocéntrica y biocéntrica, analizadas anteriormente, se asume que la decisión de la sociedad ecuatoriana para reconocer constitucionalmente a la naturaleza como sujeto de derechos, trastoca a los presupuestos teóricos antropocentristas y boga por una visión biocéntrica, mediante la cual se reconocer al ser humano, otros seres vivos y a la propia naturaleza en términos de igualdad.

El constitucionalismo social y ambiental latinoamericano impregnado de neoconstitucionalismo y de constitucionalismo originario indígena, insta una nueva cultura jurídico-política que da lugar a la conversión del Ecuador en Estado constitucional de derechos intercultural y plurinacional. La Constitución ecuatoriana vigente a partir de octubre de 2008, reconoce a la naturaleza como sujeto de derechos, y de ahí se desagregan nuevas disposiciones constitucionales y legales estrechamente ligadas al Derecho Ambiental.

Por otra parte se puede argumentar que el neoconstitucionalismo se sustenta en tesis incompatibles con las positivistas, por ejemplo, el contenido de la Constitución no se agota en el significado de sus términos y enunciados, en su semántica; la naturaleza última de las normas constitucionales es prelingüística, es axiológica. Por eso las Constituciones dicen más de lo que sus términos significan. La Constitución es “una entidad ideal, axiológica, cuya materialidad y concreción son independientes en gran medida de las palabras y, por tanto, no son sometidas a los límites denotadores y conformadores de estas” (Bernal Pulido, 2007: 293).

“Los intérpretes autorizados de la Constitución no están llamados a elegir entre interpretaciones o concreciones posibles de los enunciados constitucionales, sino compelidos a realizar máximamente tales mandatos materialmente determinados. Los intérpretes pueden conocer la idea verdadera que cada norma tiene para cada caso concreto. Los jueces y, en particular, el Tribunal Constitucional (La Corte Constitucional en el caso ecuatoriano) cumplen funciones de control negativo- positivo: deben aplicar o declarar la inconstitucionalidad de toda norma legal que no lleve a cabo dicha maximización” (Bernal Pulido, 2007: 293).

Respecto a no supeditar o contraponer los derechos de la naturaleza a un ordenamiento jurídico eminentemente antropocéntrico, es para evitar el desarrollo de los derechos de la naturaleza hacia una aplicación acomodaticia al ordenamiento jurídico eminentemente positivista (civilista- patrimonialista) antropocentrista, en el cual la naturaleza es asumida como un conjunto de bienes (recursos) susceptibles de dominio humano en función de intereses crematísticos, mercantilistas, y en consecuencia explotables hasta la extenuación.

“Por ello es que la Constitución garantista asume una orientación estratégica que prescribe los derechos de la naturaleza en base a un nuevo enfoque de las ciencias jurídicas, con principios, conceptos y lógicas autónomas, que más allá de contraponerse a las instituciones de la tradición jurídica, incorpora aspectos que no habían sido tratados por ésta. De ahí se desprenden las imbricaciones y complementariedades que implican los derechos de la naturaleza con otros derechos, en condiciones de igualdad jerárquica para evitar dicotomías o contradicciones” (Narvárez, 2012: 178).

Los derechos de la naturaleza gozan de la aplicación del principio de inmediatez al igual que los otros derechos consagrados constitucionalmente (Constitución de la República del Ecuador, Arts. 10 y 11), los instrumentos procedimentales incluyen los elementos hermenéuticos analógicos, y de control de constitucionalidad difuso, como mecanismos expeditos para la aplicación de la tutela judicial efectiva.

Frente a ello, existen varias posibilidades, por una parte se dispone de las leyes sustantivas en las cuales constan los preceptos y conceptos básicos y que deben facilitar el adecuado ejercicio de los derechos de la naturaleza, su exigibilidad para el acceso a la justicia y la tutela que desde este ámbito se puede obtener.

“En todo caso, cabe enfatizar en las razones de pragmatismo que puedan orientar tanto a operadores jurídicos, autoridades y actores sociales a una adecuada observancia y aplicación de los derechos de la naturaleza, y al mismo tiempo, es preciso desarrollar elementos procedimentales que aseguren un tratamiento adecuado de dichos derechos ante jueces y tribunales. En este sentido la sociedad en general no puede permitir que la protección de los derechos de la naturaleza sirva como una excusa para disminuir el nivel ya existente de protección de la naturaleza” (Narváez; 2012: 179).

En esta parte del trabajo vamos a ubicar los principales cuerpos legales del Ecuador, los cuales a través de sus principales disposiciones salvaguardan y tutelan los llamados derechos de la naturaleza.

## CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

Art. 3. 5. Son deberes primordiales del Estado:

Planificar el desarrollo nacional, erradicar la pobreza, promover el desarrollo sustentable y la redistribución equitativa de los recursos y la riqueza, para acceder al buen vivir.

Art. 10. Las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades son titulares y gozarán de los derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales. La naturaleza será sujeto de aquellos derechos reconocidos en la Constitución.

Art. 11.1. El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

Los derechos se podrán ejercer, promover y exigir de forma individual o colectiva.

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

11.6. Todos los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles e interdependientes y de igual jerarquía.

## **2. Derechos del Buen Vivir**

El Buen Vivir es una concepción filosófica de nuestros pueblos ancestrales, que se basa en una concepción holística (integradora) del ser humano, esta concepción lo que busca es lo suficiente para la comunidad toda y no lo suficiente para el ser humano.

Estos Derechos del Buen Vivir en relación con el tema de este artículo, son los siguientes:

Art. 12. Derecho humano al agua es fundamental e irrenunciable. El agua es esencial para la vida.

Art. 13. Las personas y las colectividades tienen derecho al acceso a alimentos sanos, suficientes, seguros y nutritivos; el Estado promoverá la soberanía alimentaria.

Art. 14. Se reconoce el derecho a la población a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado que garantice la sostenibilidad y el buen vivir; se declara de interés público la preservación del ambiente, la conservación de los ecosistemas, la biodiversidad y la integridad del patrimonio genético del país.

Art. 15. El Estado promoverá en el sector público y en el sector privado el uso de tecnologías ambientalmente limpias y de energías alternativas no contaminantes y de bajo impacto.

Art. 27. La educación se centrará en el ser humano, será holística de la persona basada en el respeto a los derechos humanos, al medio ambiente sustentable y a la democracia

Art. 31. Las personas tienen el derecho al disfrute de los espacios de la ciudad en base a los principios de sustentabilidad, justicia social, respeto a las diferentes culturas urbanas y el equilibrio entre lo urbano y lo rural.

Art. 32. La salud es un derecho que garantiza el Estado, cuya realización se vincula a otros derechos, entre ellos: el agua, la alimentación, la cultura física, el trabajo, la seguridad social y los ambientes sanos y otros que sustentan el buen vivir.

Art. 57.1. Se reconoce y se garantizará a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades los siguientes derechos:

Mantener, desarrollar y fortalecer libremente su identidad, sentido de pertenencia, tradiciones ancestrales y formas de organización social.

57.4. Conservar la propiedad imprescriptible de sus tierras comunitarias, que serán inalienables, inembargables, e indivisibles.

57.5. Mantener la posesión de las tierras ancestrales y obtener su adjudicación gratuita.

57.6. Participar en el uso, usufructo, administración y conservación de los recursos naturales renovables que se hallen en sus tierras.

57.7. La consulta previa, libre e informada, dentro de un plazo razonable sobre planes, programas de prospección, explotación y comercialización de recursos naturales no renovables que se encuentren en sus tierras y que pueden afectarles ambiental o culturalmente; para lo cual pueden participar en los beneficios que esos proyectos reporten y recibir indemnizaciones por los perjuicios sociales, culturales y ambientales que les causen. La consulta que realicen las autoridades debe ser obligatoria y oportuna.

57.8. Conservar y promover sus prácticas de manejo de la biodiversidad y de su entorno natural

También en la parte final de este artículo 57 habla sobre la posesión de las tierras de los pueblos no contactados o denominados en aislamiento voluntario son de posesión ancestral irreductible e intangible, en ellos está prohibida todo tipo de actividad extractiva.

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

66.26. El derecho a la propiedad en todas sus formas, con función y responsabilidad social y ambiental.

66.27. El derecho a vivir en un ambiente sano, ecológicamente equilibrado y libre de contaminación y en armonía con la naturaleza.

Art. 73. En la naturaleza se aplicarán medidas de precaución y restricción para las actividades que puedan conducir a la extinción de especies, destrucción de ecosistemas o alteración permanente de los ciclos naturales.

Art. 72. La naturaleza tiene derecho a la restauración, la mitigación en caso de impactos ambientales graves.

La restauración es independiente de la obligación que tienen el Estado, las personas naturales, las personas jurídicas de indemnizar los individuos y colectivos que dependen de los sistemas naturales afectados.

Art. 71. La naturaleza o pacha mama tiene derecho a que se incentive en la personas naturales, jurídicas el respeto a los elementos de un ecosistema. Tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y mantenimiento de los ciclos vitales.

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

Art. 74. (...) Los servicios ambientales no son susceptibles de apropiación; su producción, prestación, uso y aprovechamiento serán regulados por el Estado.

Art. 88. La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, y po-

drá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial; contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales (...).

Art. 93. La acción por incumplimiento tendrá por objeto garantizar la aplicación de las normas que integran el sistema jurídico, así como el cumplimiento de sentencias o informes de organismos internacionales de derechos humanos, cuando la norma o decisión cuyo cumplimiento se persigue contenga una obligación de hacer o no hacer clara, expresa y exigible. La acción se interpondrá ante la Corte Constitucional.

Art. 94. La acción extraordinaria de protección procederá contra sentencias o autos definitivos en los que se haya violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución, y se interpondrá ante la Corte Constitucional.

El recurso procederá cuando se hayan agotado los recursos ordinarios y extraordinarios dentro del término legal, a menos que la falta de interposición de estos recursos no fuera atribuible a la negligencia de la persona titular del derecho constitucional vulnerado.

## **CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS**

Art. 38. Representación procesal de la naturaleza, cualquier persona natural, colectividad o el Defensor del Pueblo, representará a la naturaleza en los juicios por vulneración o transgresión de sus derechos.

La naturaleza no podrá ser demandada en juicio ni reconvenida, el Defensor del Pueblo responderá conforme con la ley y de acuerdo con el Código Orgánico General de Procesos.

Las acciones por daño ambiental y el producido a las personas o a su patrimonio como consecuencia del daño ambiental, se ejercerán de forma separada e independiente.

Los daños a la naturaleza de acuerdo con este artículo son intergeneracionales, es decir repercuten a las presentes y a las futuras generaciones; de tal forma, que las acciones judiciales para este tipo de daños son imprescriptibles (Concordancia con el Art. 396 de la Constitución de la República).

### CÓDIGO CIVIL

Este cuerpo legal hace referencia a que las indemnizaciones por los perjuicios no son de la forma tradicional es decir de forma subjetiva conociendo a las partes y el monto de los perjuicios ocasionados por incumplimiento de un contrato o de un cuasicontrato, por hechos ilícitos en contra de la dignidad de las personas o su patrimonio como los delitos o cuasidelitos, o ya sea por incumplir la ley; esa es la forma tradicional de indemnizar los perjuicios.

En materia ambiental o de los derechos de la naturaleza la responsabilidad por los daños ambientales es objetiva, surge de un resultado negativo contra el ambiente. Por una parte se debe indemnizar a las personas o comunidades afectadas, por otra parte se deben restaurar el o los ecosistemas afectados (Referencia Art. 11 del Código Orgánico del Ambiente en concordancia con el Art. 396 de la Constitución de la República).

En estos procesos de indemnizaciones por los daños y perjuicios socio- ambientales y contra la naturaleza, se produce la inversión de la carga de la prueba (por tanto no es el actor el que debe demostrar la existencia del daño, del perjuicio a las personas naturales, personas jurídicas o comunidades afectadas) sino más bien el gestor de la obra, del proyecto o del servicio público (demandado) quien debe demostrar que actuó apegado a las normativas, reglas e instrumentos de regularización ambiental, de lo contrario si no demuestra, todos aquellos presupuestos establecidos en la ley evidentemente que será condenado a resarcir e indemnizar los perjuicios (Concordancia con el Art. 397 de la Constitución de la República).

No obstante lo señalado en líneas anteriores, en la esfera de lo Civil se debe tomar en cuenta también para los fines indemnizato-

rios y sus montos las siguientes disposiciones tanto del Código Civil y subsidiariamente las disposiciones del Código Orgánico General de Procesos y del Código Orgánico del Ambiente.

Art. 1572. Código Civil.- La indemnización de los perjuicios comprende el daño emergente el lucro cesante.

Art. 1603. Código Civil.- El pago debe hacerse en el lugar designado en el convenio.

Este Artículo tiene una enorme importancia, a la vez tiene una concordancia con el Art. 10. 8 del Código Orgánico General de Procesos.

Art. 10. Además del juez del domicilio de la persona demandada, serán competentes a elección del actor el juez:

Art. 10.8. Del lugar donde se produzca el evento que generó el daño ambiental.

Art. 302. Código Orgánico del Ambiente.- Las acciones civiles como consecuencia del daño ambiental se podrán ejercer con el fin de obtener la correspondiente reparación.

Ante la presunción del cometimiento de un delito ambiental, la Autoridad Ambiental Competente remitirá la información necesaria a la Fiscalía para el trámite que corresponda. Para ello, prestará las facilidades y el contingente técnico de ser requerido.

El ejercicio de estas acciones no constituye prejudicialidad.

## **CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL**

Este cuerpo legal como sabemos tipifica (describe) las conductas consideradas delitos y cuáles son sus sanciones y penas; en este Código encontramos en:

El Libro I Infracción Penal

Título IV Infracciones en Particular

## Capítulo Cuarto DELITOS CONTRA EL AMBIENTE Y LA NATURALEZA O PACHA MAMA.

Delitos contra la Biodiversidad (Arts. 245 al 248).

Delitos de Acción Privada contra animales que forman parte del ámbito para el manejo de la fauna urbana (Arts. 249 al 250.2).

Contravenciones contra animales que formen parte de la fauna urbana (Arts. 250.3 al 250.4).

Delitos contra los Recursos Naturales (Arts. 251 al 253).

Delitos contra la Gestión Ambiental (Arts. 254 al 255).

Delitos contra los Recursos Naturales no Renovables:

Delitos contra los Recursos Mineros (Arts. 260 al 261).

Delitos contra la actividad hidrocarburífera, derivados de hidrocarburos, gas licuado de petróleo y biocombustibles (Arts. 262 al 267).

En general podemos señalar que en general los delitos contra el ambiente se sustancian de forma ordinaria a través del ejercicio público de la Acción Penal, con la intervención de la Fiscalía General del Estado, que es la que representa a la sociedad que se ha visto agraviada con el cometimiento del delito que causa daño y alarma social, también interviene la víctima o sus familiares mediante denuncia o acusación particular, a fin de que se prosiga con la instrucción fiscal, hasta llegar a determinar el o los responsables de la infracción y la existencia de la misma; no son válidos los acuerdos o arreglos extra procesales, ya que se sigue el proceso con la intervención de la Fiscalía.

Solamente en el caso de los Delitos de Acción Privada contra animales que forman parte del ámbito para el manejo de la fauna urbana, se sujetan al trámite o procedimiento para el ejercicio privado de la acción penal, en esta no interviene el Fiscal, se actuará siempre a petición de la parte interesada, mediante querrela, que se la presentará por escrito; estos procesos concluyen mediante abandono, de-

sistimiento, arreglo o transacción permitida en el Código Orgánico Integral Penal.

En el caso de las contravenciones en contra de los animales que forman parte de la fauna urbana, estarán sujetos al procedimiento expedito del Código Orgánico Integral Penal, serán juzgadas ante el juez de contravenciones, siempre se actuará a petición de parte, si el acusado no concurre a la audiencia de juzgamiento podrá ser aprehendido, la cual no durará más de 24 horas, por orden del juez a fin de que comparezca a ella el presunto contraventor.

### **CÓDIGO ORGÁNICO DEL AMBIENTE**

Art. 1. El objeto de este Código es garantizar a las personas el derecho al ambiente sano, ecológicamente equilibrado, así como proteger los derechos de la naturaleza.

Art. 4. Las disposiciones de este Código promoverán el goce efectivo de los derechos de la naturaleza y de las personas, comunas, comunidades, pueblos a vivir en una ambiente sano, ecológicamente equilibrado de acuerdo a las disposiciones de la Constitución de la República del Ecuador, así como de los Instrumentos Internacionales.

Art. 6. Los derechos de la naturaleza o Pacha Mama son reconocidos en la Constitución de la República, en base a un respeto integral, en la existencia, mantenimiento y regeneración de los ciclos vitales de la misma.

### **Instrumentos de Regularización Ambiental**

Podemos catalogar a estos Instrumentos de Regularización Ambiental, como aquellos mecanismos encaminados a tutelar a salvaguardar los derechos de la población a vivir en un ambiente sano, ecológicamente equilibrado y libre de contaminación; así como, a tutelar y salvaguardar los derechos de la naturaleza, que es el tema central del presente artículo.

Art. 178. Guía de Buenas Prácticas Ambientales, exigirá la Autoridad Ambiental Competente en el caso de que el proyecto o actividad no tenga un impacto significativo.

Art. 179. Los Estudios de Impacto Ambiental, son instrumentos de regularización ambiental se presentarán en aquellos proyectos, obras o servicios públicos que tengan un medio o alto impacto en el ambiente o en la naturaleza. Estos Estudios de Impacto Ambiental contendrán: la descripción de la obra; el área geográfica del proyecto o actividad; la compatibilidad de usos de suelo próximos al proyecto; el ciclo de vida del proyecto (en base a un cronograma posible de actividades durante todo el ciclo de vida del proyecto); metodología de valoración de actividades (en base a una matriz en hoja electrónica); análisis del proyecto en cuanto al desarrollo y su ciclo; plan de manejo ambiental para evitar los posibles impactos ambientales o si existen los impactos ambientales en el agua, aire, ruido, suelo, clima, flora y fauna, entre otros; mecanismos de socialización y participación ciudadana.

Art. 181. Los Planes de Manejo Ambiental, constituyen un instrumento de cumplimiento obligatorio para el operador que es el responsable de la actividad, la obra pública o el servicio público; debe este Plan de Manejo contener Subplanes de manejo ambiental (los cuales pueden abarcar: ecosistemas, recursos genéticos, o recursos naturales como el agua, aire, el suelo) de acuerdo a las características del proyecto, estos subplanes deben estar determinados al detalle, deben contener un orden cronológico de cada una de las actividades dentro del plazo de duración del proyecto; igualmente el proyecto debe contemplar las acciones para prevenir, mitigar, corregir, compensar según corresponda a la colectividad directamente afectada o la restauración de los ecosistemas, especies y los recursos genéticos.

Art. 183. Póliza por garantía de responsabilidades ambientales, es un instrumento de regularización ambiental en virtud de la cual aquellas actividades, proyectos, obras que requieran previamente de estudios de impacto ambiental y planes de manejo ambiental y posteriormente obtener las autorizaciones administrativas (licen-

cia ambiental para desarrollar su actividad, proyecto u obra de una manera regular), necesariamente deberá contratar un seguro por las responsabilidades o consignar una garantía financiera.

El seguro estará destinado específicamente a cubrir las responsabilidades ambientales del operador que se deriven de su actividad económica o profesional.

La Autoridad Ambiental Nacional regulará mediante normativa técnica (reglamentos de aplicación del Código) lo relacionado con: características, condiciones, mecanismos y procedimientos para su establecimiento, así como el monto de los límites a ser asegurados en función de las actividades.

Art. 184. Participación ciudadana, la Autoridad Ambiental competente, deberá informar a la población que podría ser afectada directamente por la posible realización del proyecto, obra o actividad, así como por los posibles impactos ambientales esperados y la pertinencia de las acciones a tomar; las opiniones y observaciones deben ser recogidas en los Estudios de Impacto Ambiental, siempre que sean técnica y económicamente viables.

Si de la mencionada participación ciudadana resulta la oposición mayoritaria de la población respectiva, la decisión de ejecutar o no el proyecto, deberá realizarse a través de la resolución motivada por parte de la Autoridad Ambiental competente.

En los mecanismos de participación social, se contará con facilitadores ambientales los cuales serán evaluados, calificados y registrados en el Sistema Único de Información Ambiental.

Art. 185. Emisión de autorizaciones administrativas, las obras, proyectos o actividades que requieran de autorizaciones administrativas, deberán realizar los pagos que por los servicios administrativos correspondan.

Una vez que la Autoridad Ambiental competente verifique que se han cumplido con los requisitos correspondientes, establecidos en el Código Orgánico del Ambiente y demás normativa secundaria se

emitirá la correspondiente autorización administrativa, en la cual se detallarán las condiciones a las cuales se someterá el proyecto, obra o actividad durante las fases del mismo.

Un ejemplo de esta emisión de autorizaciones administrativas, la tenemos cuando cumplidos los requisitos determinados en la ley, la competente Autoridad Ambiental emite la licencia ambiental, a fin de que el responsables del proyecto, obra o actividad ejecute el mismo durante las fases del mismo y cumpliendo tanto los Estudios de Impacto Ambiental como el correspondiente Plan de Manejo Ambiental.

Art. 186. Cierre de operaciones, es un instrumento normativo ambiental en virtud del cual señala que los operadores o responsables del proyecto que por cualquier motivo requieran hacer el cierre de operaciones o abandono del área, deberán ejecutar el plan de abandono y el cierre de la actividad de conformidad con el Plan de Manejo Ambiental respectivo, para lo cual deberán presentar los informes respectivos y las auditorías tal como lo señala la normativa secundaria.

Art. 187. Suspensión de la actividad, es una medida provisional (de carácter temporal) se la dicta cuando la actividad o actividades relacionadas con el proyecto generan no conformidades menores (máximo de tres), por el incumplimiento a lo establecido en el Plan de Manejo Ambiental. Esta suspensión se levantará cuando se presenten informes, evidencias, de que se han subsanado las no conformidades menores; luego la Autoridad Ambiental competente realizará el análisis, las inspecciones correspondientes y la aprobación de ser el caso, en un plazo máximo de 10 días.

Art. 188. Revocatoria del permiso ambiental, procederá cuando se produzcan no conformidades mayores (más de 3 inconformidades menores dan una inconformidad mayor) que impliquen incumplimiento a lo establecido en el Plan de Manejo Ambiental; estos incumplimientos deben ser en forma reiterada en más de dos ocasiones, sin que se hubieren adoptado los correctivos respectivos en los plazos dispuestos por la Autoridad Ambiental competente; se in-

terrumpirá la actividad, obra o proyecto se sujetará además al Plan de Manejo Ambiental en base al cierre de operaciones y abandono del área; sin perjuicio de la reparación integral que por los daños ambientales se pueden haber generado.

Art. 189. Efecto de la revocatoria, la revocatoria de la autorización administrativa, implicará que el operador no pueda realizar actividad alguna en la actividad, obra o proyecto exceptuando las actividades necesarias para el cumplimiento del plan de cierre y abandono, así como la reparación integral de los daños ambientales.

La actividad o proyecto cuya autorización ha sido revocada, podrá reanudarse siempre y cuando el operador someta el proyecto, obra o actividad a un nuevo plan de regularización ambiental. En base incluso a un nuevo Estudio de Impacto Ambiental que se han remediado y subsanado todas las causales que produjeron la revocatoria.

Como podemos apreciar, todos estos son los mecanismos de tutela y salvaguarda de los derechos de la naturaleza, que se encuentran determinados en los cuerpos legales analizados en el presente artículo, lo que evidencia claramente que a través de ellos se protegen de una manera adecuada dichos derechos a fin de propender a un ambiente sano, ecológicamente equilibrado y libre de contaminación al que tenemos derecho las personas naturales, las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades que integran nuestro Ecuador plurinacional y multiétnico que además tiene la condición de ser megadiverso.

### **3. Las Áreas Naturales Protegidas, su importancia en la conservación en la biodiversidad**

En la Constitución de la República, en el Art. 405 se establece que el Sistema Nacional de Áreas Protegidas se integrará por los subsistemas:

- PANE: Patrimonio Natural del Estado y la Autoridad Ambiental Nacional.
- Sistema Autónomo Descentralizado.

- Sistema de Protección comunitario.
- Sistema de Protección privado.

Su rectoría y su regulación será ejercida por el Estado.

Adicionalmente se establece que este Sistema Nacional de Áreas Protegidas garantizará la conservación y el mantenimiento de las funciones ecológicas.

El Área protegida es un “área definida geográficamente, designada o regulada y administrada para alcanzar objetivos específicos de conservación” (Convenio de Diversidad Biológica, Río de Janeiro, 1992).

Las Áreas Naturales Protegidas tienen el propósito de conservar los ecosistemas que pueden contribuir a mantener la diversidad biológica, sin descuidar el aprovechamiento de los recursos de manera sustentable por parte de las diversas poblaciones humanas involucradas.

Por otro lado, la historia de las Áreas Naturales Protegidas en el Ecuador, comienza en 1935, cuando se dio por primera vez la declaración de protección de Galápagos. Posteriormente entre 1960 y 1970 se crean las tres primeras Áreas protegidas continentales.

La administración del Sistema Nacional de Áreas Protegidas, se inició a partir de 1976, con la definición de la Estrategia Preliminar para la Conservación de las Áreas Silvestres Sobresalientes del Ecuador.

“La administración del Sistema Nacional de Áreas Protegidas desde sus inicios, estuvo bajo la dependencia del Ministerio de Agricultura y Ganadería dentro del sector forestal con distintas denominaciones. En septiembre de 1992 se crea el Instituto Ecuatoriano Forestal y de Áreas Naturales y Vida Silvestre (INEFAN) como organismo autónomo adscrito al MAGAP, en 1996 se crea el Ministerio del Ambiente que en el año 2000 se fusiona con la Subsecretaría de Turismo para formar el Ministerio de Turismo y Medio Ambiente” (Vázquez y Saltos; 2012: 108).

El Sistema Nacional de Áreas Naturales Protegidas pretende garantizar la existencia y la perpetuidad de los ecosistemas más sobresalientes; conservar la diversidad genética y específica de la vida silvestre ecuatoriana, brindar oportunidades para la investigación científica, la educación ambiental y la recreación en ambientes naturales y fomentar la participación de las comunidades en la conservación de la naturaleza.

Varias de éstas Áreas Naturales Protegidas ubicadas en una o más provincias y la mayoría de ellas no solo guardan recursos naturales, sino también culturales; el 50 por ciento de ellas están habitadas por la mayoría de nacionalidades y grupos étnicos.

Las Áreas Protegidas son objeto de fuertes presiones sobre los recursos naturales debido al uso inadecuado por parte de pobladores que están asentados al interior de las mismas, así como en la zona de influencia (se detectan actividades como la tala de bosques, cacería y pesca ilegal, expansión de la frontera agrícola, etc.); muchas de ellas están afectadas por la explotación hidrocarburífera, minera, camaronera y obras de desarrollo sin considerar medidas ambientales.

**Categorías de manejo de las Áreas Naturales Protegidas.**- El Art. 41 del Código Orgánico Ambiental establece las categorías de manejo de las denominadas Áreas Naturales Protegidas, podemos señalar que es una nueva clasificación, este cuerpo legal las clasifica de la siguiente manera:

1. **Parques Nacionales.**- Es un área extensa de uno o varios ecosistemas mínimo de 10.000 hectáreas, cuenta con diversidad de especies de flora, fauna con rasgos geológicos y hábitats de importancia para la ciencia, la educación y la recreación; busca el mantenimiento del área en su condición natural, también busca la preservación de los rasgos ecológicos, estéticos, culturales; está prohibida cualquier ocupación y explotación dentro de estos parques; ejemplos de estos parques tenemos: Parque Nacional Cotopaxi, Parque Nacional Cajas, Parque Nacional Galápagos.

2. **Refugio de Vida Silvestre**.- Área indispensable para garantizar la existencia de la vida silvestre, residente o migratoria, con fines científicos, educativos y recreativos; ejemplos de estos refugios tenemos: Refugio de Vida Silvestre Pasaochoa, Refugio de Vida Silvestre del Ecosistema de Manglar Estuario Río Muisne.
3. **Áreas Nacionales de Recreación**.- Superficie de 1.000 hectáreas o más en las que existen fundamentalmente bellezas escénicas, recursos turísticos o de recreación en un ambiente natural, son áreas fácilmente accesibles de los centros de población; ejemplos de estas áreas tenemos: Área Nacional de Recreación el Boliche, Área Nacional de Recreación de los Samanes.
4. **Reserva de Producción de fauna**.- No tiene un área mínima, se orienta a producir o fomentar la fauna silvestre bajo cautiverio o semi- cautiverio, la producción podrá destinarse a alimentar comunidades nativas, producción sostenible o disposición de especies; su producción busca reintroducir las especies en otras zonas, se puede comerciar las especies eventualmente; ejemplos de esta categoría de área protegida son: Reserva Faunística Chimborazo, Reserva Faunística Cuyabeno.
5. **Reserva Marina**.- Área marina que incluye la columna de agua, fondo marino y subsuelo que contiene predominantemente sistemas naturales no modificados objeto de actividades para garantizar la protección y el mantenimiento de la diversidad biológica a largo plazo; proporcionar un flujo sostenible de productos naturales, servicios y usos para beneficio de la comunidad.

Estas categorías de Áreas Naturales Protegidas son de fundamental importancia, ya que en estos espacios lo que se busca es la conservación y el uso sostenible de la biodiversidad, tema que fue motivo de análisis en este artículo en líneas anteriores.

## Conclusiones

1. En términos generales podemos manifestar que los derechos de la naturaleza tienen instrumentos de carácter legal, que posibilitan y hacen efectiva la tutela de los mencionados derechos tanto en la vía judicial como en la vía administrativa; en la vía judicial tenemos: en el ámbito constitucional, en el ámbito civil y procesal civil y en ámbito penal las diversas acciones que permiten en definitiva salvaguardar los mencionados derechos. En la vía administrativa también tenemos la posibilidad de acudir ante la propia administración pública, en salvaguarda de los indicados derechos siempre y cuando la administración pública emita resoluciones en virtud de las cuales los particulares no estén de acuerdo; ante ello es preciso plantear los correspondientes recursos tales como: la apelación (si las partes no están de acuerdo con las resoluciones de la administración); el recurso de revisión (si existen documentos falsos, corregir los errores de cálculo o testimonios falsos); y, finalmente solicitar la nulidad de esos actos (cuando evidentemente se han violentado normas o procedimientos determinados en la ley).
2. A pesar de que los derechos de la naturaleza cuentan con los instrumentos legales, es indispensable establecer las políticas públicas encaminadas a salvaguardar esos derechos, esas políticas deben determinarse en función de las directrices, de las orientaciones generales, de los instructivos, de los planes, de los programas y de los proyectos de interés general y nacional encaminados a generar soluciones integrales, que esas políticas públicas no sean de corto plazo o que se apliquen en un determinado gobierno, deben ser lineamientos a seguir por parte del Estado en un largo plazo. Además de ello se debe contar en las instituciones que integran la Administración Pública Ambiental con instituciones sólidamente consolidadas, que tengan recursos técnicos, humanos y económicos que respalden esa gestión en beneficio de la protección, prevención y precaución del ambiente, así como la conservación de la biodiversidad y la consolidación de los derechos de la naturaleza.

## **Bibliografía**

- Bernal Pulido, Carlos. Refutación y defensa del Neoconstitucionalismo. Madrid: Trotta, 2007.
- Foladori, Guillermo (2000); Una tipología del pensamiento ambientalista <http://www.universidadur.edu.uy/retema/archivos/Foladori.pdf>.
- Narváez, I. y Narváez M. Derecho ambiental en clave neoconstitucional. Quito: FLACSO, 2012.
- Stutzin, Godofredo (1984); Un imperativo ecológico reconocer los derechos de la naturaleza. Revista Ambiente y Desarrollo I (1). Santiago de Chile.
- Vázquez, Lola y Saltos, Napoleón. Ecuador su realidad. Quito: Fundación José Peralta, 2010.

### **Bibliografía Jurídica:**

- Constitución de la República del Ecuador (2008). Ediciones Legales: Quito.
- Convenio de Diversidad Biológica (1992). Ministerio de Relaciones Exteriores: Quito.
- Código Civil (2019). Ediciones Legales: Quito.
- Código Orgánico del Ambiente (2019). Ediciones Legales: Quito.
- Código Orgánico General de Procesos (2019). Ediciones Legales: Quito.
- Código Orgánico Integral Penal (2019). Ediciones Legales: Quito.



*Capítulo VI*

**ANÁLISIS DE LA EVOLUCIÓN DE  
LA EDUCACIÓN EN EL ECUADOR Y  
SU IMPACTO INTERNACIONAL**

**ANALYSIS OF THE EVOLUTION OF  
EDUCATION IN ECUADOR AND  
ITS INTERNATIONAL IMPACT**

*Paulina Barona Villafuerte<sup>77</sup>*

**Dedicatoria**

A mi hijo Daniel y mi esposo Danilo, quienes me aportan todos los días con ese ímpetu de vida.

**Resumen:**

La presente investigación aborda desde una visión holística, el proceso de integración educativa acaecido en el seno de la UNASUR (Unión de Naciones Suramericanas) y sus países miembros. Así como recoge otros procesos paralelos de integración educativa de la región pertinentes al estudio. Por otro lado analiza el proceso de reforma educativa en Ecuador y su incidencia en el proceso de integración educativa regional, y viceversa; desde un análisis especialmente cualitativo, sin desdeñar los aportes cuantitativos al respecto. Para, por último, ofrecer una propuesta estructurada en objetivos clave, especialmente en lo referente a la implementación de políticas públicas integradoras por parte de la UNASUR y de los propios estados miembros, a fin de aportar algunas recomendaciones para mejorar los procesos.

---

<sup>77</sup> **Paulina Barona Villafuerte.** Abogada de los tribunales y juzgados de la República del Ecuador, Magister en Ciencias Internacionales; Doctoranda en Ciencias Jurídicas. Docente de la Carrera de Derecho de la Universidad Indoamerica en Quito-Ecuador. paulinabarona@uti.edu.ec

**Palabras Claves:** Integración Regional, Educación superior, Unasur, Reforma Educativa Ecuador, Interculturalidad, Intraculturalidad

**Abstract:**

This research approached from a holistic view, the process of educational integration occurred within the UNASUR (Union of South American Nations) and its member countries. And includes other parallel processes of educational integration of the region relevant to the study. On the other hand, analyzes the education reform process in Ecuador and its impact on the educational process of regional integration, and vice versa; especially from a qualitative analysis, without overlooking the quantitative contributions in this regard.

To finally offer some recommendations to improve the process.

**KEYWORDS:** REGIONAL INTEGRATION, EDUCATION, UNASUR, ECUADOR EDUCATION REFORM.

## **ANÁLISIS DE LA EVOLUCIÓN DE LA EDUCACIÓN EN EL ECUADOR Y SU IMPACTO INTERNACIONAL**

### **Introducción**

Actualmente se reconoce el papel importante de la educación en el desarrollo de los pueblos, consolidándose en eje principal la generación del talento humano como protagonista de las sociedades mediante su aporte al progreso común. Planteándose así retos y transformaciones relevantes en todo el mundo, gracias a la innovación tecnológica y científica, que obliga –contextualmente– a los Estados y a los individuos, a equiparse a gran velocidad en la escena internacional para no quedar fuera del avance científico ni de los nuevos descubrimientos.

Es obvio que la educación es una herramienta de suma importancia para lograr el bienestar y disminuir la inequidad social. En este marco, Ecuador desde los años sesentas ha buscado ampliar el alcance de su sistema educativo (especialmente el público) a toda la

población; no obstante, la falta de equidad golpea de forma visible, siendo las zonas no urbanas (rurales, poblaciones marginales y áreas nativas) las más castigadas; no así las zonas urbanas que han gozado de mayores oportunidades educativas.

## 1. Evolución Histórica del Sistema Educativo Ecuatoriano

La educación ha gozado de gran importancia a lo largo de la historia y en todos los puntos del globo terráqueo, en tanto que muestra el nivel de preparación del individuo como sujeto y de toda la sociedad en sí. Aportando a la superación personal y al desarrollo de pueblos y naciones. Por ello se asocia “educación” a progreso y conocimiento y a su transmisión de generación en generación, a fin de conservar los logros alcanzados a lo largo de la historia.

El avance científico ha condicionado el devenir histórico, acelerándolo en muchas ocasiones. Especialmente en lo que se refiere a transformaciones económicas de base estructural, gracias al conocimiento aplicado y a la transformación de su matriz productiva y de sus relaciones de producción. Así pues, la economía se ha basado por lo general en un valor agregado como es el “tecno-conocimiento” o el conocimiento aplicado a la tecnología y viceversa. No de extrañar entonces que la misma ONU, a través de su programa para el Desarrollo, tenga en cuenta este aspecto para medir el progreso de la humanidad.

Así pues, atendiendo esta necesidad de transformación estructural de la economía, Ecuador ha iniciado su proceso de cambio de la matriz productiva, cambio al que deben ir orientados también todos los esfuerzos desde los diferentes ámbitos o sectores. Especialmente desde la transformación y reforma del sistema educativo, que sienta las bases para caminar hacia una verdadera sociedad del conocimiento y las nuevas tecnologías.

Así pues, Ecuador viene realizando un gran esfuerzo para realizar satisfactoriamente el cambio estructural de su matriz productiva orientando su reforma educativa de manera sinérgica en este sentido.

Es por ello que el Plan Nacional del Buen Vivir (PNBV) para 2013-2017 establece entre sus objetivos *“Promover la interacción recíproca entre la educación, el sector productivo y la investigación científica y tecnológica, para la transformación de la matriz productiva y la satisfacción de necesidades (obj. 4.6) y también “Generar oferta educativa e impulsar la formación de talento humano para la innovación social, la investigación básica y aplicada en áreas de producción priorizadas, así como la resolución de problemas nacionales, incentivando la articulación de redes de investigación e innovación con criterios de aprendizaje incluyente. (obj. 4.6.a) Siendo esta la línea, que la educación en todos sus niveles debe observar para priorizar su visión y misión estratégica.*

Igualmente, el PNBV en su objetivo 4.6.e establece la pertinencia de:

*“articular el bachillerato, la educación superior, la investigación y el sector productivo público y privado al desarrollo científico y tecnológico y a la generación de capacidades, con énfasis en el enfoque de emprendimiento, para la transformación de la matriz productiva, la satisfacción de necesidades y la generación de conocimiento, considerando nuevas áreas de formación”.* (PNBV, 2013-2017)

En la misma línea, la SENPLADES, en su informe sobre *“Transformación de la Matriz Productiva Revolución productiva a través del conocimiento y el talento humano”* establece como eje 2 de su propuesta de transformación de la matriz productiva, los siguientes: *“Agregación de valor en la producción existente mediante la incorporación de tecnología y conocimiento en los actuales procesos productivos de biotecnología (bioquímica y biomedicina), servicios ambientales y energías renovables”.* (SENPLADES, 2012)

En el mismo informe, la SENPLADES especifica como uno de sus avances en este terreno la implementación jurídica en materia de educación superior que articule la transformación de la matriz productiva, y considera:

*“La formación de capital humano y una educación de excelencia también necesitaban de un marco jurídico adecuado. La expedición de la Ley Orgánica de Educación Superior (LOES) que impulsa la transformación*

*del sistema de educación superior es fundamental para la transformación productiva. (SENPLADES, 2012)*

La matriz productiva ecuatoriana, enfocada tradicionalmente a la producción de materias primas con escaso valor agregado tecnológico, ha sido hasta ahora el principal obstáculo para el desarrollo del país. Actuando en desigualdad de condiciones en la comunidad internacional, obligando al país a importar los avances tecnológicos y a quedar excluido de facto de los beneficios de la sociedad del conocimiento.

La exigencia marcada por esta evolución o revolución tecnológica, cada día es mayor, y el sistema educativo se ha visto obligado a incorporarlo a marchas forzadas. El tipo de sociedad en que el ser humano se desempeña, exigen cada vez de mayor competitividad, también y sobre todo en el ámbito del conocimiento y el uso de la tecnología.

Todo lo cual suena a priori altamente contradictorio con las filosofías del Buen Vivir imperantes en la zona. Teniendo que hacer verdaderas proezas de encaje epistemológico y metodológico, para conseguir armonizar ambos aspectos, o al menos que el camino a seguir vaya orientado hacia esta concepción como resultado final.

Por ello el sistema educativo ecuatoriano, es muy consciente de la importancia de la educación como un medio vital para promover el buen vivir y reducir las desigualdades sociales y favoreciendo la superación integral de la persona. Con este objetivo, ya desde los años 60, Ecuador viene tratando de extender la cobertura educativa especialmente en la educación pública. Pero no es sino con las últimas reformas implementada en la última década, que se están observando frutos convincentes.

El proceso ha sido lento y no todos han podido acceder por igual a la educación especialmente fuera de las grandes ciudades (zonas rurales). La falta de oportunidades ha limitado el progreso de importantes sectores de la población. Habiendo atravesado tiempo atrás una notoria crisis en el sistema educativo por falta de infraes-

estructuras, y destinación correcta de los recursos según marcaba la CRE 2008. Siendo más acusado en las zonas rurales. Causando problemas de ausentismo, abandono escolar, y repetición de niveles educativos por parte de los estudiantes. Para paliar esto, se ha insistido en fomentar desde el Estado, el principio de gratuidad de la educación (con entrega gratuita de material, libros, etc.) así como el de la universalización de la EGB.

Pero las reformas han ido más allá de los meros cambios estructurales y se han centrado en el rediseño curricular, de mallas, y de niveles educativos, a fin de adaptar la escolarización (primaria, secundaria, y superior) al nuevo siglo.

En este sentido, se ha comenzado por la evaluación y análisis cuantitativo del dominio de ciertas áreas estratégicas en el desarrollo cognitivo y educativo. Los primeros resultados no fueron muy alentadores, especialmente en lo que se refiere al nivel de formación de los propios maestros.

Este problema que ya se venía arrastrando incluso desde la CPE de 1998, provocó cambios en la misma, que afectaban a la evaluación y calidad de los docentes. Sin embargo los impulsos para la creación de una nueva ley de educación no dieron fruto en esos momentos.

Con posterioridad, se implementaron algunos planes (pruebas APRENDO) para evaluar la calidad de los alumnos de cursos intermedios y ya en 2006 se aprueba el Plan Decenal de Educación para la calidad y equidad de la educación.

Pero no es sino con la Constitución de 2008 que se “establece una base filosófico-normativa consistente para lograr este cambio en materia educativa y su articulación al desarrollo nacional y a la participación ciudadana”.(Luna, 2009)

La reforma propuesta por la actual CRE 2008 propone un cambio considerable tanto en la visión como en la misión del sistema educativo, que vendrá abordado posteriormente por la implementación

de la LOEI y de la LOES y sus respectivos reglamentos. Lo que será abordado en los siguientes apartados de esta investigación.

El Plan Nacional de Desarrollo 2017-2021 “Toda una vida” en su objetivo 1.6 en donde manifiesta: “Garantizar el derecho a la salud, la educación y al cuidado integral durante el ciclo de vida, bajo criterios de accesibilidad, calidad y pertinencia territorial y cultural.”

## MARCO LEGAL Y REFORMA EDUCATIVA

### 2. Estructura del Sistema Educativo Ecuatoriano

La Ley N.-127 del 15 de abril de 1983 dice que:

*El sistema educativo ecuatoriano se rige por los principios de unidad, continuidad, secuencia, flexibilidad y permanencia; orientado desde el punto de vista democrático, humanista, investigativo, científico y técnico acorde a las necesidades del país; procurando el conocimiento, la defensa y el aprovechamiento óptimo de los recursos del país.*

Antecedente jurídico que ya sienta las bases legales y jurisprudentes para la evolución legal posterior que ha ocurrido en Ecuador.

Así mismo, y de forma más amplia, la Constitución del 2008 en su artículo 26 dice:

*“La educación es un derecho de las personas a lo largo de su vida y un deber ineludible e inexcusable del Estado. Constituye un área prioritaria de la política pública y de la inversión estatal, garantía de la igualdad e inclusión social y condición indispensable para el buen vivir. Las familias y la sociedad tienen el derecho y la responsabilidad de participar en el proceso educativo”. (C.R.E, 2008)*

Recogiendo y ampliando las bases establecidas ya desde el año 1983, dirigiendo los esfuerzos hacia el Buen Vivir como paradigma inspirador y predominante, consagrado por la Carta Magna. Dándole al Estado la atribución y responsabilidad de velar por el cumplimiento del mandato constitucional garantista en materia de Educación, considerado como eje principal del cambio social, basa-

do en el manejo del conocimiento y su repercusión en el cambio de la matriz productiva.

Por otro lado, con respecto a la descentralización-integración geográfica y cultural, la CRE 2008 afirma que:

*“El sistema nacional de educación debe fomentar de manera integral una visión intercultural de acuerdo con la diversidad geográfica, cultural y lingüística del país, tomando en cuenta el respeto de los derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades.” (C.R.E, 2008)*

Aspecto éste que abre las puertas a una predisposición jurídico-política a interculturalidad no sólo interna (de forma explícita) sino también externa, entendiendo que las nacionalidades y pueblos propios del Ecuador, van más allá de las fronteras territoriales patrias, y se extiende por toda la región, especialmente por la zona andina en el caso de Ecuador y las nacionalidades transfronterizas.

En este sentido el Art. 347 recoge la necesidad de incorporar al currículo al menos una lengua ancestral. Así como la importancia del manejo de la información y la comunicación en relación a la actividad social y productiva.

Como ya hemos mencionada, se refuerza el papel rector y regulador del Estado en el Sistema de Educación Nacional, ejercido mediante el Ministerio de Educación. (Art. 344, CRE, 2008)

En lo referente a la Educación Superior, El Estado reconocerá a las universidades y escuelas politécnicas: “la autonomía académica, administrativa, financiera y orgánica, de acuerdo a los principios determinados en la Constitución, autonomía reconocida como garantía del ejercicio de la libertad académica y el derecho a la búsqueda de la verdad.” (CRE, 2008)

En 1960 el Ministerio de Educación crea el departamento de Planeamiento Integral de la Educación, consolidándose la rectoría del Ministerio mediante la creación de 21 Direcciones Nacionales, que conservan su estructura y funciones según la Ley Orgánica de Educación de 1983.

De conformidad a dicha ley, existen dos subsistemas: El subsistema escolarizado y el subsistema no escolarizado.

**El Subsistema Escolarizado.-** en establecimientos determinados por la ley, reglamentos generales y especiales y recoge:

- La Educación Regular Hispana e Indígena.
- La Educación Compensatoria.
- La Educación Especial.

**Educación Regular,** con los siguientes niveles:

1. Pre-primario.
2. Primario.
3. Medio: ciclos básicos, diversificado y de especialización. Actualmente se han substituido por los niveles de educación básica y bachillerato.
4. Superior (sujeta a las leyes especiales que la regulan)

La Educación Regular se rige por disposiciones reglamentarias para establecer sus límites de edad, secuencia y duración de los distintos niveles.

**Nivel Pre-primario.-** Educación inicial (motriz, biológico, psicológico...) Desde 5 años

**Nivel Primario.-** Formación integral de la personalidad del niño mediante el dominio de operaciones matemáticas, lecto-escritura y desarrollo de destrezas. (6 a 12 años)

**Nivel Medio.-** Cultura general básica orientada para la elección de una especialización. Con preparación científica-técnica, dirigida al posterior desempeño en estudios superiores.

**Educación Compensatoria,** enfocada a la reinserción en el Sistema Educativo. Tiene los siguientes niveles:

1. Nivel Primario Compensatorio.
2. Ciclo Básico Compensatorio.
3. Ciclo Diversificado Compensatorio.
4. Formación y Capacitación Artesanal, de acuerdo con las Disposiciones de la Ley de Defensa del Artesano y su Reglamento.

**Educación Especial**, para personas con capacidades especiales que no se adapten a la educación regular.

**El Subsistema no Escolarizado**, fuera de las instituciones educativas para personas que no tienen currículo académico, a requerimiento voluntario del interesado.

#### **Clasificación de las Instituciones Educativas.**

**Oficiales.**- Municipales, fiscales, o de otras instituciones públicas.

**Particulares.**- Emprendidas por personas naturales o jurídicas, de derecho privado, laicos o no.

**Otros.**- regidos convenios especiales, con financiamiento parcial del estado o de instituciones públicas.

**Por Jornada de Trabajo.**- Matutinos, vespertinos, nocturnos y de doble jornada.

**Por el alumnado.**- Masculino, femenino y mixtos.

**Por Ubicación Geográfica.**- Urbanos y Rurales.

**Establecimientos de Educación Regular.**- Jardines de Infantes, Escuela, Colegio, Instituto Pedagógico, Instituto Técnico.

La preparación de docentes en pre-primario y primario se encarga a los colegios, y los niveles medios a las Facultades de Ciencias y Letras de las Universidades Ecuatorianas.

### 3. La Constitución de La República del Ecuador 2008 y La Reforma Educativa

Una vez vista la evolución y estructura del sistema educativo ecuatoriano, para lo cual ya se ha avanzado en su perspectiva constitucional, cabe ahora centrarse específicamente en su tratamiento según la CRE 2008.

La Constitución de la República del Ecuador 2008 en su Capítulo II sección 5ª incluye la Educación dentro de los Derechos del Buen Vivir quedando consagrada junto al resto de derechos de este capítulo, como un eje constitucional de vital importancia.

Así se establece su concepción prioritaria en los artículos siguientes:

*Art. 26.- La educación es un derecho de las personas a lo largo de su vida y un deber e inexcusable del Estado. Constituye un área prioritaria de la política pública y de la inversión estatal, garantía de la igualdad e inclusión social y condición indispensable para el buen vivir. Las personas, las familias y la sociedad tienen el derecho y la responsabilidad de participar en el proceso educativo.*

*Art. 27.- La educación se centrará en el ser humano y garantizará su desarrollo holístico, en el marco del respeto a los derechos humanos, al medio ambiente sustentable y a la democracia; será participativa, obligatoria, intercultural, democrática, incluyente y diversa, de calidad y calidez; impulsará la equidad de género, la justicia, la solidaridad y la paz; estimulará el sentido crítico, el arte y la cultura física, la iniciativa individual y comunitaria, y el desarrollo de competencias y capacidades para crear y trabajar. La educación es indispensable para el conocimiento, el ejercicio de los derechos y la construcción de un país soberano, y constituye un eje estratégico para el desarrollo nacional.*

*Art. 28.- La educación responderá al interés público y no estará al servicio de intereses individuales y corporativos. Se garantizará el acceso universal, permanencia, movilidad y egreso sin discriminación alguna y la obligatoriedad en el nivel inicial, básico y bachillerato o su equivalente. Es derecho de toda persona y comunidad interactuar entre culturas y participar en una sociedad que aprende. El Estado promoverá el diálogo*

*intercultural en sus múltiples dimensiones. El aprendizaje se desarrollará de forma escolarizada y no escolarizada. La educación pública será universal y laica en todos sus niveles, y gratuita hasta el tercer nivel de educación superior inclusive.*

*Art. 29.- El Estado garantizará la libertad de enseñanza, la libertad de cátedra en la educación superior, y el derecho de las personas de aprender en su propia lengua y ámbito cultural. Las madres y padres o sus representantes tendrán la libertad de escoger para sus hijas e hijos una educación acorde con sus principios, creencias y opciones pedagógicas.*

Posteriormente en el Título VII (Régimen del Buen Vivir) en su Capítulo I (inclusión y equidad) Sección Primera, fija el sistema nacional de educación en su papel prioritario dentro del Régimen del Buen Vivir, estableciendo los ejes de actuación ya desde su sección primera. (Artículos del 343 al 357)

*Sección primera Educación:*

*Art. 343.- El sistema nacional de educación tendrá como finalidad el desarrollo de capacidades y potencialidades individuales y colectivas de la población, que posibiliten el aprendizaje, y la generación y utilización de conocimientos, técnicas, saberes, artes y cultura. El sistema tendrá como centro al sujeto que aprende, y funcionará de manera flexible y dinámica, incluyente, eficaz y eficiente. El sistema nacional de educación integrará una visión intercultural acorde con la diversidad geográfica, cultural y lingüística del país, y el respeto a los derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades.*

*Art. 344.- El sistema nacional de educación comprenderá las instituciones, programas, políticas, recursos y actores del proceso educativo, así como acciones en los niveles de educación inicial, básica y bachillerato, y estará articulado con el sistema de educación superior. El Estado ejercerá la rectoría del sistema a través de la autoridad educativa nacional, que formulará la política nacional de educación; asimismo regulará y controlará las actividades relacionadas con la educación, así como el funcionamiento de las entidades del sistema.*

*Art. 345.- La educación como servicio público se prestará a través de instituciones públicas, fisco misionales y particulares. En los establecimientos educativos se proporcionarán sin costo servicios de carácter*

*social y de apoyo psicológico, en el marco del sistema de inclusión y equidad social.*

*Art. 346.- Existirá una institución pública, con autonomía, de evaluación integral interna y externa, que promueva la calidad de la educación.*

*Art. 347.- Será responsabilidad del Estado: 1. Fortalecer la educación pública y la coeducación; asegurar el mejoramiento permanente de la calidad, la ampliación de la cobertura, la infraestructura física y el equipamiento necesario de las instituciones educativas públicas. 2. Garantizar que los centros educativos sean espacios democráticos de ejercicio de derechos y convivencia pacífica. Los centros educativos serán espacios de detección temprana de requerimientos especiales. 3. Garantizar modalidades formales y no formales de educación. 4. Asegurar que todas las entidades educativas impartan una educación en ciudadanía, sexualidad y ambiente, desde el enfoque de derechos. 5. Garantizar el respeto del desarrollo psicoevolutivo de los niños, niñas y adolescentes, en todo el proceso educativo. 6. Erradicar todas las formas de violencia en el sistema educativo y velar por la integridad física, psicológica y sexual de las estudiantes y los estudiantes. 7. Erradicar el analfabetismo puro, funcional y digital, y apoyar los procesos de pos alfabetización y educación permanente para personas adultas, y la superación del rezago educativo. 8. Incorporar las tecnologías de la información y comunicación en el proceso educativo y propiciar el enlace de la enseñanza con las actividades productivas o sociales. 9. Garantizar el sistema de educación intercultural bilingüe, en el cual se utilizará como lengua principal de educación la de la nacionalidad respectiva y el castellano como idioma de relación intercultural, bajo la rectoría de las políticas públicas del Estado y con total respeto a los derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades. 10. Asegurar que se incluya en los currículos de estudio, de manera progresiva, la enseñanza de al menos una lengua ancestral. 11. Garantizar la participación activa de estudiantes, familias y docentes en los procesos educativos. 12. Garantizar, bajo los principios de equidad social, territorial y regional que todas las personas tengan acceso a la educación pública.*

*Art. 348.- La educación pública será gratuita y el Estado la financiará de manera oportuna, regular y suficiente. La distribución de los recursos destinados a la educación se regirá por criterios de equidad social, poblacional y territorial, entre otros. El Estado financiará la educación*

*especial y podrá apoyar financieramente a la educación fisco misional, artesanal y comunitario, siempre que cumplan con los principios de gratuidad, obligatoriedad e igualdad de oportunidades, rindan cuentas de sus resultados educativos y del manejo de los recursos públicos, y estén debidamente calificadas, de acuerdo con la ley. Las instituciones educativas que reciban financiamiento público no tendrán fines de lucro. La falta de transferencia de recursos en las condiciones señaladas será sancionada con la destitución de la autoridad y de las servidoras y servidores públicos remisos de su obligación.*

*Art. 349.- El Estado garantizará al personal docente, en todos los niveles y modalidades, estabilidad, actualización, formación continua y mejoramiento pedagógico y académico; una remuneración justa, de acuerdo a la profesionalización, desempeño y méritos académicos. La ley regulará la carrera docente y el escalafón; establecerá un sistema nacional de evaluación del desempeño y la política salarial en todos los niveles. Se establecerán políticas de promoción, movilidad y alternancia docente.*

*Art. 350.- El sistema de educación superior tiene como finalidad la formación académica y profesional con visión científica y humanista; la investigación científica y tecnológica; la innovación, promoción, desarrollo y difusión de los saberes y las culturas; la construcción de soluciones para los problemas del país, en relación con los objetivos del régimen de desarrollo.*

*Art. 351.- El sistema de educación superior estará articulado al sistema nacional de educación y al Plan Nacional de Desarrollo; la ley establecerá los mecanismos de coordinación del sistema de educación superior con la Función Ejecutiva. Este sistema se regirá por los principios de autonomía responsable, cogobierno, igualdad de oportunidades, calidad, pertinencia, integralidad, autodeterminación para la producción del pensamiento y conocimiento, en el marco del diálogo de saberes, pensamiento universal y producción científica tecnológica global.*

*Art. 352.- El sistema de educación superior estará integrado por universidades y escuelas politécnicas; institutos superiores técnicos, tecnológicos y pedagógicos; y conservatorios de música y artes, debidamente acreditados y evaluados. Estas instituciones, sean públicas o particulares, no tendrán fines de lucro.*

*Art. 353.- El sistema de educación superior se regirá por: 1. Un organismo público de planificación, regulación y coordinación interna del sistema y de la relación entre sus distintos actores con la Función Ejecutiva. 2. Un organismo público técnico de acreditación y aseguramiento de la calidad de instituciones, carreras y programas, que no podrá conformarse por representantes de las instituciones objeto de regulación.*

*Art. 354.- Las universidades y escuelas politécnicas, públicas y particulares, se crearán por ley, previo informe favorable vinculante del organismo encargado de la planificación, regulación y coordinación del sistema, que tendrá como base los informes previos favorables y obligatorios de la institución responsable del aseguramiento de la calidad y del organismo nacional de planificación. Los institutos superiores tecnológicos, técnicos y pedagógicos, y los conservatorios, se crearán por resolución del organismo encargado de la planificación, regulación y coordinación del sistema, previo informe favorable de la institución de aseguramiento de la calidad del sistema y del organismo nacional de planificación. La creación y financiamiento de nuevas casas de estudio y carreras universitarias públicas se supeditarán a los requerimientos del desarrollo nacional. El organismo encargado de la planificación, regulación y coordinación del sistema y el organismo encargado para la acreditación y aseguramiento de la calidad podrán suspender, de acuerdo con la ley, a las universidades, escuelas politécnicas, institutos superiores, tecnológicos y pedagógicos, y conservatorios, así como solicitar la derogatoria de aquellas que se creen por ley.*

*Art. 355.- El Estado reconocerá a las universidades y escuelas politécnicas autonomía académica, administrativa, financiera y orgánica, acorde con los objetivos del régimen de desarrollo y los principios establecidos en la Constitución. Se reconoce a las universidades y escuelas politécnicas el derecho a la autonomía, ejercida y comprendida de manera solidaria y responsable. Dicha autonomía garantiza el ejercicio de la libertad académica y el derecho a la búsqueda de la verdad, sin restricciones; el gobierno y gestión de sí mismas, en consonancia con los principios de alternancia, transparencia y los derechos políticos; y la producción de ciencia, tecnología, cultura y arte. Sus recintos son inviolables, no podrán ser allanados sino en los casos y términos en que pueda serlo el domicilio de una persona. La garantía del orden interno será competencia y responsabilidad de sus autoridades. Cuando se necesite el resguardo de la fuerza pública, la máxima autoridad de la entidad solicitará la asis-*

*tencia pertinente. La autonomía no exime a las instituciones del sistema de ser fiscalizadas, de la responsabilidad social, rendición de cuentas y participación en la planificación nacional. La Función Ejecutiva no podrá privar de sus rentas o asignaciones presupuestarias, o retardar las transferencias a ninguna institución del sistema, ni clausurarlas o reorganizarlas de forma total o parcial.*

*Art. 356.- La educación superior pública será gratuita hasta el tercer nivel. El ingreso a las instituciones públicas de educación superior se regulará a través de un sistema de nivelación y admisión, definido en la ley. La gratuidad se vinculará a la responsabilidad académica de las estudiantes y los estudiantes. Con independencia de su carácter público o particular, se garantiza la igualdad de oportunidades en el acceso, en la permanencia, y en la movilidad y en el egreso, con excepción del cobro de aranceles en la educación particular. El cobro de aranceles en la educación superior particular contará con mecanismos tales como becas, créditos, cuotas de ingreso u otros que permitan la integración y equidad social en sus múltiples dimensiones.*

*Art. 357.- El Estado garantizará el financiamiento de las instituciones públicas de educación superior. Las universidades y escuelas politécnicas públicas podrán crear fuentes complementarias de ingresos para mejorar su capacidad académica, invertir en la investigación y en el otorgamiento de becas y créditos, que no implicarán costo o gravamen alguno para quienes estudian en el tercer nivel. La distribución de estos recursos deberá basarse fundamentalmente en la calidad y otros criterios definidos en la ley. La ley regulará los servicios de asesoría técnica, consultoría y aquellos que involucren fuentes alternativas de ingresos para las universidades y escuelas politécnicas, públicas y particulares.*

Como se puede observar, ya en el artículo 344 establece la necesidad de regular el esfuerzo educativo mediante el desarrollo legislativo en forma de ley (ley orgánica).

Además, en el Art. 344 Establece el carácter imperativo de la coordinación entre todos los ámbitos y niveles educativos. Y en el art. 347 Describe las obligaciones del Estado en materia educativa, anclando las políticas y programas educativos al mandato constitucional; así como la necesidad de crear instituciones autónomas de evaluación en el artículo 346 (imprescindible para la erradicación conjunta de las

asimetrías en el seno de la UNASUR). Por otro lado en el artículo 351 se vincula obligatoriamente la Educación en el Sistema Nacional de Educación con correspondencia al Plan Nacional de Desarrollo (actualmente Plan Nacional del Buen Vivir). Y estableciendo el mandato de su desarrollo legislativo mediante ley orgánica (Art. 354)

De la lectura de la CRE 2008 se desprende por tanto la consistencia y coherencia con la disposición de la Ley de Educación, donde se regula que la educación es deber primordial del Estado, teniendo los ciudadanos derecho a la educación integral y así mismo tienen también la obligación de participar en el proceso educativo. El Estado como se vio en los artículos mencionados, velará por su cumplimiento, así como de la libertad de enseñanza y la igualdad en el acceso a la educación. En este marco, el Estado ejerce la política rectora del sistema educativo ecuatoriano a través del Ministerio de Educación, mediante el cual se definen las competencias, elaboración e implementación de las políticas públicas educativas y sus correspondientes programas. En este sentido el Ministerio es el encargado de llevar a cabo dichas políticas en aras de mejorar la calidad de la gestión educativa.

Así, el Reglamento General de la Ley de Educación establece la creación de:

- Direcciones Nacionales.
- Oficinas Técnicas de acuerdo a las necesidades desarrollistas en materia educativa en Ecuador.
- El Consejo Nacional de Educación para el asesoramiento, planificación y ejecución, cuya responsabilidad es la de formular recomendaciones y emitir dictámenes vinculantes, en función de estudios específicos.

Por otro lado se llevó a cabo también un proceso de descentralización ministerial con la Subsecretaría Regional de Educación (sita en Guayaquil). Descentralización ejecutiva asumida por las Direcciones Nacionales y Provinciales.

La Dirección Provincial de Educación, se encarga de la administración del sistema educativo en cada una de las Provincias del país y también de la ejecución de las políticas educativas en sus diferentes niveles.

Otra institución importante es el Consejo de Educación Superior, que define la política universitaria cuyo propósito es: “planificar, dirigir, regular, coordinar, controlar y evaluar el sistema de educación a nivel superior” Este Consejo de Educación Superior sustituyó al CONESUP según se regula la Ley Orgánica de Educación Superior (LOES, 2010).

En cuanto a la evaluación de la reforma educativa, se puede decir que todavía hace falta una adaptación más precisa al momento actual a fin de alcanzar estándares de calidad superiores en la gestión y administración educativa con vistas a una homogenización integradora en la UNASUR.

Para ello, el Ministerio de Educación diseñó el Plan Decenal de Educación del Ecuador 2006-2015 cuya prioridad gira en torno a la inclusión, la pluriculturalidad y la multiétnicidad y el fortalecimiento de la equidad.

Según dicho plan decenal (Ministerio Educación Ecuador, 2006-2015) los objetivos estratégicos perseguidos son:

- Marco Curricular: Diseñado para consolidar una reforma curricular que vincule los diferentes niveles y modalidades del sistema educativo en consonancia con la realidad socio cultural, lingüística, y tecnológica. En esta fase se está aplicando el nuevo currículo de la educación general básica, el currículo de bachillerato y el nuevo currículo de la formación inicial docente.
- Marco de Talento Humano: Orientado a una renovación en la formación inicial del personal docente, y capacitación del personal administrativo que coadyuve en el mejoramiento de la calidad de vida, y su aplicación está en

marcha mediante el nuevo sistema de carrera docente, el nuevo sistema de desarrollo profesional, nuevo sistema de supervisión educativa y el sistema de capacitación del personal administrativo.

- Marco Financiero y de Gestión: Tendiente a garantizar y mejorar el financiamiento del presupuesto que asegure la respectiva gobernabilidad, para lo cual se está aplicando nuevas estrategias de descentralización y desconcentración.
- Marco de Rendición de Cuentas: Consistente en fomentar una activa participación ciudadana con el objetivo de promover la rendición de cuentas en los diversos niveles del sistema educativo. En tal virtud se está aplicando el sistema de evaluación de la calidad.
- Marco Legal: A través de toda la normativa establecida se regula las funciones y los procesos del sistema educativo del país con la nueva ley de educación y su respectivo reglamento.

Actualmente las transformaciones sociales de los últimos 20 años van de la mano de la globalización, y su impacto es general, así no sólo en la economía, o en la estructura social, sino también en la generación de modelos basados en el desarrollismo (ya clásico) basados en la competitividad y que genera una escena muy diferente en la educación y configuran nuevas perspectivas y metas en referencia a la calidad, educativa, a la equidad de la misma, y a su eficacia (por encima de su eficiencia).

Todo este encaje de aspectos se enfocan hacia una especialización gestora y docente del sistema educativo y que cada docente y/o gestor se involucre en todas las partes del proceso: planeación, ejecución, seguimiento y evaluación de los programas institucionales. Se pretende así aumentar la calidad de los servicios eficientemente.

Para ello es necesario que la gestión educativa participe de la gestión de la eficiencia y eficacia. Se entiende por Gestión Educativa:

*“Un conjunto de procesos teórico-prácticos integrados horizontal y verticalmente dentro del sistema educativo, para cumplir los mandatos sociales. Es un saber de síntesis capaz de ligar conocimiento y acción, ética y eficacia, política y administración en procesos que tienden al mejoramiento continuo de las prácticas educativas; a la exploración y explotación de todas las posibilidades; y a la innovación permanente como proceso sistemático”.* (Pozner, 2000)

La reforma educativa ha sido objeto de numerosas investigaciones, mucho más pormenorizadas debido a su gran importancia.

La reforma ha tenido numerosos impactos desde diferentes ámbitos: desde el ámbito económico encaminada a la reducción de costos (mediante la descentralización educativa) y a la gratuidad elemental en aras de la inclusión (por mandato constitucional); en el ámbito político con la responsabilidad del Estado y los gobiernos descentralizados; y en el ámbito educativo a fin de mejorar la calidad.

Como afirman Vásquez y Betancourt (et al.) en las conclusiones sobre su Análisis de la Reforma Educativa en el Ecuador (Vásquez Flores, Betancourt Gonzaga, Chávez Cruz, Maza Íñiguez, Herrera Freire, & Zuñiga Reyes, 2014) se puede concluir que la reforma de la educación ecuatoriana, ha sido creada en primer lugar buscando contribuir con una función social de trascendencia a la actual sociedad denominada del conocimiento, por otro lado, el propósito de la reforma educativa está orientado a la educación de calidad, pertinencia y calidez sustentada en valores, que conlleve a la formación de la persona, no sólo para el trabajo y la competencia, sino y sobre todo, para el buen vivir en comunidad. De este modo la reforma educativa abarca desde el nivel inicial, básico y bachillerato, integrándola como parte estratégica del desarrollo sostenible del país, sobrepasando el 6% del P.I.B en inversión presupuestaria en educación.

#### **4. Ley Orgánica de Educación Intercultural (LOEI)**

En Agosto de 2012 el *Contrato Social por la Educación* hace un llamado a realizar un análisis detenido del Reglamento a la Ley Orgánica

de Educación Intercultural (LOEI), que “visibilice los aspectos positivos y negativos en sus ámbitos fundamentales”:

Algunos temas como el sistema de notas, las nuevas oportunidades para ganar el año y otros que resultan novedosos, si bien son destacables, pueden resultar distractores de otros aspectos sustantivos que, sin duda, tendrán repercusión sobre las nuevas generaciones estudiantiles.

El reglamento de la LOEI profundiza las funciones y competencias de un superministerio que se denomina como Nivel Central de la Autoridad Educativa Nacional (NCAEN), que además se perfila como el único organismo facultado para diseñar y controlar los procesos educativos del país. Todas las políticas, los estándares, los indicadores de calidad y los procesos de evaluación, serán definidos por este organismo. Sin embargo no se menciona nada sobre un procedimiento de rendición de cuentas del mismo.

El reglamento necesita incorporar mandatos constitucionales que demandan procesos participativos para la elaboración y ejecución de políticas públicas.

El nuevo cuerpo legal no contempla nada acerca de roles y funciones del Consejo Nacional de Educación, organismo creado por la Ley Orgánica de Educación Intercultural (LOEI), cuya función esencial es la creación de políticas. Tampoco señala la elaboración de un proyecto educativo nacional o un plan nacional de educación.

Establece un modelo de gestión desconcentrada para el manejo del sistema educativo nacional, a través de la categorización en zonas, distritos y circuito que están supeditados al NCAEN, que por lo tanto corren el riesgo de convertirse en figuras altamente administrativas, alejándose del sentido pedagógico de la educación.

La creación de currículos nacionales desarrollados por el NCAEN que pueden ser complementados y adaptados por las instituciones educativas, es un aspecto positivo ya que puede fomentar la creatividad y la innovación desde cada una de las instituciones que los

implementen. No obstante, todo este potencial se ve coartado en el mismo Reglamento, pues la implementación de estos currículos está autorizada exclusivamente por el Consejo Académico y la autoridad zonal.

Finalmente es importante señalar el riesgo de que el Sistema Nacional de Evaluación carezca de la autonomía e independencia requerida.

El Contrato Social por la Educación insiste en que actores educativos reflexionen y promuevan el debate sobre el Reglamento, para avizorar el tipo de Estado y de sociedad que espera el gobierno a través de la educación. (Contrato Social para la Educación, 2012)

Así tenemos que en la actual Ley de Educación Intercultural aprobada en enero del 2011, se da paso a un nuevo modelo de gestión que implementarán los distritos y circuitos educativos interculturales bilingües con el objetivo de que la administración de los planteles educativos y los trámites de las personas estén más cerca de las comunidades; y la infraestructura escolar estará a cargo de los municipios. Este proceso de descentralización educativa, que a priori pareciera contrario a la integración supranacional, no tiene por qué suponer un obstáculo para ello, ya que el manejo en unidades de gestión administrativa localizadas atiende al concepto de “glocal”. (aunando lo global y lo local)

## **5. Ley Orgánica De Educación Superior (LOES)**

La Ley de Educación Superior aprobada en 2010 establece en su Artículo 8 sus fines:

- Aportar al desarrollo del pensamiento universal, al despliegue de la producción científica y a la promoción de las transferencias e innovaciones tecnológicas.
- Fortalecer en los estudiantes un espíritu reflexivo orientado al logro de la autonomía personal, en un marco de libertad de pensamiento y de pluralismo ideológico.

- Contribuir al conocimiento, preservación y enriquecimiento de los saberes ancestrales y de la cultura nacional.
- Formar académicos y profesionales responsables con conciencia ética y solidaria, capaces de contribuir al desarrollo de las instituciones de la República, a la vigencia del orden democrático y a estimular la participación social.
- Aportar con el cumplimiento de los objetivos del régimen de desarrollo previsto en la Constitución y en el Plan Nacional de Desarrollo.
- Fomentar y ejecutar programas de investigación de carácter científico, tecnológico y pedagógico que coadyuven al mejoramiento y protección del ambiente y promuevan el desarrollo sustentable nacional.
- Constituir espacios para el fortalecimiento del Estado Constitucional, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico.
- Contribuir en el desarrollo local y nacional de manera permanente a través del trabajo comunitario o extensión universitaria.

Así pues, la Ley Orgánica de Educación Superior que legisla el sistema de educación superior en el país, tiene como objeto primordialmente garantizar el derecho al acceso universal de una educación superior de calidad. Como se ha mencionado, el artículo 3 de la Ley Orgánica de Educación Superior (LOES) estipula los fines de educación superior y refiere: “La educación superior de carácter humanista, cultural y científica; constituye un derecho de las personas y un bien público social que, de conformidad con la Constitución de la República, responderá al bien público y no estará al servicio de intereses individuales y corporativos”. (Ley Orgánica de Educación Superior, 2010)

Conforme a esto, la Universidad debe tener la capacidad de solventar necesidades sociales, y procurar una sociedad más demo-

crática, garantizar derechos en pro del desarrollo y estímulo de las capacidades individuales y colectivas, que generen mayor riqueza material e inmaterial al país. En este nuevo contexto, el conocimiento se entiende como un bien común enmarcado en la nueva filosofía implantada por el Plan Nacional para el Buen Vivir que se propone transformar radicalmente la universidad, para transformar con ello la sociedad.

En este sentido la Ley Orgánica de Educación Superior va a viabilizar de mejor manera la educación, sobre todo en el ámbito curricular, garantizando una educación universal sin discriminaciones.

## **6. Incidencia de la Reforma Educativa Ecuatoriana en el Proceso de Integración**

El Plan de Integración Educativa nace con la creación del ya nombrado COSECCTI y se materializa en el CES. Así, El Consejo Suramericano de Educación, Cultura, Ciencia, Tecnología e Innovación, tiene como objetivo general promover la integración y desarrollo regional en sus diferentes campos de acción, para la cual se han realizado avances importantes como la aprobación de sus hojas de ruta para el período 2010-2011.

Para el efecto el Consejo funciona a través de grupos de trabajo establecidos un grupo en el área de Educación, con un subgrupo de Educación Superior; otro grupo en el área de Cultura y un tercer grupo en el área de Innovación; los mismo que presentarán sus respectivos planes de acción para la aprobación ante el Consejo.

En este sentido el grupo especializado de educación propuso que para el área de educación básica y bachillerato, secundaria o media, se trate de programas de educación intercultural bilingüe a nivel comunitario, programa de incorporación de lenguas suramericana, así como una red suramericana de bibliotecas. En lo que respecta a la educación superior se propuso fomentar la calidad de la educación de las instituciones de América del Sur, así como la homologación de títulos universitarios, el fortalecimiento de los procesos de acre-

ditación de las universidades y programas de becas suramericanas de intercambio.

En ese contexto los doce países que conforman la Unión de Naciones Suramericanas, acordaron la homologación de los títulos de educación superior entre los Estados Miembros, teniendo como propósito promover la calidad de la educación. Con la aprobación de este acuerdo los universitarios graduados de Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Chile, Ecuador, Guyana, Paraguay, Perú, Surinam, Uruguay y Venezuela; contarán con la posibilidad de homologar sus títulos en cualquier país de la región.

A partir del 12 de septiembre del 2010, se llevó a cabo la II Reunión de Ministros de Educación y Cultura del Consejo Suramericano, celebrada en Buenos Aires, Argentina, en la cual se definieron acciones para la cooperación, el intercambio de información, experiencias, promoción de políticas públicas en temas de educación y cultura y programa de becas.

Las hojas de rutas aprobadas han sido, en primer lugar la Educación Básica y Bachillerato, Secundaria o Media; y segundo lugar Subgrupo de Educación Superior.

Cabe destacar que el marco de la reunión sobre la Cultura de Iberoamérica, realizado el 12 de septiembre del 2010, con la participación de los representantes de los países Iberoamericanos se firmó un acta de compromiso bajo el lema “Cultura e Inclusión Social”, y en la cual se dejó sentado como base la realización del IV Congreso Iberoamericano de Cultura que se celebró en mayo del 2011 en la ciudad de Mar de Plata, Argentina; cuyo lema fue “Cultura, Política y Participación Popular” centrándose en las relaciones entre estos ámbitos. Y cuyas conclusiones fueron relevantes:

*Se reflexionó acerca de la relación entre la economía y la cultura, destacando que es necesario que ambas logren reforzarse mutuamente, sin que la cultura se incorpore a la lógica del mercado. Se reconoció la importancia de la ciencia dentro de la cultura, y se la consideró un modo de entender creativamente el mundo. Se propuso el fortalecimiento de un modelo*

*económico alternativo, que involucre la noción de diversidad cultural y creativa, y que incorpore la intervención de los recursos del Estado. En el marco de la democratización del acceso a las nuevas tecnologías, el desarrollo de la economía y de la creatividad debe pensarse a partir de un enriquecimiento recíproco. (DGD, 2011)*

Previo a este congreso se han realizado otros desde 2008 hasta la actualidad, destacando especialmente el de 2009, en Sao Paulo (Brasil) en este caso bajo el lema “Cultura y transformación social”.

Por otro lado, volviendo a aquella reunión de 12 de septiembre de 2010, los países confirmaron la decisión de orientar las políticas públicas en el ámbito de la cultura orientada en la consolidación de escenarios comunes, que coadyuven al fortalecimiento de la Cultura, y constituya un canal efectivo en el desarrollo de los países.

Además se acordó encargar a la Secretaría General Iberoamericana (SEGIG) y a la Organización de Estados Iberoamericanos (OEI), el establecimiento de un plan estratégico para la colaboración de empresas e instituciones de carácter privado, con el objetivo de conseguir la financiación de proyectos culturales públicos; así como apoyar el Programa Iberrutas de la Secretaría de Cultura de Argentina.

Con estas bases se procura realizar un trabajo de manera conjunta entre los países, para crear un catálogo de buenas prácticas en políticas nacionales en cultura e inclusión social, constituyéndose en aportes importantes para la definición de contenidos en la realización del IV Congreso Iberoamericano de Cultura.

De igual manera se ratificó el interés de impulsar la inclusión y la participación de los colectivos culturales y artísticos, comunidades, pueblos originarios en las actividades y programas del Consejo, como la instancia política de la Unión de Naciones Suramericanas. Se manifiesta que la Universidad Amazónica sería una de las primeras instituciones en crearse, de acuerdo con la nueva Ley de Educación Superior y cuya especialidad se determinará de acuerdo a las necesidades de la zona, la misma que contará con la asesoría del Gobierno de Brasil.

Se manifiesta que el Programa de la UNASUR, sobre la profesionalización de docentes para el acceso a becas, es liderado por Argentina; en lo que respecta a la educación intercultural bilingüe comunitaria, estará liderado por Bolivia.

En el aspecto de la cultura, se indica la creación de la red de televisoras públicas y comunitarias, canales culturales y educativos que incluyan programas de intercambio institucional sobre patrimonio.

Además se planteó la creación del programa regional de derechos culturales, el programa editorial Colección 200 Bicentenario “Cultura e historia compartida” y un programa de fortalecimiento regional para rutas suramericanas.

En lo que respecta a Ciencia y Tecnología se fomenta los programas regionales de intercambio profesional, transferencia de conocimientos mediante la televisión digital interactiva y la creación de una agenda de investigación en biotecnología y nanotecnología.

Se trata destacar el rol importante que deben cumplir las políticas científico-tecnológicas y especialmente la promoción de la innovación, para evitar que los países de la región padezcan de problemas monetarios y comerciales producto de la crisis económica.

En la actualidad Argentina ostenta la Presidencia del Grupo de Trabajo de Cultura del Consejo Sudamericano de Educación, Cultura, Ciencia, Tecnología e Innovación, en este sentido organiza el I Foro de Contenidos Culturales en Televisoras Públicas y Comunitarias de UNASUR realizado durante los días 24 y 25 de noviembre, en el cual participan expertos de Argentina, Brasil, Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador y Venezuela.

El Foro hará una revisión sobre las televisoras de la región, sobre la cual elaborará un diagnóstico de contenidos culturales en los medios públicos y comunitarios, de tal manera que se busque nuevas formas de intercambio entre los países integrantes de UNASUR.

Cabe mencionar la movilidad académica entre los países del MERCOSUR, que han logrado que 48 estudiantes argentinos parti-

cipen durante el año 2009, en el Programa de Movilidad Académica Regional (MARCA) del MERCOSUR, programa que empezó a funcionar de manera experimental en el año 2006, promovido por el sector educativo del bloque suramericano, tomando como bases los lineamientos planteados en el Plan Estratégico 2001-2005; que definió las áreas prioritarias para la Educación Superior, como la acreditación, la movilidad y la cooperación interinstitucional.

Todo este proceso ha permitido el intercambio de estudiantes con el fin de promover la cooperación interinstitucional e internacional, así como el fomentar el conocimiento recíproco sobre la formación académica de las carreras de grado, y el perfeccionamiento de los procesos de formación de los países del Mercosur. En la actualidad se indica que los intercambios de estudiantes han realizado en carreras como: Medicina, Ingeniería Agronómica, Ingeniería Mecánica, Ingeniería Química, Ingeniería Electrónica, Ingeniería Civil e Ingeniería Industrial.

Es necesario destacar que la XX Cumbre Iberoamericana realizada en Argentina, por los Jefes y Jefas de Estado y de Gobierno, tuvieron como tema central de la reunión la **Adopción del proyecto educativo “Metas 2021”**. El mismo que cuenta con 11 objetivos, un plan de trabajo y un presupuesto de 100.000 millones de dólares hasta el 2021. Este proyecto tiene como propósito lograr una educación de calidad que permita la inclusión social, utilizando los nuevos enfoques tecnológicos, obteniendo de esta manera una cobertura universal tanto en primaria como en secundaria que coadyuve a una total alfabetización antes del 2015.

**LOS GRUPOS DE TRABAJO ESPECIALIZADOS:** La tarea realizada por los Grupos de Trabajo Especializados, están contenidos en el artículo 7 del Estatuto para el Consejo Suramericano de Educación, Cultura, Ciencia, Tecnología e Innovación (COSECCT).

Teniendo como puntos principales los siguientes:

- Cada Grupo de Trabajo Especializado en sus respectivos ámbitos de aplicación como: educación, cultura, ciencia,

tecnología e innovación; estará conformado por al menos un delegado designado de cada Estado Miembro.

- Cada uno de los Grupos de Trabajo, de acuerdo al área de su competencia elegirá un presidente y un secretario técnico para el efectivo desarrollo de sus funciones.
- Cada uno de los Grupos de Trabajo gozará de autonomía para el desarrollo de sus actividades, en coordinación con la Presidencia del Consejo.
- Cada uno de los Grupos de Trabajo Especializado, podrá realizar las reuniones necesarias en cualquier país miembro, para el mejor desenvolvimiento de sus actividades.
- Los Grupos de Trabajo podrán sesionar y hacer propuestas contando con el quórum necesario de la mitad más uno de los Estados Miembros.

El artículo 8 establece las funciones y atribuciones de los Grupos de Trabajo, tenemos las siguientes:

- Formular planes, programas, proyectos y acciones de acuerdo a su competencia, sin que ello afecta a la articulación de los Grupos de Trabajo.
- Poner a consideración del Consejo de Delegados y Delegadas los respectivos planes, programas, proyectos y acciones.
- Evaluar los planes, programas, proyectos y acciones propuestos por los diferentes Grupos de Trabajo y que han sido implementados por el Consejo.
- Proponer las estrategias y mecanismos necesarios para la difusión de los planes, programas, proyectos y acciones; y la revisión de los resultados.

## CONSEJO ASESOR DE LAS METAS 2021 A LA XXIV CONFERENCIA IBEROAMERICANA DE EDUCACIÓN

Según publica el *Contrato Social por la Educación* con respecto al informe 2014 (Consejo Asesor-OEI, 2014):

*El 24 de septiembre del 2014, el Contrato Social por la Educación (CSE) junto a la Organización de Estados Iberoamericanos para la Educación, la Ciencia y la Cultura (OEI) presentaron el Informe del Consejo Asesor de las Metas 2021 a la XXIV Conferencia Iberoamericana de Educación, integrada por los Ministros de Educación y realizada en México D.F., el pasado 28 de agosto de 2013.*

*En el encuentro participaron delegados de organizaciones sociales, instituciones, organismos internacionales, función pública, empresa, medios de comunicación y universidades.*

*El informe resaltó los avances en acceso a escuelas y colegios realizados por los países Iberoamericanos en los últimos años, además sugirió modificaciones a las políticas educativas que apunten al mejoramiento de la calidad de la educación. (Contrato Social para la Educación, 2014)*

*El Consejo Asesor está integrado por un conjunto de representantes de 33 entidades y organizaciones sociales de 21 países que tienen relevancia regional, entre las cuales se encuentra el Contrato Social por la Educación. Su principal función es acompañar y monitorear los informes anuales de avance de las Metas Educativas y hacer efectiva la participación de la Sociedad Civil para alcanzar los resultados comprometidos (Contrato Social para la Educación, 2014)*

## 7. Proyecto Regional de Educación para América Latina (PRELAC)

Es el Proyecto Regional de Educación para América Latina y el Caribe, que se constituyó como una plataforma regional con el propósito de ampliar la cobertura del sistema educativo en la región así como reducir los índices de analfabetismo existente. Su antecedente histórico se remonta a Cochabamba (Bolivia), en marzo de 2001; donde los miembros de la región solicitaron a la UNESCO, imple-

mentar un proyecto regional que contemple las políticas educativas en la región y sirvan de apoyo en la calidad de la enseñanza.

Posteriormente con la Primera Reunión Intergubernamental del Proyecto Regional de Educación para América Latina y el Caribe celebrada en La Habana en noviembre del 2002, los Ministros de Educación aprobaron el Proyecto Regional de Educación para América Latina y el Caribe como un mecanismo eficaz en la determinación de las políticas educativas. En marzo del 2007 se realizó en Argentina la Segunda Reunión de Ministros de Educación en donde se evaluó la situación educativa en América Latina, llegando a consensos sobre recomendaciones en la orientación de estrategias educativas en los siguientes años.

Como resultado de estas conferencias se observó que todavía existen graves problemas en el área de educación en la región, pues el analfabetismo continúa con altas cifras en jóvenes y adultos, deficientes niveles de formación científica y tecnológica, falta de formación pedagógica en los docentes, serios problemas de inequidad, entre otros.

El Proyecto Regional para América Latina y el Caribe (PRELAC), con el objetivo de articular la cooperación en materia de educación se “constituye como un foro técnico y político que promueve el diálogo, la construcción conjunta de conocimientos y el intercambio entre las autoridades de los sistemas educativos, docentes, profesionales de la educación y otros actores sociales involucrados”(UNESCO, 2015)

En este contexto se impulsa la educación para todos (EPT), orientada a acceder a una educación básica de calidad y sin exclusiones para todos y todas con igualdad de oportunidades.

El PRELAC para la consecución de sus fines ha incorporado cuatro principios esenciales en la lucha por la universalización de la educación.

- **De los insumos y la estructura a las personas.** Este principio motiva a las personas a desarrollar sus capacidades de manera óptima, así como utilizar adecuadamente los insumos que obtienen con una nueva y moderna visión de los procesos educativos.
  - **De la transmisión de contenidos al desarrollo integral de las personas.** Esto implica el nivel de inserción al que deben acceder las personas para obtener un desarrollo integral que no solo les permita superar el aprendizaje como tal sino abarcar de manera efectiva su formación como verdaderos seres humanos.
1. **De la homogeneidad a la diversidad.** Se busca la construcción de la identidad de las personas reconociendo la igualdad de oportunidades y las diferencias de carácter cultural, social e individual eliminando las barreras que impiden la plena participación de los grupos sociales.
  2. **De la educación escolar a la sociedad educadora.** Se propone contar con una educación plena que satisfaga las expectativas de las personas tendientes a desarrollar capacidades y constituirse en una sociedad educadora que responda a las exigencias del mundo actual.

Además de los principios antes descritos, se han incorporado otros elementos llamados Focos Estratégicos que se los definen como temas centrales que los países han considerado importantes y están incluidos en las metas de Educación para Todos:

1. Este primer foco se refiere a los contenidos y prácticas en la educación desarrollando competencias adecuadas basadas en los cuatro pilares de aprendizaje manifestado en el Informe a los que se refiere a: aprender a ser, a conocer, a hacer y a vivir juntos. El PRELAC además señala como punto importante el aprender a emprender.

El segundo foco se enmarca en la preparación eficaz del docente, una verdadera:

2. Capacitación que responda a las exigencias del siglo XXI y la participación en el diseño de las políticas educativas que logren establecer prioridades en un proceso de cambios y transformaciones requeridos por la región.
3. El tercer foco promueve que las escuelas puedan convertirse en comunidades a través de las cuales las personas puedan tener una mayor participación y aprendizaje. Se trata de mejorar la calidad de educación con contenidos de valores éticos y democráticos que permitan tener personas competentes.
4. Cuarto Foco hace referencia a la gestión educativa como mecanismo importante en la igualdad de oportunidades en el aspecto de aprendizaje que conlleve a una transformación del sistema educativo reconociendo la diversidad y heterogeneidad de las necesidades de educación.
5. Propone compromisos serios en la obtención de resultados en la responsabilidad social por la educación, insertando políticas públicas que articule del sistema educativo, la colectividad escolar y la sociedad en su conjunto.

El PRELAC se ha constituido en el proyecto de educación que ha logrado introducir observaciones y prioridades genéricas de los países de América Latina y el Caribe en el área de educación, manteniendo una misma línea con el movimiento mundial de Educación para Todos con los objetivos establecidos en Dakar y de esta manera alcanzar las metas en la calidad de la educación.

Lamentablemente la crisis económica, social y política sufrida por América Latina durante la década de los 80 y 90 han influenciado negativamente en la calidad de educación, la falta de empleo limitaba la posibilidad de acceder a satisfacer las necesidades, así como la desigualdad en la distribución del ingreso lo que originó pobreza

en muchos sectores y se constituyó en un factor determinante para acceder a los principales servicios básicos y consecuentemente provocaba altos niveles de deserción escolar.

Es preciso entonces que América Latina y el Caribe mejoren la distribución del ingreso y las condiciones que permitan avances importantes en todos sus niveles, considerando a la educación como pilar fundamental en el crecimiento económico de los países “al dotar de capital humano a los agentes y permitir su incorporación a los procesos productivos utilizando nuevas tecnologías, lo que haría más competitiva a la economía”. (Revista-PRELAC, 1999)

En la actualidad el nivel de instrucción que se debe alcanzar le debe permitir a la persona insertarse en un mercado de trabajo, según las metas del milenio establecidas por las Naciones Unidas se indica que las personas deben asegurar la terminación de la educación media para todos.

De acuerdo con datos obtenidos a partir de 1999 por parte del PRELAC es notorio que ha habido avances importantes en la universalización de la educación en los países de América Latina y el Caribe. Así por ejemplo se manifiesta que la cobertura de la enseñanza primaria subió de 88% a 93%, y en el caso del acceso a la secundaria ha sido de 70%. Pero todavía falta mucho a los países de la región para estar acorde con los estándares internacionales porque persiste todavía niveles bajos en comparación con los países europeos y asiáticos. Chile es un ejemplo en la aplicación de reformas educativas a partir de la década de los 90 por la creciente expansión de la educación secundaria. (UNESCO, 2015)

En tal virtud las reformas que se aplican se dirigen a la expansión del sistema educativo que va desde la universalización de la educación primaria a una universalización de la educación secundaria y han tenido mayor éxito en algunos países que en otros. Existe la necesidad de ampliar el debate sobre la educación como base de la formación del capital humano y de producción que contribuyen a reducir la brecha entre los países y tener grandes desafíos el área educativa.

## 8. Otras Declaraciones, Convenios y Acuerdos Internacionales Pertinentes en Materia de Integración Educativa en Suramérica

Partiendo desde un concepto integral y sistémico del desarrollo, se plantea a la educación como el pilar fundamental en las políticas de desarrollo de los países, como herramienta necesaria para formar y capacitar a cada individuo frente a una sociedad que vive grandes desafíos a nivel mundial y cuyas transformaciones implican contar con un sistema educativo de calidad.

En esta perspectiva dentro de los Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM), cuya declaración fue aprobada por 189 países, incluyen 8 objetivos que se plantean alcanzar hasta el año 2015; dentro de los cuales se hace referencia al objetivo dos que trata específicamente sobre el logro de la enseñanza primaria universal. En el caso ecuatoriano se manifiesta que 9 de cada 10 personas entre 5 y 14 años acceden a la educación básica, y que solo 1 de cada 2 personas mayores de 14 años terminan el nivel de instrucción básica. *“Las disparidades según quintil de consumo, etnia y área de residencia muestran brechas que deben reducirse atendiendo al 40% más pobre de zonas rurales y preferentemente indígenas y afro descendientes”* (Programa de las Naciones Unidas. Objetivos del Milenio, 2000)

Se destaca además el objetivo tres, referente a la promoción de la igualdad entre los géneros y la autonomía de las mujeres; que muestra igual número de mujeres en el nivel superior y en algunos casos superior al de los hombres en los diversos niveles de educación; alcanzando a cumplirse esta meta antes del 2015.

Estos objetivos consolidan la mayoría de los compromisos asumidos por los países en forma separada en algunas cumbres y conferencias realizadas por las Naciones Unidas desde la década de los noventa.

A continuación se reseña el conjunto de compromisos internacionales asumidos se vieron reflejados en las Declaraciones que se refieren a la educación.

Así tenemos por ejemplo la Declaración de Madrid realizada en Madrid en el 2005, se expresa la voluntad de impulsar a la educación, reconociendo que el conocimiento es el gran capital del siglo XX, incluyendo la formación del recurso humano para la democracia, el desarrollo económico y social y la integración de los países cuyo enfoque está dado por la innovación científica y tecnológica.

En esa cumbre se planteó el tema de educación como una de las prioridades de la cumbre, en la cual sus representantes se comprometieron a promover esfuerzos que favorezcan a la educación como factor impulsor del desarrollo.

La Declaración de Salvador de Bahía, realizada en Brasil también abarco el tema de la educación orientada a la promoción de las tecnologías más adecuadas en beneficio del desarrollo económico y social. Esta temática comprendió la inclusión de una educación básica de calidad para todos, la renovación de la educación técnica y profesional entre otros.

Para el logro de estos aspectos se indicó la necesidad de implementar las estructuras de educación de manera flexible que contemple la enseñanza abierta y a distancia incorporando las Tecnología Información y de la Comunicación -TIC.

La Declaración de Salamanca, desarrollada en el marco de XV Cumbre Iberoamericana, celebrada en Salamanca España en el año 2005, en la que se adoptaron compromisos importantes como el logro de un Espacio Iberoamericano del Conocimiento encaminado a la transformación de la educación superior, vinculando de esta manera la investigación, innovación y desarrollo, que contribuyan a obtener mejores niveles de productividad y por ende a contar con altos índices de competitividad en los países de la región.

Otro aspecto que trató esta Cumbre, es el intercambio de experiencias en materia de alfabetización que contemplen acciones de investigación de planes regionales dentro de los cuales se destaca el Plan Iberoamericano de Alfabetización cuya finalidad es la de decla-

rar a la región iberoamericana libre de analfabetismo entre los años 2008 a 2015.

Declaración de Lisboa, desarrollada en el marco de la XIX Cumbre Iberoamericana, Estoril-Portugal, celebrada por todos los jefes de Estado y de Gobierno, en diciembre del 2009 teniendo como temática “Innovación y Conocimiento”. Se plantea en este sentido dar prioridad a la innovación, enmarcadas en las estrategias nacionales de desarrollo de los países con la debida implementación de las políticas públicas que favorezcan a la equidad, inclusión y justicia social.

Dentro de los acuerdos establecidos se planteó la necesidad de impulsar en las universidades mecanismos de emprendimiento y de valoración de la investigación científica y tecnológica desarrolladas acorde con las exigencias actuales y contribuyan a la reducción de las asimetrías en la región. Por otro lado se implementó como objetivo el impulso de estrategias dirigidas a la universalización de las TICs, y el desarrollo de los contenidos digitales como programas de alfabetización digital y tecnológica que aseguren de manera general la apropiada utilización del conocimiento.

También se propuso impulsar la formación de talentos y recursos humanos en innovación científica y tecnológica, y de esta manera promover a los jóvenes a estudiar carreras científicas para mejorar la calidad y eficiencia en nuestras sociedades, se destaca además estimular el intercambio y la transferencia de tecnologías con una concepción de innovación abierta entre empresas y gobiernos de los países de la región.

La Declaración de Mar del Plata, con ocasión de la XX Cumbre Iberoamericana, celebrada en Argentina en diciembre del 2010, por los jefes de Estado y de Gobierno, centraron sus ponencias sobre la educación para la inclusión social, comprometiéndose como comunidad iberoamericana a avanzar en la consecución de un objetivo común para construir sociedades más justas, democráticas, participativas y solidarias basados en aspectos de cooperación e integración en materia cultural y educativa.

En este marco se aprobó el promover la universalización de la educación de calidad como un derecho fundamental de las personas, que el principio de igualdad de oportunidades contemple la cobertura universal y gratuita de la educación primaria y secundaria así como dar mayor impulso a la capacitación y educación continua.

El Plan Iberoamericano cumple con los compromisos internacionales que han sido determinados en la Agenda de la Quinta Conferencia Internacional de Educación de personas Jóvenes y Adultas (EDJA), la Conferencia Internacional de Educación de Adultos (CONFITEA) 1997; la iniciativa la Educación para Todos (Dakar) 2000; los Objetivos del Desarrollo del Milenio 2000; y el Proyecto Regional (PRELAC) 2002.

En consecuencia, de lo manifestado anteriormente, la realización de estas cumbres demuestra la preocupación de los Presidentes y Jefes de Gobierno por la educación como instrumento decisivo en la lucha por el desarrollo, es así que en las agendas ha prevalecido como temas centrales el desarrollo y educación, impulsando la implementación de políticas educativas y programas de cooperación que permita la armonización de los sistemas educativos.

En cada uno de los países sus respectivos Ministerios de Educación promueven la creación de políticas educativas dirigida a mejorar los índices de educación en todos sus niveles; y el Ecuador en consonancia con el progreso de la ciencia y tecnología ha realizado algunas reformas tanto en el nivel inicial, medio y superior que han sido implementadas de manera paulatina; como las reformas realizadas en el campo universitario que sin lugar a dudas se tornaban indispensables; pues apenas hace dos años el país no contaba con información básica sobre el sistema de educación superior a nivel nacional.

## *Capítulo VII*

# MARCO CONSTITUCIONAL Y LEGAL PARA LA MIGRACIÓN FORZADA EN ECUADOR

## CONSTITUCIONAL AND LEGAL LAWS FOR FORCED MIGRATION IN ECUADOR

*Germán Mosquera Narváez*<sup>78</sup>

### **Dedicatoria**

A los migrantes en el mundo: las fronteras no existen, son producto de la limitación humana.

### **Resumen:**

El presente texto recoge de manera pormenorizada, a manera de catálogo, el marco constitucional y legal que el Ecuador ha establecido para la protección y garantía de los derechos relacionados a la movilidad humana en un contexto de migración forzada, incluye una descripción teórico y práctica respecto al alcance y rol del Estado ecuatoriano y toda su institucionalidad, al haber adoptado, entre otros aspectos, la novedosa tesis de los estados neoconstitucionales contemporáneos en cuya visión pretende fortalecer la democracia y el respeto formal y material de los derechos humanos, incluye también un breve análisis de como la inclusión de los instrumentos de los tratados internacionales de derechos humanos como parte del ordenamiento jurídico ecuatoriano, así como define las

---

78 **MSc. Germán Mosquera Narváez.** Docente de la Universidad Tecnológica Indoamérica Sede Quito, Magister en Ciencias Internacionales en la Universidad Central del Ecuador, actualmente es maestrante en Derecho Constitucional en la Universidad Indoamérica. Sus líneas principales de investigación son políticas públicas, democracia, derechos humanos, migración y ambiente. Ha colaborado en la construcción políticas públicas en el Ecuador. Ha participado en la consolidación de políticas ambientales relacionadas con la bioeconomía, y el uso sostenible de la biodiversidad ecuatoriana, entre otros.  
germanmosquera@uti.edu.ec / gmosquerlaw@gmailcom

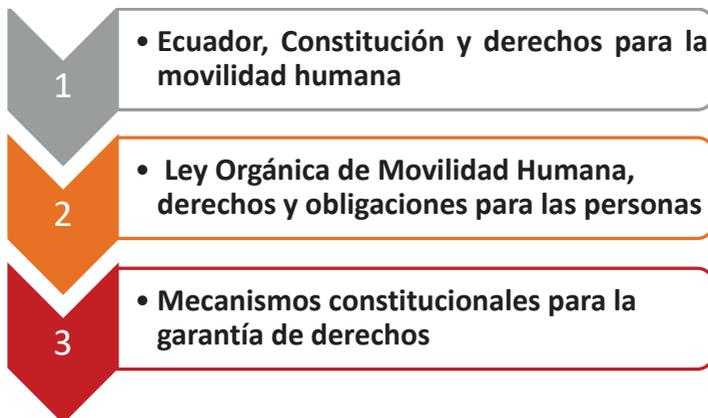
principales garantías jurisdiccionales creadas para el efectivo cumplimiento de los derechos.

**Palabras clave:** *derechos, estado de derechos, garantías constitucionales, migración forzada, tratados internacionales.*

**Abstract:**

This text gathers in a detailed manner, as a catalog, the constitutional and legal framework that Ecuador has established for the protection and guarantee of rights related to human mobility in a context of forced migration, including a theoretical and practical description of the scope and role of the Ecuadorian State and all its institutionalism, having adopted, among other aspects, the novel thesis of contemporary neo-constitutional states in whose vision it seeks to strengthen democracy and formal and material respect for human rights, it also includes a brief analysis of how the inclusion of the instruments of international human rights treaties as part of the Ecuadorian legal system, as well as defining the main jurisdictional guarantees created for the effective enforcement of rights.

**Key words:** *rights, rights state, constitutional guarantees, forced migration, international treaties.*



## Introducción

El presente capítulo pretende dar a conocer al lector, entrenado o no en la ciencia y arte del Derecho, el marco internacional, constitucional y legal relacionado con la Migración Forzosa, vigente para la República del Ecuador, visto como una construcción teoría-ideológica en el marco del Estado constitucional de derechos y justicia social, y las garantías para su cumplimiento estimadas en la Constitución de Montecristi, además el capítulo incorpora en su análisis la visión de los Derechos Humanos en el marco del ordenamiento jurídico internacional.

En contexto, observamos la migración forzosa en el marco de los derechos para las personas en situación de movilidad humana, que dicho sea de paso es la categoría adoptada por el Ecuador para tratar los asuntos relacionados de manera general a la migración. Para el efecto puntualmente se analiza la doctrina especializada y los principales tratados e instrumentos internacionales relacionados a estos derechos, como el Protocolo sobre el Estatuto de Refugiados de 1967, la declaración de Cartagena, así como los derechos establecidos en la Constitución de la República del Ecuador, y en la Ley de Movilidad Humana, vigente desde febrero de 2017.

Cabe indicar que los derechos humanos para efectos de este estudio, son entendidos como aquellas libertades y beneficios aceptados universalmente, en el que todos los seres humanos pueden reclamar y ejercer sus derechos en la sociedad en que viven. Estos derechos están consignados en instrumentos internacionales, por ejemplo, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 1948 y los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 1966, desarrollados en otros tratados de esta naturaleza como, por ejemplo, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 1979 y la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, de 1965. (Organización Internacional para las Migraciones, 2006).

## 1. La migración forzosa en el escenario Internacional

El análisis de la migración forzosa, merece una profunda comprensión teórico-jurídica, debiendo ser atendida, en primera instancia, desde el escenario internacional, siendo pertinente aproximarnos a los diferentes conceptos y definiciones vinculados con el fenómeno de la migración, para ello hemos de observar las precisiones teóricas y normativas que se encuentran desarrolladas, tanto en la doctrina y la normativa internacional. En ese sentido, a continuación, se desarrollan aquellas concepciones terminológicas relevantes que serán tratadas en el presente capítulo.

En ese orden de ideas, atendiendo nuestra temática, la migración forzosa aparece como un término compuesto por dos palabras o conceptos individuales, que corresponden, el uno como sustantivo (migración), y el otro como adjetivo que lo califica (forzosa). Para efectos de una comprensión concreta, es necesario describir el término sustancial -migración-, bajo los usos y costumbres utilizados en el contexto internacional.

Así introduciéndonos en materia, hemos de indicar que según la Organización Internacional sobre las Migraciones (OIM), que dicho sea de paso es el Organismo de las Naciones Unidas que, entre otros fines, persigue la realización armónica de los movimientos migratorios en todo el mundo, y facilitar en las condiciones más favorables, el asentamiento e integración de los migrantes en la estructura económica y social del país de acogida, en su Glosario sobre migración, indica que la “migración es el movimiento de población hacia el territorio de otro Estado o dentro del mismo que abarca todo movimiento de personas sea cual fuere su tamaño, su composición o sus causas; incluye migración de refugiados, personas desplazadas, personas desarraigadas, migrantes económicos” (Organización Internacional para las Migraciones, 2006).

Como se puede apreciar se trata de un término general, que abarca de forma abierta una serie de conceptos y nociones de gran alcance, que centran su atención en el movimiento de personas que se trasladan de territorios motivados por diferentes causalidades, en

ese contexto es necesario avanzar hacia precisiones específicas en torno a consolidar una definición concreta, que nos ayude luego a entender su alcance jurídico.

Por su parte, la OIM en su Glosario sobre Migración, sobre el término compuesto *–migración forzada–* la considerada como “término genérico que se utiliza para describir un movimiento de personas en el que se observa la coacción, incluyendo la amenaza a la vida y su subsistencia, bien sea por causas naturales o humana” (Organización Internacional para las Migraciones, 2006), además el mencionado glosario nos da ejemplos particulares relacionados con la influencia de la coacción, donde los movimientos de refugiados o desplazados son motivados por desastres naturales, desastres nucleares o químicos, hambruna, proyectos de desarrollo, entre otros.

Así también lo expone la Declaración de Cartagena; refiriéndose a personas que, por una amenaza existente, la cual no tenga acceso a remedio o resolución doméstica en su país, se ven obligados a dejar su lugar de origen, (Coloquio sobre la Protección Internacional de los Refugiados en América Central, 1984).

En este orden de ideas, encontramos precisiones terminológicas en torno al tema de la migración forzada, en general la hemos de entender también como desplazamiento forzado, cuyo elemento principal, para observar los movimientos migratorios, será la coacción, donde las personas se han visto obligadas a abandonar sus hogares como consecuencias de amenazas a su vida, a su integridad personal, su seguridad, libertad, en definitiva, aspectos que vulneren su dignidad humana.

Cabe señalar que, como resultado de investigación para la consolidación del presente estudio, que estas definiciones deben ser consideradas como categorías jurídicas en sí mismas, es decir no tienen un sustento jurídico-normativo propio, no lo encontraremos normado como tal en los diferentes tratados e instrumentos internacionales relacionados a esta materia; sino más bien, la expresión ha de entenderse como un término amplio y genérico.

De forma particular, podemos decir que la expresión o término migración forzosa en el contexto internacional, debe ser entendida de manera genérica, es decir como un término amplio y abstracto que debe ser entendido en al tenor de sus términos, no obstante, en el Derecho Internacional encontramos al menos dos grandes categorías teórico-jurídicas que pretenden garantizar derechos relacionados a las personas en situación de movilidad, las siguientes:

- i) El asilo; y
- ii) el refugio.

Entendido entonces el significado de migración o desplazamiento forzoso, y reconociendo que se han considerado dos figuras que pretenden garantizar, o al menos dotar de instrumentos, tanto a los individuos, así como a los Estados, que aseguren una movilidad humana ordenada; hemos de encontrar en el Derecho Internacional, el Derecho de *asilo*, así como el Derecho al refugio respectivamente, conforme a continuación será desarrollado en el siguiente apartado.

## **2. Asilo y Refugio, dos categorías a precisar en el marco del Derecho Internaciona**

En la legislación internacional encontramos dos importantes derechos relacionados con personas en situación de movilidad humana, estos son, por un lado, el asilo, y por otro, el refugio, en donde se observa como ejes fundamentales de protección la libertad de las personas, quienes en particular encuentran en amenaza latente sus derechos y su dignidad humana. De allí que en el marco de los derechos humanos se han establecido convenciones y acuerdos internacionales que permiten su consolidación; de manera particular se ha desarrollado de manera especializada el Derecho Internacional de los Refugiados (DIR), cabe destacar que los principales instrumentos que regulan estos aspectos fueron promulgados en la década de los cincuentas, con pocos o nulos progresos o actualizaciones, por lo que se puede indicar que estamos ante una legislación internacional antiquísima.

En ese sentido, podemos hacer la siguiente aproximación, los cambios sociales, políticos, y económicos latentes en el siglo XXI, donde los procesos migratorios han rebasado la capacidad de atención de los Estados y las sociedades en general, esencialmente merecerían la vigencia de un actualizado y reforzado marco legal internacional que aborde estas nuevas dinámicas sociales transfronterizas, y sus diferentes ámbitos asociados, que satisfagan las diferentes necesidades de miles de migrantes, como legislación laboral, políticas migratorias, entre otros aspectos, no obstante y por el contrario, nos encontramos ante una legislación con casi setenta años de vigencia.

### 3. El Derecho de Asilo

Empezaremos indicando que el Derecho de asilo, será tratado de manera superficial en el presente capítulo, por cuanto, su configuración particular lo enmarca en la esfera de lo netamente político, y su estudio rebasa la lógica del derecho común, pues abarca un sentido amplio en la esfera de las relaciones de poder, en cuanto a las posiciones que adoptan los estados en los diferentes contextos de las relaciones internacionales. En ese sentido hemos de entender que el otorgamiento del asilo se perfecciona por obra y gracia de la voluntad autónoma de los estados, siempre que los elementos de coacción que motivan a la persona a abandonar su lugar de residencia estén directamente relacionados al poder en su relación política. Así pues, lo definirá el autor Díez de Velasco cuando indica que asilo es “La protección que un Estado ofrece a personas que no son nacionales suyos, y cuya vida o libertad están en peligro por actos, amenazas y persecuciones de las autoridades de otro Estado” (Diez de Velasco, 1994).

Por su parte, para el autor Valle Gálvez, al *asilo* le atañe una visión propia del fenómeno migratorio, señalando que: “El asilo sería un conjunto de garantías provisionales de entrada y estancia, que se concede a un extranjero por el Estado de acogida, discrecionalmente y con carácter previo al reconocimiento jurídico-administrativo del estatuto de refugiado de la Convención de Ginebra”, añade además que: “el asilo sería también la posterior protección territorial del Estado, consecuencia de la determinación de la condición

de refugiado acorde a las normas estatales internas sobre la base de la Convención de Ginebra". (Lopez Escudero, Martín y Pérez de Nanclares, 2000).

En ese sentido, hay que destacar que la figura de asilo presenta como principal característica, en cuanto que su efectivo otorgamiento, la voluntad soberana de un Estado, quedando a su plena discreción concederla o no, sin embargo, de que existen normas que permitirán definir la posición del Estado.

Por otra parte, el asilo, como categoría jurídica ha sido desarrollada en el ámbito de lo estrictamente político, acuñándose así el concepto de asilo político que efectivamente ha sido desarrollado por el Derecho Internacional, elaborándose sus propias categorías, y que, por tratarse de un tema específico de esencia política, no será tratado a profundidad en el presente texto.

En ese sentido, el asilo, al ser un derecho relacionado a la soberanía de los Estados, y considerando que una de las principales características de los estados soberanos es la capacidad de decisión y control sobre su territorio, el derecho internacional ha incorporado el derecho de asilo territorial. En virtud de aquello y aterrizando en los tratados y convenciones internacionales ratificados por el Ecuador, en la Convención sobre Asilo Territorial, en su artículo 1, principalmente reconoce el derecho que tienen los Estados, en ejercicio de su soberanía, a admitir dentro de su territorio a las personas que juzgue conveniente, sin que otro Estado pueda hacer reclamo alguno. (Convención de Asilo Territorial, 1954). Es decir, se puede apreciar en norma internacional expresa, la consolidación del derecho del Estado, para que, en ejercicio de su soberanía, decida o no brindar el asilo en su territorio a quién así lo solicite. En esa línea, la Convención ha desarrollado un esquema fuerte en torno a la protección del derecho soberano del Estado de tomar sus decisiones de forma autónoma.

Además, la Convención, y ratificando lo ya hemos indicado, desarrolla el derecho al asilo, desde una concepción netamente política, al mencionar en su artículo 2, que el derecho se reconocerá a per-

sonas de procedencia de un Estado en donde sean perseguidas por sus creencias, opiniones o filiación política o por actos que puedan ser considerados como delitos políticos.

#### 4. El Derecho al Refugio

En cuanto al derecho al refugio, a decir de la Convención sobre el Estatuto de Refugiados de 1951, modificado por el Protocolo de 1967, en su artículo lo define como “toda persona que debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él” (Naciones Unidas, 1951).

La definición de refugiado además ha sido ampliada por las Resoluciones de la Asamblea General del Organismo de Naciones Unidas (1975-1995), para la protección de las personas bajo la competencia de ACNUR, en el sentido de que se concederá el derecho a solicitar refugio a las personas que están fuera de su país de origen o de residencia habitual y no pueden o no quieren regresar a éste debido a amenazas graves e indiscriminadas.

Sobre este particular, cabe destacar que la Convención de los Refugiados y su Protocolo, es considerado como el principal instrumento jurídico internacional que define el término, y eleva además a categoría legal la condición de refugiado, estableciendo un marco de derechos para las personas refugiadas, así como también establece las obligaciones de los Estados para su protección, esta Convención hasta la actualidad ha sido ratificada por 145 Estados.

Además, la Convención de 1951, incorpora un principio esencial para quienes han sido reconocidos bajo la categoría de refugiado, este principio es el de no devolución, que consiste en que una persona refugiada no podrá ser devuelta al país de origen, donde se

enfrenta a graves amenazas a su vida o su libertad. Este principio se considera una norma de derecho internacional consuetudinario (ACNUR, 2017), es decir ha sido utilizado y respetado de manera tradicional por el uso y costumbre de los estados.

Con relación al refugio, vista desde el Convenio de Ginebra de 1951, en su artículo 1, determina en seis literales, las diferentes condiciones para que se configure el refugio, de allí su complejidad, cabe aquí indicar que este término ha sufrido una serie de modificaciones y evoluciones en cuanto a su alcance, motivado por acontecimientos históricos relacionados con el fenómeno migratorio, sobre todo referente a las dos guerras mundiales suscitadas en el siglo XX, no obstante se puede resumir en los siguientes términos.

La Convención en general, determina que cada Estado otorgará protección a aquellas personas que estuvieren en situación de refugio, observando para el efecto las regulaciones desarrolladas a la interna de cada país. Fundamental se deberá aplicar el principio de no devolución antes comentado.

## **5. Ecuador Constitución y derechos para la movilidad humana**

Empezaremos indicando que, a partir de la entrada en vigor de la Constitución de Montecristi de 2008, bajo el amparo de un *-Estado constitucional de derechos y justicia social-*, el pueblo soberano del Ecuador otorga al Estado el rol principal de garante y gestor de los derechos de las personas dentro del territorio ecuatoriano, es decir todas las funciones e instituciones que actúen en virtud de las potestades estatales deberán adoptar y adecuar su quehacer hacia políticas, programas y proyectos que asistan a las personas, nacionales o extranjeras, a la consolidación de derechos.

En esa línea, la Constitución ecuatoriana ha apostado por la consolidación de un Estado, al menos desde lo jurídico, capaz de resolver los problemas sociales provocados por la crisis sistémica actual, incluido en este contexto a la migración, en ese sentido, el Ecuador incorpora novedosas visiones teóricas en el campo de lo jurídico, que van en la línea del pensamiento neoconstitucional-garantista

contemporáneo. Para apreciar lo indicado, hemos de citar al maestro jurista Pietro Sanchis, cunado indica que estos textos constitucionales garantistas proponen:

“...se concibe la Constitución como encarnación de un proyecto político bastante bien articulado, generalmente como el programa directivo de una empresa de transformación social y política. Si puede decirse así, en esta segunda tradición, la Constitución no se limita a fijar las reglas de juego, sino que pretende participar directamente del mismo, condicionando, con mayor o menor detalle las futuras decisiones colectivas, mediante el reconocimiento de un amplio catálogo de derechos de principios, en suma, tanto en cláusulas materiales que inciden en lo que a veces se llama la agenda política; incluso en áreas como puedan ser el modelo económico, la acción del Estado, en la esfera de la educación, de la sanidad, de las relaciones laborales, etc...” (Sanchis, 2009, pág. 108)

En virtud de aquello, el Estado ecuatoriano, sus instituciones y su estructura orgánica, debe adecuarse para convertirse en un actor proactivo en el ejercicio de los derechos, con sentido además de justicia social, es decir, en la práctica deberá adecuar sus actuaciones hacia la consolidación y garantía de derechos de la población, dicho sea de paso, nacional y extranjera, a través de la implementación de políticas, programas y proyectos.

Ahora entraré a explicar el funcionamiento práctico que este tipo de estados deben adoptar al respecto de garantizar derechos, para ello, y para nuestro objeto de estudio, podemos dividir su análisis en tres instancias: i) Desde la adecuación del ordenamiento jurídico hacia la construcción de normas que garanticen derechos; ii) Desde la necesidad de construir un marco de políticas públicas que permitan el goce de los derechos; y, iii) Desde la dotación de mecanismos constitucionales que permitan evitar la vulneración de derechos.

En ese sentido, en primera instancia, en aplicación del Artículo 84 del texto constitucional, (Constitución de la República Ecuador, 2008), el Estado ecuatoriano y toda institucionalidad con capacidad de emitir normas, y principalmente la Asamblea Nacional, ha de adecuar el ordenamiento jurídico, a través de la emisión y actualiza-

ción de leyes y normas, que guarden directa relación con el sentido del texto constitucional, es decir deberán emitir normas que garanticen los derechos consagrados en la Constitución, que además, ha incorporado como derechos constitucionales, lo que se conoce como *-bloque de constitucionalidad-*, aquellos instrumentos y tratados internacionales sobre derechos humanos. En otras palabras, las normas ecuatorianas se transforman en verdaderos textos garantistas de derechos, al menos en las normas escritas.

Respecto la segunda idea, las políticas públicas y los servicios públicos a ser ejecutadas por el Estado ecuatoriano, en aplicación del Artículo 85 del texto de la Constitución, en cuanto a su formulación, ejecución y evaluación, deberá observar una serie de disposiciones que consoliden a la postre el hacer efectivo el goce de los derechos del buen vivir y todos los derechos consagrados en la Constitución, haciendo énfasis en la observancia del principio de solidaridad, en la distribución equitativa del presupuesto del Estado, y la participación de las personas, pueblos y comunidades indígenas en la construcción y ejecución de las políticas.

En relación con la tercera instancia, la Constitución de Montecristi, incorpora una serie de Garantías constitucionales, que en su esencia son novedosas, pues no habrían sido incorporadas o desarrolladas en otros textos constitucionales durante la vida republicana del Ecuador, estas garantías permiten a las personas a exigir a través vías judiciales, incluyendo a todo a aparato jurisdiccional, (juzgados, tribunales y cortes ecuatorianas), acciones que permitan evitar o frenar la violación de derechos.

Sobre el particular, los objetivos de las políticas migratorias a ser adoptadas por los Estados, acorde a las recomendaciones, fallos y opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, deben considerar fundamentalmente el respeto de los derechos humanos, situación que acorde al texto constitucional ecuatoriano calzaría de manera perfecta. En otras palabras, el Ecuador, bajo las consideraciones expuestas tiene el marco constitucional

ideal para garantizar los derechos de las personas en situación de movilidad humana.

Al respecto el texto constitucional construye en el Título II, todo un aparato de dentro de la dogmática constitucional, que permiten al Estado garantizar los derechos de las personas. En ese sentido, de manera específica los derechos relacionados a la movilidad humana están contemplados en el Capítulo III, sección III, siendo considerados como parte de los derechos de las personas y grupos de atención prioritaria.

Aquí destaca la incorporación del derecho a la movilidad humana con la consideración principal de que las personas que se trasladan de un lugar a otro (fuera de su ceno natal), serán atendidas de forma prioritaria o preferente, lo que quiere decir, acorde el artículo 36 constitucional, que las personas en situación de migración recibirán atención y tratamiento especializado tanto en los ámbitos público como privado. Veremos más adelante como se concreta este aspecto en las instituciones estatales del país.

Particularmente serán tres los artículos constitucionales que construyen o configuran los derechos a la movilidad humana a ser garantizados, los siguientes:

El artículo 40, establece el reconocimiento del ser humano al derecho a migrar, y puntualiza que ninguna persona será considerada como "ilegal" por su condición o estatus migratorio. En primera instancia el desarrollo de este derecho dispone taxativamente a las entidades correspondientes para que desarrollen acciones para el ejercicio de este derecho, con el direccionamiento hacia para personas ecuatorianas en el exterior, es decir, en una primera impresión y lectura, este tratamiento solo sería aplicable para nacionales migrantes.

Es importante destacar la consideración de la migración como un derecho, así en palabras de Pérez Ruales & Valle Franco (2009) se elimina la categoría discriminatoria de ilegal, utilizada para las personas extranjeras residentes en el país de manera irregular o carente de la documentación exigida para su ingreso o permanencia.

El consiguiente artículo 41 reconoce el derecho de asilo y refugio, mismo que por naturaleza considera a extranjeros, el derecho se configura acorde con la ley y los instrumentos internacionales de derechos humanos, considera a las personas en condición de asilo y refugio el derecho a la protección especial que los garanticen. Además, dispone que el Estado respetará y garantizará el principio de no devolución, asistencia humanitaria y jurídica de emergencia.

Por su parte, dispone que no se aplicará a las personas solicitantes de asilo o refugio sanciones penales por el hecho de su ingreso o de su permanencia en situación de irregularidad, despenalizando la situación irregular de extranjeros en el Ecuador, en otras palabras, no habrá prisión para estos casos.

El artículo 42 constitucional, prohíbe todo desplazamiento arbitrario, dispone que las personas que hayan sido desplazadas tendrán derecho a recibir protección y asistencia humanitaria emergente, esto incluye acceso a alimentos, alojamiento, vivienda y servicios médicos y sanitarios, hasta aquí lo dejaremos señalado como derecho. Veremos más adelante como actúa el Estado ecuatoriano, sobre todo, en zonas de frontera, y ciudades receptoras de personas en situación de movilidad humana.

En concordancia con los principios de atención prioritaria, enfatiza el derecho que tienen las niñas, niños, adolescentes, mujeres embarazadas, madres con hijas o hijos menores, personas adultas mayores y personas con discapacidad, a recibir asistencia humanitaria preferente y especializada.

Cabe destacar además que de conformidad con el artículo 11 numeral 3 de la Constitución, todos los derechos mencionados, además de aquellos derechos reconocidos en instrumentos internacionales de derechos humanos será de directa e inmediata aplicación por y ante servidora o servidor público, administrativo o judicial, debiendo actual de oficio o a petición de parte.

Independientemente de las razones que han motivado que las personas se encuentren en situación de movilidad humana, sean es-

tos aspectos, económicos, políticos, de seguridad, secuelas de violencia o desastres naturales, si bien no importa el origen o motivación, si interesa conocer su estatus, es decir la situación legal que ha de regir a estas personas, a fin de determinar qué derechos, que en la lógica del Estado de derechos, han sido traducidos en políticas o servicios que los consoliden.

## **6. Ley Orgánica de Movilidad Humana, derechos y obligaciones de las personas**

En el marco de lo analizado, la Asamblea Nacional ecuatoriana, expidió la Ley Orgánica de Movilidad Humana (LOMH), publicada en el Registro Oficial N° 938, 6 de febrero de 2017. Esta norma, por su carácter orgánico supone la concreción de los derechos constitucionales, donde las distintas instituciones se adecuan para garantizarlos, en ese sentido, el objeto y el ámbito de la Ley, acorde a al artículo 1, regula el ejercicio de derechos y obligaciones, institucionalidad y mecanismos vinculados a las personas en movilidad humana, incluye en esta categoría a: emigrantes, inmigrantes, personas en tránsito, ecuatorianos retornados, quienes requieran protección internacional.

Por su parte, la LOMH establece una serie de principios, ocho en total, que deberán ser observados para la aplicación de dicha ley, cabe destacar que la Constitución de Montecristi otorga la misma jerarquía de las reglas (normas), a los principios, por tanto su observancia es de obligatorio cumplimiento con rango de regla, estos principios son: Ciudadanía Universal, libre movilidad humana, prohibición de criminalización, protección de las personas ecuatorianas en el exterior, igualdad ante la ley y no discriminación, pro persona en movilidad humana, interés superior de la niña, niño y adolescente, y no devolución.

Por el alcance del presente capítulo, observemos a continuación los derechos establecidos para las personas extranjeras en el Ecuador, el artículo 42 describe a la persona extranjera, al respecto indica: que es aquella que no es nacional del Estado ecuatoriano y se encuentra

en el territorio en condición migratoria de visitante temporal o residente. Basa su característica en el vínculo de nacionalidad.

En ese sentido la LOMH, establece el reconocimiento los siguientes derechos para las personas extranjeras que transiten temporal o sean residentes en el Ecuador, a continuación, se presenta un cuadro que recoge los derechos establecidos en la Ley, el alcance y significación de cada uno de ellos:

<b>DERECHOS DE LOS MIGRANTES LOMH ECUADOR</b>	<b>ALCANCE</b>
Derecho a la libre movilidad responsable y migración segura (Art. 43).	Derecho a migrar en condiciones de respeto a sus derechos, integridad personal de acuerdo a la normativa interna del país y a los instrumentos internacionales ratificados por Ecuador. El Estado realizará todas las acciones necesarias para fomentar el principio de la ciudadanía universal y la libre movilidad humana de manera responsable.
Derecho a solicitar una condición migratoria (Art. 44)	Derecho a solicitar una condición migratoria de conformidad a lo establecido en esta Ley y su reglamento. Una vez concedida la condición migratoria de residente se otorgará cédula de identidad.
Derecho a la información migratoria (Art. 45)	Derecho a ser informadas de los requisitos y trámites necesarios para su movilidad y la obtención de una condición migratoria, previo a su ingreso al Ecuador y durante su estadía.
Derecho a la participación y organización (Art. 46)	Derecho a conformar organizaciones sociales para el ejercicio de sus derechos y la realización de actividades que permitan su integración y participación en la sociedad conforme a la normativa vigente.
Acceso a la justicia en igualdad de condiciones (Art. 47)	Derecho a, sin importar su condición migratoria, acceder a la justicia y a las garantías del debido proceso para la tutela de sus derechos, de conformidad con la Constitución, la ley y los instrumentos internacionales vigentes.

<p>Derecho a la integración de niñas, niños y adolescentes (Art. 48)</p>	<p>Las niñas, niños y adolescentes extranjeros o hijos de personas extranjeras que residan en Ecuador tendrán derecho a que las instituciones públicas y privadas del Estado, dentro del ámbito de sus competencias y capacidades, aseguren un adecuado conocimiento de la cultura, tradiciones e historia del Ecuador a fin de garantizar la integración a la sociedad ecuatoriana y entendimiento recíproco.</p>
<p>Derecho a la participación política (49)</p>	<p>Derecho al voto y a ser elegidos para cargos públicos, siempre que hayan residido legalmente en el país al menos cinco años, conforme a lo dispuesto en la Constitución y la ley.</p> <p>Las personas visitantes temporales en el Ecuador no podrán inmiscuirse en asuntos de política interna del Ecuador.</p>
<p>Derecho al registro de títulos (Art. 50)</p>	<p>Derecho a la homologación y reconocimiento de sus estudios realizados en el exterior en todos los niveles, de conformidad con la ley e instrumentos internacionales ratificados por el Estado ecuatoriano.</p>
<p>Derecho al trabajo y a la seguridad social. (Art. 51)</p>	<p>Las personas extranjeras que residan en el Ecuador tienen derecho al trabajo y a acceder a la seguridad social, para lo cual sus aportes se calcularán con base en los ingresos reales declarados para la obtención de su residencia.</p>
<p>Derecho a la salud (Art. 52).</p>	<p>Derecho a acceder a los sistemas de salud de conformidad con la ley y los instrumentos internacionales ratificados por el Ecuador.</p> <p>Las instituciones públicas o privadas de salud no podrán, en ningún caso, negarse a prestar atención de emergencia en razón de la nacionalidad o la condición migratoria de una persona.</p> <p>El Estado ecuatoriano promoverá políticas que protejan a las personas extranjeras en Ecuador en caso de enfermedad, accidentes o muerte, siendo necesario para la persona residente contar con un seguro público o privado que consolide este beneficio.</p>

**Tabla 1:** Derechos de las personas en situación de movilidad humana, Ecuador.

**Fuente:** Mosquera, 2019

Por su parte el texto legal que regula la migración en el Ecuador establece también las obligaciones de las personas extranjeras, en ese sentido el artículo 53 indica que son obligaciones de las personas extranjeras, las siguientes:

1. Registrar el ingreso y salida a través de los puntos de control migratorio oficiales;
2. Permanecer en el Ecuador con una condición migratoria regular;
3. Respetar las leyes, las culturas y la naturaleza;
4. Portar sus documentos de identidad o de viaje durante su permanencia en el Ecuador;
5. Cumplir con las obligaciones laborales, tributarias y de seguridad social de conformidad con el ordenamiento jurídico vigente;
6. Las personas residentes registrarán su domicilio o residencia habitual en la Dirección General de Registro Civil, Identificación y Cedulación. Los turistas en el Ecuador voluntariamente podrán informar su lugar de estadía y acceder al sistema de comunicación que para el efecto fije la autoridad rectora de turismo;
7. Contar con un seguro de salud público o privado por el tiempo de su estadía en el Ecuador, excepto para el caso de las personas en necesidad de protección internacional; y,
8. Las demás previstas en la ley.

## **7. Mecanismos constitucionales para la garantía de derechos**

Conforme lo hemos indicado, el presente capítulo pretende también dar a conocer las principales garantías jurisdiccionales (a ser accionadas ante instituciones públicas, juzgados, tribunales y cortes ecuatorianas), y que el legislador constituyente ha diseñado a efectos de consolidar un Estado que promueva de manera efectiva

el respecto y goce de los derechos y principios establecidos en la Constitución e instrumentos internacionales de derechos humanos, evidentemente servirán para garantizar el cumplimiento de derechos relacionados con la movilidad humana.

En las democracias constitucionales contemporáneas la forma de garantizar derechos más conocida es aquella que se ejerce ante la jurisdicción, lo cual se conoce como garantías jurisdiccionales de los derechos. En el caso ecuatoriano, la Constitución de 2008, representa un avance sustancial al establecer un amplio y completo catálogo de garantías jurisdiccionales organizadas en función de los derechos protegidos, marcando con ello un desarrollo sustancial a lo experimentado en los textos constitucionales anteriores.

Está claro que el objeto de las garantías jurisdiccionales, tal como lo concibe nuestra Constitución, es la protección eficaz e inmediata de los derechos reconocidos en nuestra Norma Suprema e instrumentos internacionales de derechos humanos, en donde el juez desempeña un rol protagónico al ser el encargado de tutelar los derechos de las personas frente a una vulneración de derechos, o ante la amenaza de vulneración de los derechos constitucionales. Precisamente, de la trascendencia que han alcanzado las garantías jurisdiccionales en el ámbito jurídico, político y social, surge la necesidad de estudiar todas y cada una de estas instituciones bajo el único afán de proteger y garantizar nuestros derechos como ciudadanos, a través de su ejercicio.

Así podemos ver como el artículo 11 del texto constitucional, en su numeral 3 dispone: “Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte”.

GARANTÍAS JURISDICCIONALES	
Constitución de la República Ecuador	CARACTERÍSTICAS Y ALCANCE
Acción de Protección (Art. 88).	<p><b>-Objeto:</b> Amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por <b>actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial</b>; contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales; y cuando la violación proceda de una persona particular, si la violación del derecho provoca daño grave, si presta servicios públicos impropios, si actúa por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación.</p> <p>-Se interpone ante cualquier juzgado del país.</p> <p><b>-Clave:</b> Densa inmediata ante la vulneración de cualquier derecho constitucional, aplicación directa respecto derechos de las personas en situación de movilidad humana.</p>
Acción de Hábeas Corpus (Art. 89)	<p>-La acción de hábeas corpus tiene por objeto recuperar la libertad de quien se encuentre privado de ella de forma ilegal, arbitraria o ilegítima, por orden de autoridad pública o de cualquier persona, así como proteger la vida y la integridad física de las personas privadas de libertad.</p> <p>-Se interpone ante cualquier jueza o juez del lugar donde se presuma está privada de libertad la persona.</p> <p><b>-Clave:</b> Ningún extranjero que esté en territorio ecuatoriano podrá ser privado de su libertad en razón de su condición migratoria.</p>

<p>Acción de acceso a la información pública (Art. 91)</p>	<p>-La acción de acceso a la información pública tendrá por objeto garantizar el acceso a ella cuando ha sido denegada expresa o tácitamente, o cuando la que se ha proporcionado no sea completa o fidedigna. Podrá ser interpuesta incluso si la negativa se sustenta en el carácter secreto, reservado, confidencial o cualquiera otra clasificación de la información.</p> <p>-El carácter reservado de la información deberá ser declarado con anterioridad a la petición, por autoridad competente y de acuerdo con la ley.</p> <p>-La acción se interpondrá contra de la entidad donde se encuentre la información a acceder.</p> <p><b>-Clave:</b> Migrantes en el Ecuador podrán acceder a información pública.</p>
<p>Acción de hábeas data (Art. 92)</p>	<p>-Toda persona tendrá derecho a conocer de la existencia y a acceder a los documentos, datos genéticos, bancos o archivos de datos personales e informes que sobre sí misma, o sobre sus bienes, consten en entidades públicas o privadas. Así mismo tendrá derecho a conocer el uso que se haga de ellos, su finalidad, el origen y destino de información personal y el tiempo de vigencia del archivo o banco de datos.</p> <p><b>-La persona titular de los datos</b> podrá solicitar al responsable el acceso sin costo al archivo, así como la actualización de los datos, su rectificación, eliminación o anulación. En el caso de datos sensibles, cuyo archivo deberá estar autorizado por la ley o por la persona titular, se exigirá la adopción de las medidas de seguridad necesarias. Si no se atendiera su solicitud, ésta podrá acudir a la jueza o juez.</p> <p>-La persona afectada podrá demandar por los perjuicios ocasionados.</p> <p>-La acción se interpondrá contra de la entidad donde se encuentre la información personal a acceder.</p>

<p>Acción por incumplimiento (Art. 93)</p>	<p>-La acción por incumplimiento tendrá por objeto garantizar la aplicación de las normas que integran el sistema jurídico, así como el cumplimiento de sentencias o informes de organismos internacionales de derechos humanos, <b>cuando la norma o decisión cuyo cumplimiento se persigue contenga una obligación de hacer o no hacer clara, expresa y exigible.</b></p> <p>-La acción se interpondrá ante la Corte Constitucional.</p> <p><b>-Clave:</b> Cabe cuando una norma clara y exigible (disponga), no ha sido aplicada, incluye las establecidas en la LOMH.</p>
<p>Acción Extraordinaria de Protección (Art. 94)</p>	<p>-La acción extraordinaria de protección procederá contra sentencias o autos definitivos en los que se haya violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución, y se interpondrá ante la Corte Constitucional. El recurso procederá cuando se hayan agotado los recursos ordinarios y extraordinarios dentro del término legal, a menos que la falta de interposición de estos recursos no fuera atribuible a la negligencia de la persona titular del derecho constitucional vulnerado.</p> <p><b>-Admisión:</b> se presentará la acción ante la judicatura, sala o tribunal que dictó la decisión definitiva, y este a su vez, remitirá a la Corte Constitucional, donde se resolverá el asunto.</p>

**Tabla 2:** Principales garantías jurisdiccionales para la protección de derechos de movilidad humana en Ecuador.

**Fuente:** Mosquera, 2019.

Es importante indicar que cada una de las garantías jurisdiccionales son reguladas de manera específica en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, publicada en el Registro Oficial Suplemento 52 de 22 de octubre de 2009, dichas regulaciones establecen los procesos, principios, y demás normas comunes que permitan la sustentación de las diferentes acciones jurisdiccionales, mismos que tienden a fin de garantizar los derechos reconocidos en la Constitución e instrumentos jurisdiccionales de derechos humanos, a fin de garantizar también la eficacia y la supremacía constitucional.

## Bibliografía

- Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Tendencias Globales, Desplazamiento forzado en 2017. Suiza: ACNUR, 2017.
- Coloquio sobre la Protección Internacional de los Refugiados en América Central, M. y. (1984). *Declaración de Cartagena sobre refugiados*. Cartagena. Constitución de la República Ecuador. Quito, 2008.
- Convención de Asilo Territorial. Organización de Estados Americanos. Caracas: Organización de Estados Americanos, 1954.
- Diez de Velasco, M. Instituciones de Derecho Internacional Público. Madrid: Tecnos, 1994.
- Lopez Escudero, Martín y Pérez de Nanclares. Derecho Comunitario Material. Madrid: McGrawHill, 2000.
- Mosquera, G. (agosto de 2019). Tabla Derechos de las personas en situación de movilidad humana, Ecuador. Quito, Pichincha, Ecuador.
- Naciones Unidas. (28 de julio de 1951). Estatuto de los Refugiados. *Convención sobre el Estatuto de los Refugiados*. Ginebra, Suiza: ONU.
- Organización Internacional para las Migraciones, O. Glosario sobre Migración. Ginebra: OIM, 2006.
- Sanchis, P. Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales. Madrid: Trotta, 2009.



## Capítulo VIII

# PROCESO DE PARTICIPACIÓN SOCIAL O CIUDADANA EN LA REGULARIZACIÓN AMBIENTAL

Roberth Delgado Sayay<sup>79</sup>

### Dedicatoria.

La presente publicación está dirigida a las personas que más han influenciado en mi vida personal y profesional, esperando que sea de utilidad para quienes hacen del derecho de participación un espacio destinado para hacer efectivo el “Buen Vivir”.

### *Proceso de Participación Social o Ciudadana en la Regularización Ambiental*

Mgs. Roberth Delgado\*

**Contenido:** Introducción. Palabras claves. **Fundamentación:** Constitucional y Legal. **Actividades previas al proceso de participación social o ciudadana:** Asignación del proceso de participación social o ciudadana. **Proceso de Participación Social o Ciudadana:** La visita previa o de planificación. Elaboración y aprobación del informe de visita previa o de planificación. La convocatoria al proceso de participación social o ciudadana (Invitaciones personales, publicación en la prensa, publicación radial, afiches, perifoneo, etc.) Centro de Información Pública. **Asamblea de Presentación Pública:** (Intervención del proponente. Intervención

---

79 **Roberth Eduardo Delgado Sayay.** Abogado de los Juzgados y Tribunales de la República. Tiene maestría en Derecho Constitucional. Ha sido catedrático de Derecho Constitucional en la Facultad de Comercio Internacional, Integración, Administración y Economía de la Universidad Politécnica Estatal de Carchi (UPEC) y ha desempeñado varias funciones públicas y privadas. Actualmente es docente de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Tecnológica Indoamérica (UTI) (Quito).  
redslawyer2007@yahoo.es

*de la Autoridad Ambiental o Autoridad Ambiental de Aplicación Responsable o su delegado. Intervención del Facilitador de Procesos Socioambientales. Presentación del Estudio de Impacto Ambiental y Plan de Manejo Ambiental. Foro de diálogo y participación social o ciudadana – Comunidad, Promotor y Autoridad Ambiental o Autoridad Ambiental de Aplicación Responsable. Suscripción del Acta de la Asamblea de Presentación Pública. Cierre de la Asamblea.*  
**Informe de sistematización:** *Del Proceso de participación social o ciudadana (Fase informativa, Fase de consulta) Aprobación. Consecuencias, Conclusiones, Recomendaciones, Bibliografía.*

## Introducción

Las actividades que desarrollamos sin excepción por mínimas que estas sean, generan impactos al ambiente más aun las actividades industriales que provocan impactos al suelo, al aire, al agua, en suma, al ecosistema en el cual desarrollamos todas las formas de vida. Estos impactos pueden causar daños a la salud de sus habitantes y en muchos de los casos ser irreversibles; mientras tanto nuestra Constitución de la República en su Art. 14 establece: “El derecho de la población a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, que garantice la sostenibilidad y el buen vivir, *sumak kawsay*”<sup>80</sup>, tema del cual se hace una amplia explicación dentro del compendio del presente trabajo en la parte pertinente a los derechos de la naturaleza por el Dr. Marcelo Galárraga, especialista en derecho ambiental.

El presente trabajo destaca la importancia respecto del proceso de participación social o ciudadana que se halla garantizada en la Constitución de la República dentro de la regularización ambiental de las actividades de alto y mediano impacto que desarrollan las personas naturales o las personas jurídicas sean estas empresas, industrias, fábricas, etcétera que tienen este tipo de proyectos que causan impactos al ambiente y pueden repercutir a la salud humana, razón por la cual se menciona de posibles impactos socioambientales.

---

80 Constitución de la República del Ecuador, R.O. 449, Año 2008.

Las personas naturales o las personas jurídicas que se dedican a las distintas actividades que causan impactos al ambiente están obligados hacer procesos de regularización ambiental ante la Autoridad Ambiental Nacional o ante la Autoridad Ambiental de Aplicación Responsable, llámese Gobiernos Autónomos Descentralizados provinciales, municipales o de los distritos metropolitanos al haber asumido estos últimos la competencia para este efecto, con el fin de la obtención u otorgamiento de la licencia ambiental que permita ejecutar un proyecto de tales características. Uno de los pasos previos al proceso de participación social o ciudadana que se exige a estas personas es que cuenten con el estudio de impacto ambiental y el plan de manejo ambiental que debe ser elaborado por un consultor ambiental acreditado por la Autoridad Ambiental competente.

El estudio de impacto ambiental y el plan de manejo ambiental puede ser ex-ante o ex-post. La una hace referencia a la realizada antes de la ejecución de cualquier actividad que pueda causar impactos sociales o ambientales, y, la segunda se refiere a la realizada después de iniciada la actividad de la empresa, cuyo estudio deberá ser sometido a la aprobación de la Autoridad Ambiental Nacional o de la Autoridad Ambiental de Aplicación Responsable dependiendo el lugar donde se ubica el proyecto a ejecutarse o se está ejecutando.

Al contar la empresa con el estudio de impacto ambiental y el plan de manejo ambiental del proyecto elaborado por el consultor ambiental, solicitará a la Autoridad Ambiental la asignación de un facilitador socio ambiental que estará a cargo del proceso de participación social o ciudadana.

Al facilitador socio ambiental que estará a cargo del proceso de participación social se lo asignará aleatoriamente de entre aquellos previamente acreditados por la Autoridad Ambiental, cuya acreditación se lo efectúa conforme al instructivo para la evaluación, calificación y registro de facilitadores del Acuerdo Ministerial No. 121 del 15 de agosto del 2008. La asignación podrá efectuarse por la Dirección Nacional de Prevención de la Contaminación Ambiental a través del Sistema Único de Información Ambiental SUIA u otro

medio digital como los correos electrónicos de los facilitadores calificados. Si por cualquier motivo dentro del proceso de participación social pierde la calidad de facilitador este no podrá continuar en su ejecución y se le designará otro.

*Palabras claves:*

Autoridad Ambiental Nacional, Autoridad Ambiental de Aplicación Responsable, regularización ambiental, facilitador socioambiental, procesos de participación social o ciudadana, asamblea de presentación pública, licencia ambiental.

*Fundamentación constitucional y legal:*

Este trabajo hace énfasis constitucional, legal y la puesta en práctica de manera crítica a cerca del proceso de participación social o ciudadana en la regularización ambiental.

Nuestra Constitución de la República al manifestar en su Art. 398 que: "Toda decisión o autorización estatal que pueda afectar al ambiente deberá ser consultada a la comunidad, a la cual se informará amplia y oportunamente. El sujeto consultante será el Estado. La ley regulará la consulta previa, la participación ciudadana, los plazos, el sujeto consultado y los criterios de valoración y de objeción sobre la actividad sometida a consulta". "El Estado valorará la opinión de la comunidad según los criterios establecidos en la ley y los instrumentos internacionales de derechos humanos. Si del referido proceso de consulta resulta una oposición mayoritaria de la comunidad respectiva, la decisión de ejecutar o no el proyecto será adoptada por resolución debidamente motivada de la instancia administrativa superior correspondiente de acuerdo con la ley".<sup>81</sup> La disposición constitucional en un primer momento otorga el derecho a sus ciudadanos a ser informados oportunamente y conocer de los proyectos que se vayan a implementar o se están ejecutando en su localidad; y, obligan al proponente de dicho proyecto informar sobre él. Es deber del Estado canalizar que esto ocurra, para lo cual tiene estructurado los mecanismos necesarios cumpliendo con lo dispuesto en el

81 Constitución de la República del Ecuador, R.O. 449, Año 2008.

Art. 399 que manifiesta: “El ejercicio integral de la tutela estatal sobre el ambiente y la corresponsabilidad de la ciudadanía en su preservación, se articulará a través de un sistema nacional descentralizado de gestión ambiental, que tendrá a su cargo la defensoría del ambiente y la naturaleza”.<sup>82</sup>

Las disposiciones legales en torno a los procesos de participación social están dadas por parte de la Ley de Gestión Ambiental (derogada), norma con la cual tiene concordancia los artículos 44, 45, 46, 294, 295, 296, 297 del Acuerdo Ministerial No. 061 de la reforma del Libro VI del Texto Unificado de Legislación Secundaria. Así, el Art. 28 de la Ley de Gestión Ambiental señala: “Toda persona natural o jurídica tiene derecho a participar en la gestión ambiental, a través de los mecanismos que para el efecto establezca el Reglamento, entre los cuales se incluirán consultas, audiencias públicas, iniciativas, propuestas o cualquier forma de asociación entre el sector público y el privado. Se concede acción popular para denunciar a quienes violen esta garantía, sin perjuicio de la responsabilidad civil y penal por denuncias o acusaciones temerarias o maliciosas”. “El incumplimiento del proceso de consulta al que se refiere el artículo 88 de la Constitución Política de la República tornará inejecutable la actividad de que se trate y será causal de nulidad de los contratos respectivos”<sup>83</sup>, disposición constitucional a la que la norma alude se halla derogada. Y el Art. 29 de la citada ley manifiesta: “Toda persona natural o jurídica tiene derecho a ser informada oportuna y suficientemente sobre cualquier actividad de las instituciones del Estado que conforme al Reglamento de esta Ley, pueda producir impactos ambientales. Para ello podrá formular peticiones y deducir acciones de carácter individual o colectivo ante las autoridades competentes”<sup>84</sup>. Disposiciones legales no obstante de estar derogadas son aplicables para los proyectos anteriores a la vigencia del Código Orgánico del Ambiente publicado en el Registro Oficial Suplemento No. 983 de 12 de abril del 2017 cuya vigencia data luego de transcurridos doce meses, contados a partir de su publicación.

82 Constitución de la República del Ecuador, R.O. 449, Año 2008.

83 Ley de Gestión Ambiental, R.O. Suplemento 418, Año 2004.

84 Ley de Gestión Ambiental, R.O. Suplemento 418, Año 2004.

El Art. 184 del Código Orgánico del Ambiente con respecto de la participación ciudadana, señala: “La Autoridad Ambiental Competente deberá informar a la población que podría ser afectada de manera directa sobre la posible realización de proyectos, obras o actividades, así como de los posibles impactos socioambientales esperados y la pertinencia de las acciones a tomar. La finalidad de la participación de la población será la recolección de sus opiniones y observaciones para incorporarlas en los Estudios Ambientales, siempre que ellas sean técnica y económicamente viables”. “Si del referido proceso de consulta resulta una oposición mayoritaria de la población respectiva, la decisión de ejecutar o no el proyecto será adoptada por resolución debidamente motivada de la Autoridad Ambiental Competente”. “En los mecanismos de participación social se contará con facilitadores ambientales, los cuales serán evaluados, calificados y registrados en el Sistema Único de Información Ambiental”.<sup>85</sup> Disposición con la cual tiene concordancia el Reglamento del Código Orgánico del Ambiente. Título IV. Procesos de Participación Ciudadana para la regularización ambiental. Capítulo I. Capítulo II. Capítulo III; publicado en el Registro Oficial N° 507 del 12 de junio de 2019.

En este mismo contexto el Art. 82 de la Ley Orgánica de Participación Ciudadana, se refiere sobre la consulta ambiental a la comunidad y manifiesta: “Toda decisión o autorización estatal que pueda afectar al ambiente deberá ser consultada a la comunidad, para lo cual se informará amplia y oportunamente. El sujeto consultante será el Estado”. “El Estado valorará la opinión de la comunidad según los criterios establecidos en la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos y las leyes”. El Art. 83 del mismo cuerpo legal sobre la valoración menciona: “Si de los referidos procesos de consulta deriva una oposición mayoritaria de la comunidad respectiva, la decisión de ejecutar o no el proyecto será adoptada por resolución debidamente argumentada y motivada de la instancia administrativa superior correspondiente; la cual, en el caso de decidir la ejecución, deberá establecer parámetros que mini-

---

85 Código Orgánico del Ambiente. R.O. Suplemento 983, Año 2017.

micen el impacto sobre las comunidades y los ecosistemas; además, deberá prever métodos de mitigación, compensación y reparación de los daños, así como, de ser posible, integrar laboralmente a los miembros de la comunidad en los proyectos respectivos, en condiciones que garanticen la dignidad humana”.<sup>86</sup>

Siguiendo el orden jerárquico de aplicación de las normas está el Art. 6 del Decreto Ejecutivo No. 1040 del Reglamento de Aplicación de los Mecanismos de Participación Social establecidos en la Ley de Gestión Ambiental (derogada); sin embargo, este decreto publicado en el Registro Oficial No. 332 del 08 de mayo del 2008, es aplicable a todos los procesos de participación social o ciudadana.

Entre otras normas que garantizan la ejecución de estos procesos de participación, comprende los artículos 05 al 26 del Capítulo II del Acuerdo Ministerial No. 103 del 13 de agosto del 2015 del Instructivo al Reglamento de Aplicación de los Mecanismos de Participación Social establecido en el Decreto Ejecutivo N°. 1040 al que ya se ha hecho mención.

Así mismo, comprende el Capítulo V. Proceso de Participación Ciudadana para la Regularización Ambiental del Acuerdo Ministerial No. 109 del 02 de octubre del 2018 de la Reforma al Acuerdo Ministerial No. 061. Y, finalmente el Capítulo V. Proceso de Participación Ciudadana para la Regularización Ambiental Sección I y Sección II del Acuerdo Ministerial No. 013 del 14 de febrero del 2019.

De las disposiciones citadas se deduce que existieron varias reformas en los últimos años respecto a los procesos de participación. Tal es la expedición del Código Orgánico del Ambiente que entró en vigencia el 13 de abril de 2018, en cuya virtud los proyectos que iniciaron su proceso de regularización ambiental deberán realizar el proceso de participación ciudadana. Y para dar aplicabilidad al mismo se emitió el Acuerdo Ministerial No. 109 que conforme a su Disposición General Quinta rige para los proyectos desde el 13 de

---

86 Ley Orgánico de Participación Ciudadana. R.O. Suplemento 175, Año 2010.

abril de 2018 (fecha en la cual entra en vigencia el Código Orgánico del Ambiente) hasta el 2 de octubre de 2018 de manera obligatoriamente e indica que el proceso debe realizarse en dos momentos o fases siendo las mismas, la fase informativa y la fase de consulta.

Posteriormente se emitió el Acuerdo Ministerial 013 el 14 de febrero del 2019 que rige para los proyectos que iniciaron su proceso de regularización ambiental a partir de esa fecha. Cabe mencionar que en este Acuerdo Ministerial en la disposición general segunda indica que si el proyecto inició su proceso de regularización ambiental entre el 2 de octubre de 2018 y el 13 de febrero de 2019, pueden realizar el proceso según el Acuerdo Ministerial 109 o el Acuerdo Ministerial 013.

En resumen, la normativa a aplicar para los procesos de participación social o ciudadana es la siguiente:

- Los proyectos que iniciaron su regularización ambiental hasta el 12 de abril de 2018, aplica el Acuerdo Ministerial 103.
- Los proyectos que iniciaron su regularización ambiental desde el 13 de abril de 2018 hasta el 2 de octubre de 2018, aplica el Acuerdo Ministerial 109.
- Los proyectos que iniciaron su regularización ambiental desde el 2 de octubre de 2018 hasta el 13 de febrero de 2019, pueden escoger realizar el proceso ya sea con el Acuerdo Ministerial 109 o el 013.
- Los proyectos que iniciaron su regularización ambiental a partir del 13 de febrero de 2019, aplica el Acuerdo Ministerial 013.

## **1. Actividades previas al proceso de participación social o ciudadana**

En la práctica jurídica, luego de haber hecho referencia a las disposiciones constitucionales y legales, cabe precisar algunos aspectos que deben ser tomados en cuenta los procesos de participación

social o ciudadana a fin de garantizar el buen vivir o *sumak kawsay*; comencemos:

El facilitador socio ambiental designado por cualquiera de los medios antes señalados para llevar el proceso de participación social o ciudadana, inmediatamente se contactará por cualquiera de los medios de comunicación con el proponente del proyecto sea persona natural o jurídica (empresa, industria, fábrica, etcétera) para solicitar la información relacionada con el estudio de impacto ambiental y plan de manejo ambiental de requerirse o cualquier información adicional a estos, generalmente el listado de actores sociales y organizacionales del área influencia del proyecto (propietarios, recintos, barrios, comunidades, organizaciones sociales, autoridades locales, etc.), el mapa de comunidades o barrios adyacentes; el mapa político administrativo, y, el mapa del predio (Proyecto) en formato jpg, información que será útil para el desarrollo de la visita previa o planificación al área de influencia el proyecto.

## **2. Proceso de participación social o ciudadana**

Respecto del proceso de participación social o ciudadana, el Art. 1 del Acuerdo Ministerial 103 menciona: “Entiéndase por Proceso de Participación Social las acciones mediante las cuales la Autoridad Ambiental Competente informará a la población sobre la posible realización de proyectos, obras o actividades, así como sobre los posibles impactos socioambientales esperados y la pertinencia de las acciones a tomar, con la finalidad de recoger sus opiniones y observaciones, e incorporar en los Estudios Ambientales aquellas que sean técnica y económicamente viables”.<sup>87</sup>

Según el Art. Innumerado del capítulo V, del Acuerdo Ministerial 109, el proceso de participación ciudadana “...tiene por objeto dar a conocer los posibles impactos socio ambientales de un proyecto, obra o actividad así como recoger las opiniones y observaciones de la población que habita en el área de influencia directa, so-

---

87 Acuerdo Ministerial No. 103. R.O. 607, Año 2015.

cial correspondiente”<sup>88</sup>, disposición que guarda concordancia con el Art. Innumerado, del capítulo V, título I, sección I, del Acuerdo Ministerial 013. Es decir, involucra aquel espacio destinado a que la población que podría ser beneficiada o afectada social o ambientalmente pueda acceder a la información necesaria sobre la ejecución de un proyecto, con este fin la autoridad ambiental exige a los proponentes del proyecto socializar el contenido del estudio de impacto ambiental y el plan de manejo ambiental, y, de receptor las observaciones relacionadas.

Las normas señaladas respecto a posibles impactos socio ambientales, no hace distinción si esta tiene que ser de aquellos impactos positivos o negativos, por lo que se entenderá que se trata de los dos posibles impactos y de la adopción de medidas aplicables para mejorar y sostener si se trata de impactos positivos; y, minimizar o mitigar si se trata de impactos negativos.

Respecto a la recolección de opiniones y observaciones de la población, tienen un aspecto positivo si esta va a ser incorporada en el estudio de impacto ambiental y su plan, para ello dichas observaciones o sugerencias deben ser técnica y económicamente viables.

Para los efectos señalados, el proceso se desarrolla comenzando por la visita previa o de planificación. Elaboración y aprobación del informe de visita previa o de planificación. La convocatoria al proceso de participación social o ciudadana (Invitaciones personales, publicación en la prensa, publicación radial, afiches, perifoneo, etc.) Centro de Información Pública. Asamblea de Presentación Pública: (Intervención del proponente. Intervención de la Autoridad Ambiental o Autoridad Ambiental de Aplicación Responsable o su delegado. Intervención del Facilitador de Procesos Socioambientales. Presentación del Estudio de Impacto Ambiental y Plan de Manejo Ambiental. Foro de diálogo y participación social o ciudadana – Comunidad, Promotor y Autoridad Ambiental o Autoridad Ambiental de Aplicación Responsable. Suscripción del Acta de la Asamblea de Presentación Pública. Cierre de la Asamblea).

---

88 Acuerdo Ministerial No. 109. R.O. 640, Año 2018.

La visita previa consiste entre otras acciones "...verificar en campo la lista de actores sociales y organizacionales que son parte del área de influencia..."<sup>89</sup> conforme así lo menciona al Acuerdo Ministerial No. 103 del Instructivo al Reglamento de Aplicación de los mecanismos de participación social, en su artículo 8, numeral 1. El facilitador socio ambiental a través de la correspondiente entrevista dirigida a los representantes de la población y autoridades locales recabará la información necesaria sobre el proyecto que determinada empresa, industria, fábrica, etcétera pretenda ejecutar o ejecuta; al mismo tiempo informa a la comunidad el derecho que tiene de ser informada amplia y oportunamente sobre las actividades que se han implementado o se vayan a implementar en su localidad y que para aquello existe un estudio previo realizado por el proponente del proyecto el cual tiene que ser difundido a la población en una reunión que se planifique con los habitantes del lugar dentro de los plazos determinados por la normativa correspondiente, para ello se fijan los medios necesarios que permita la difusión o comunicación de la invitación a esta reunión y establecer mecanismos más adecuados para que la convocatoria sea efectiva.

La visita previa in-situ permite al facilitador socio ambiental un acercamiento con la población de la localidad donde se halla ubicado un proyecto y tener la percepción de la ciudadanía al respecto, por lo que es importante que esta visita previa o de planificación se realice en ausencia del promotor proponente del proyecto a fin de que la población pueda precisar libremente los impactos positivos o negativos que genera o generaría un determinado proyecto y que el facilitador socio ambiental pueda identificar posibles conflictos en la vecindad que puedan ser materia de discusión en el proceso de participación social o ciudadana. También permite verificar el listado de actores sociales e incluir otros que se requieran para realizar la respectiva invitación como autoridades locales (representantes de la población) para la ejecución de los mecanismos de participación social o ciudadana.

---

89 Acuerdo Ministerial No. 103. R.O. 607, Año 2015.

Uno de problemas que se presentan durante esta etapa de visita previa o de planificación consiste en que las personas que viven alrededor de determinado proyecto se rehúsan a dar información respecto del proyecto o sobre sus datos que son necesarios para corroborar por ejemplo el listado de actores sociales. El criterio que tiene la población se sustenta en un temor a represalias por parte del proponente del proyecto, así como de que pueda hacerse un mal uso de sus datos, o simplemente demuestran su falta de interés en participar de estos procesos en muchos de los casos, no obstante que el facilitador haya previamente informado las razones de su visita. Esta actitud por parte de la población limita que puedan conocer ampliamente sobre cualquier proyecto en marcha.

Concluida la visita previa, el facilitador socio ambiental elaborará el correspondiente informe técnico o informe de planificación de proceso de participación ciudadana en el cual deben constar los datos generales; marco constitucional y legal; antecedentes del proceso; descripción del proyecto como la localización, actividades y demás operaciones; el área de influencia directa e indirecta; mapas de localización; el extracto del conversatorio mantenido en durante la visita; y, como evidencia los medios de verificación tales como el registro fotográfico, el cuestionario y demás información que incluye el listado de actores sociales debidamente enumerados; se hace referencia a la identificación y descripción de los conflictos; etcétera.

En el mismo informe técnico visita o de planificación se ha de plantear una propuesta de mecanismos de participación social o ciudadana señalando el lugar, fecha y hora en los cuales se han de llevar a efecto la Asamblea de Presentación Pública (APP), igualmente el lugar, fechas y horas del funcionamiento del Centro de Información Pública (CIP); las publicaciones del estudio y el plan en las páginas web de la Autoridad Ambiental competente; la recepción de comentarios y observaciones al estudio o el plan; medios de convocatoria (invitaciones personales, prensa escrita, afiches, perifoneo, etc.); y, el respectivo cronograma de ejecución de actividades relativas al proceso; (recursos y presupuesto si se trata de dar cumplimiento del proceso conforme Acuerdo Ministerial 013); el listado de actores

sociales en el cual se incluye autoridades provinciales, cantonales, parroquiales, representantes de las comunidades y demás personas que se encuentran en el área de influencia del proyecto, conclusiones y recomendaciones; la firma del facilitador socio ambiental y anexos como: 1.- Formato Convocatoria Pública: Radio, Prensa, Perifoneo, Afiches Informativos en Formato A1; 2.- Formato Invitación Personal (incluido resumen ejecutivo del proyecto); 3.- Formato de Acta de Apertura del CIP; 4.- Formato de Acta de Cierre del CIP; 5.- Acta de Asamblea de Presentación Pública APP del Proceso de Participación Social o ciudadana; 6.- Registro de Asistencia a la Asamblea de Presentación Pública; 7.- Registro de recepción de invitaciones al Proceso de Participación Social o ciudadana; y, 8.- Registro de visitas y observaciones al Centro de Información Pública.

El informe técnico o de planificación será elevado a la Autoridad Ambiental competente para su respectiva aprobación, la cual dará paso a la respectiva convocatoria. Si bien la normativa dispone al facilitador socio ambiental que en el término legal correspondiente tiene la obligación de presentar el informe técnico, caso contrario su falta presentación dentro de los términos legales señalados será extemporáneo y acarrea responsabilidades; pero no existe norma expresa que exija a la Autoridad Ambiental Nacional o Autoridad Ambiental de Aplicación Responsable encargado de revisar y validar tal informe que lo haga dentro de un término legal perentorio.

El retardo en la revisión y validación del informe en la mayoría de los casos rompen el principio de celeridad de la administración pública, debido a la falta de agilidad en su tramitación, situación que genera que el cronograma inicialmente elaborado no pueda cumplirse y tenga que reformularse a fin de que el proceso de participación social o ciudadana se cumpla en el mejor de los casos, no obstante, existen otros casos en que simplemente no llegan a desarrollarse estos procesos. La falta de desarrollo del proceso de participación social como consecuencia del retardo en la revisión y validación es otra de las dificultades que se presenta pues esta no permite que la población pueda informarse oportunamente de un proyecto en marcha, sin dejar de lado el tema que quedan afectados por los

impactos negativos que genera cuando un proyecto ya se está ejecutando y de esta manera se quebranta el derecho de la población a conseguir el equilibrio o armonía de vivir en un ambiente sano que permita el buen vivir.

La presentación del informe técnico de visita previa o de planificación del proceso de participación, en los procesos asignados a través del Sistema Único de Información Ambiental (SUIA) se deben ingresar por esta misma de la plataforma; sin embargo, para los otros procesos asignados mediante un oficio a través del correo electrónico del facilitador socio ambiental, la presentación del informe se hará de manera física, es decir, una impresión que debe ser anillado y entregado a la Autoridad Ambiental Competente, escenario que se vuelve complicado para el facilitador socio ambiental por cuanto no se prevé un término extraordinario para estos casos, tomando en cuenta la distancia de la ubicación del proyecto con respecto al domicilio del facilitador socio ambiental. Es decir, el tiempo para la elaboración del informe se acorta frente a la fecha de entrega que debe realizarse en el término establecido, esto puede ocasionar que el informe tenga errores de forma o de fondo. Los errores del informe pueden dar lugar a que la participación social o ciudadana no sea efectiva, oportuna y eficaz para la población, en suma, siendo este otro de los problemas.

La aprobación del informe implica la revisión y validación íntegra de su contenido, es decir, no podrán introducirse modificaciones posteriores, por ello la importancia de una buena elaboración, revisión y validación del informe.

La convocatoria de conformidad con el Art. 10 del Acuerdo Ministerial 103 "... se realizará a través de uno o varios medios de comunicación de amplia difusión pública del área de influencia Directa e Indirecta del proyecto, obra o actividad: radio, prensa, televisión y otros mecanismos complementarios de información y comunicación".<sup>90</sup> Esta procede una vez aprobado el informe de visita previa o de planificación por la autoridad ambiental competente, y

---

90 Acuerdo Ministerial No. 103. R.O. 607, Año 2015.

se la hará conforme al cronograma establecido en el informe, para tal efecto el proponente del proyecto debe conocer de la aprobación del informe realizado por la Autoridad Ambiental o Autoridad Ambiental de Aplicación Responsable, es decir, su actuación será sobre la base del informe aprobado que le será entregado, no obstante que el facilitador socio ambiental lo dirija.

La convocatoria al proceso de participación social o ciudadana lo hará el proponente del proyecto según indique el informe de visita previa o planificación aprobado, utilizando los medios de comunicación adecuados a los cuales puedan acceder toda la población como invitaciones personales, prensa escrita, publicación radial, afiches, perifoneo, etc.

Las invitaciones personales, serán elaboradas conforme a los formatos establecidos y anexados al informe para el número de personas y autoridades señalados, es decir, con nombres y apellidos de los actores sociales (Autoridades provinciales, cantonales, parroquiales, representantes de las comunidades y personas afectadas por encontrarse en el área de influencia del proyecto). En esta invitación constará la fecha de elaboración; el destinatario; la autoridad que la realiza; el lugar, fecha y hora del desarrollo de la Asamblea de Presentación Pública (APP); el lugar, fecha y hora del funcionamiento del Centro de Información Pública y recepción de comentarios y observaciones incluyendo las de la página web de la autoridad ambiental competente; finalmente constará las firmas de la máxima autoridad ambiental o de aplicación responsable y del proponente del proyecto. Además, se adjuntará a la invitación un resumen ejecutivo en la que describa la localización, datos generales, actividades del proyecto.

Estas invitaciones luego de las firmas serán entregadas por el proponente a los actores quienes deberán colocar su recepción en la parte final de la invitación de ser posible con la indicación de quien lo recibe, su número de identificación, fecha, firma y sello. Adicionalmente el proponente contará con el registro de recepción de invitaciones en la que se colocarán los mismos datos. Para el caso

de que la persona como invitado no desee firmar su recepción en las dos, bastará que se la haga en el registro de recepción de invitaciones preferentemente o cualquiera de ellos. En los casos de la negativa de la recepción de la invitación se colocará una razón de la negativa que podrá ser firmada por un testigo de ser posible.

La negativa de la recepción de las invitaciones personales de la población limita que conozca del proceso que se está ejecutando y consecuentemente de poder asistir al lugar, fecha y hora señalados para la asamblea de presentación pública, tomando en cuenta que este será el espacio adecuado para exponer sus opiniones u observaciones que correspondan.

Prensa escrita, publicación radial, afiches, perifoneo, contendrá los mismos parámetros que para la invitaciones personales, es decir, la autoridad que la realiza; el lugar, fecha y hora del desarrollo de la Asamblea de Presentación Pública (APP); el lugar, fecha y hora del funcionamiento del Centro de Información Pública y recepción de comentarios y observaciones incluyendo las de la página web de la autoridad ambiental competente; finalmente constará las firmas de la máxima autoridad ambiental o de aplicación responsable y del proponente del proyecto.

En cuanto al Centro de información pública (CIP), según el Art. 12 del Acuerdo Ministerial 103 "... deberá mantener disponible el Estudio Ambiental en el/ los Centros de Información Pública por un periodo no menor a siete días antes de la realización de la Asamblea de Presentación Pública..."<sup>91</sup>; conforme Art. 13 del mismo cuerpo normativo se sostiene: "Luego de la realización de la Asamblea de Presentación Pública o su equivalente, el Centro de Información Pública deberá estar habilitado durante siete".<sup>92</sup> Por su parte el Art. Innumerado del capítulo V, Consideraciones Generales, del Acuerdo Ministerial 109, en la parte pertinente menciona: "En el Centro de Información Pública se pondrá a disposición de la población que habita en el Área de Influencia directa social del proyec-

91 Acuerdo Ministerial 103. R.O. 607, Año 2015.

92 Acuerdo Ministerial 103. R.O. 607, Año 2015.

to obra o actividad, el Estudio Ambiental, así como documentación que contenga la descripción del proyecto, obra o actividad y el Plan de Manejo correspondiente...<sup>93</sup> al igual el Art. Innumerado, sección I, de la misma normativa relacionada con procesos de proyectos de mediano y alto impacto menciona: "...el operador deberá mantener disponible el estudio de impacto ambiental en el o los Centros de Información Pública durante un plazo no menor a cinco (5) días antes de la realización de Asamblea de Presentación Pública..."<sup>94</sup>; y, el Art. Innumerado, sección I, de la misma normativa relacionada con procesos de proyectos de mediano y alto impacto complementa: "Luego de la realización de la Asamblea de Presentación Pública o su equivalente, el Centro de Información Pública deberá estar habilitado durante un plazo de cinco (5) días adicionales..."<sup>95</sup> Y finalmente, el Acuerdo Ministerial 013, Capítulo V, Título I, Sección I, Consideraciones Generales, Art. Innumerado, en su letra e) manifiesta "... deberá estar presente un representante del operador y el/ los responsables del levantamiento del estudio ambiental..."<sup>96</sup> Se trata de uno de los mecanismos del proceso de participación social o ciudadana, un espacio colocado por el proponente del proyecto que debe ser de fácil acceso de los habitantes a fin de que puedan conocer del proyecto y de los posibles impactos sociales y ambientales que su ejecución puede ocasionar.

El número de estos centros de información pública (CIPs) depende de la extensión territorial que involucre un proyecto. Su funcionamiento podrá ser de siete o cinco días previos y posteriores a la realización de Asamblea de Presentación Pública, el cual estará sujeto respecto al inicio de regularización de los correspondientes proyectos. Estos centros podrán ser colocados en el lugar mismo proyecto y en el de la autoridad ambiental competente. Para que la población disponga directamente de la información necesaria estará una copia del estudio de impacto ambiental, así como una persona que conozca del manejo de la información que conste en el estudio.

93 Acuerdo Ministerial 109. R.O. 640, Año 2018.

94 Acuerdo Ministerial 109. R.O. 640, Año 2018.

95 Acuerdo Ministerial 109. R.O. 640, Año 2018.

96 Acuerdo Ministerial 013. R.O. 219, Año 2018.

La norma claramente estipula el tiempo que debe estar en funcionamiento el centro de información pública (CIP), y es de siete o cinco días previas y posteriores a la Asamblea de Presentación Pública. Por consiguiente, la duración del funcionamiento del Centro de Información Pública será de quince días contados desde su apertura hasta el cierre en el primer caso; en el segundo caso, será de diez días contados desde su apertura hasta el día del cierre tratándose de proyectos de mediano y alto impacto; no así en los proyectos de bajo impacto para lo cual no se ha previsto el funcionamiento del Centro de Información Pública. Las normas citadas tampoco hacen referencia respecto al horario de funcionamiento, pudiendo esta desarrollarse en el horario normal de atención que comprenda entre las ocho horas a dieciséis horas.

El primer día, al inicio de la jornada laboral se procederá a la apertura del centro de información pública (CIP) y su cierre se realizará al finalizar el último día y hora, en ambos casos serán los prefijados en el informe validado, para las cuales se emplearán las respectivas actas, en estas se indicarán la fecha y el día de la apertura y cierre y se indicará que entre el primer y el último día permanecerá abierto al público, finalmente serán suscritas por el proponente del proyecto, un representante de la comunidad del lugar donde está ubicado el proyecto, consultor ambiental de ser posible la autoridad ambiental competente u otros.

A fin de dar cumplimiento con los fines que debe brindar el Centro de Información Pública esta debe ser instalada y clausurada con la presencia de los responsables del proyecto y la autoridad ambiental competente, espacio que debe estar en funcionamiento durante los días y horas señalados, sin embargo, para que este mecanismo sea efectivo se requiere de la verificación in situ a través de las visitas esporádicas por parte de la autoridad ambiental sin embargo, esto no ocurre, por lo que puede darse el caso no se dé cumplimiento con su funcionamiento y se limite a la población al acceso a la información, al ala cual se suma la no concurrencia de la población directamente involucrada implica la renuncia al derecho de participación ciudadana garantizada en la Constitución.

### 3. La asamblea de presentación pública

Según el Art. Innumerado del Acuerdo Ministerial 109 en la parte pertinente a las consideraciones generales, Capítulo V, menciona: “Sin perjuicio de otros mecanismos establecidos en la Constitución de la República del Ecuador y en la Ley, se establecen como mecanismos de participación ciudadana en la regularización Ambiental, o siguientes: a) Asamblea de Presentación Pública.- Acto que convoca a la población que afecta en el área de influencia directa social del proyecto, obra o actividad, en el que se presenta de manera didáctica y adoptada a las condiciones socio-culturales locales, el Estudio Ambiental del proyecto, obra o actividad por parte del operador. En la asamblea se genera un espacio de diálogo donde se responden inquietudes sobre el proyecto, obra o actividad y se reciben observaciones y opiniones de los participantes en el ámbito socioambiental. En esta asamblea debe estar presente, el operador, el facilitador designado y el/los responsables del levantamiento del Estudio Ambiental”<sup>97</sup>, en igual forma expresa el Acuerdo Ministerial 013, Capítulo V, Sección I, De las consideraciones generales, Art. Innumerado, en su letra a).

Este espacio es propicio para que la población conozca de manera directa y sin restricción de ninguna naturaleza toda la información relativa al proyecto y de presentar los comentarios, observaciones y sugerencias para lograr la convivencia pacífica de una manera dinámica y en armonía con la naturaleza.

Para el desarrollo de la asamblea de presentación pública, el facilitador socio ambiental procederá con la lectura del orden del día previamente elaborado, en el cual constará la intervención del proponente; intervención de la autoridad ambiental competente o su delegado; intervención del facilitador de procesos socioambientales; presentación del Estudio de Impacto Ambiental; foro de diálogo y participación social – comunidad, promotor y autoridad ambiental competente; suscripción del acta de la asamblea de presentación pú-

---

97 Acuerdo Ministerial 109. R.O. 640, Año 2018.

blica; y, el cierre. Estos constituyen momentos o etapas en los cuales se sustenta el desarrollo esta asamblea.

En su intervención el proponente procederá a dar la bienvenida a los asistentes al proceso de participación social ciudadana y el correspondiente agradecimiento.

La autoridad ambiental competente o su delegado en su intervención indica que su presencia en la reunión servirá para que la población pueda plantear inquietudes con respecto al proyecto.

El facilitador en su intervención hace una breve explicación referente al Proceso de Participación Social del proyecto su importancia y la normativa legal, además comunica las actividades previas de coordinación, los medios de convocatoria y los mecanismos utilizados para lograr la participación activa de los actores sociales de la zona de influencia del proyecto en los distintos mecanismos implementados comunica que recogerá las observaciones, sugerencias, aportes y recomendaciones, para lo cual da a conocer a la asamblea el sustento constitucional y legal para que haya espacios de social o participación ciudadana y la importancia en la toma de decisiones, informa que la reunión para que la Autoridad Ambiental Competente considere previo a el otorgamiento de la licencia ambiental del proyecto.

La presentación del estudio de impacto ambiental y su plan de manejo es desarrollado por el proponente o el consultor quien hace la presentación del estudio y el plan de manejo ambiental de cuya exposición se hace una redacción textual posteriormente en el informe de sistematización.

El foro de diálogo y participación social o ciudadana-comunidad, promotor y autoridad ambiental competente, se da una vez concluida la presentación del estudio ambiental y su plan de manejo donde el facilitador socio ambiental indicará que es el momento en que los participantes pueden plantar inquietudes, sugerencias, comentarios que deben ser respondidas por el equipo consultor responsables de la elaboración del estudio y el plan, o, el proponente, para

lo cual los participantes deben indicar sus nombres y apellidos, así como la comunidad o institución a la que representan y finalmente plantean las opiniones y comentarios que son recogidas por el facilitador, las mismas que se redactan de manera textual en el informe de sistematización.

La suscripción del acta de la asamblea de presentación pública, se da una vez concluida el foro de dialogo los participantes en el evento de socialización con la firma del acta de la asamblea correspondiente, para lo cual previamente el facilitador procede a dar lectura al documento e indica que su firma no tiene validez para otros fines que no sea el de certificar el desarrollo de la asamblea de presentación pública. Esto es importante señalar para que la población no se sienta que con su firma estaría aceptando la ejecución de tal o cual proyecto, obra o actividad, sino de haber asistido a la reunión únicamente.

El cierre de la asamblea, está a cargo del operador del proyecto quien agradece a los participantes de la asamblea de presentación pública por haber acudido al mismo.

Algo que hay que tomar en cuenta es que antes, durante y después de la asamblea de presentación pública se ha se proceder a la recepción de opiniones y observaciones, es decir, durante el periodo de funcionamiento del centro de información pública, tomando en cuenta que en el periodo intermedio se desarrolla la asamblea de presentación pública, en la cual también se podrá receptor las opiniones y observaciones siendo este el momento propicio. Al respecto el Art. Innumerado del Acuerdo Ministerial 109 en la parte pertinente a las consideraciones generales, Capítulo V, menciona: “Las opiniones y observaciones al Estudio de Impacto Ambiental proporcionadas por la población que podría ser afectada de manera directa sobre la posible realización de proyectos, obras o actividades, podrán recopilarse a través de los siguientes medios: a) Actas de asambleas públicas, b) Registro de opiniones y observaciones, c) Recepción de criterios por correo tradicional; d) Recepción de criterios por correo electrónico e) Los demás...” “En el evento de que los habitantes del área de

influencia directa social no ejerzan su derecho a participar habiendo sido debidamente convocado o se oponga a su realización, este hecho no constituirá causal de nulidad del proceso de participación ciudadana y no suspenderá la continuación del mismo”<sup>98</sup>, en igual forma expresa el Acuerdo Ministerial 013, Capítulo V, Sección I, De las consideraciones generales, Art. Innumerado.

Por otro lado, la normativa prevé respecto a la entrega de información por parte del operador. Así, el Art. Innumerado del Acuerdo Ministerial 109 en la parte pertinente a las consideraciones generales Capítulo V, menciona: “El operador es responsable de la entrega de la documentación que respalde el cumplimiento de sus actividades y responsabilidades en cada una de las fases de proceso de participación ciudadana, dentro del plazo de cuarenta y ocho horas una vez finalizada cada una de las actividades que sean de su responsabilidad”.<sup>99</sup> En igual forma expresa el Acuerdo Ministerial 013, Capítulo V, Sección I, De las consideraciones generales, Art. Innumerado<sup>100</sup>, con la modificación a dos (2) días. La información de la cual el operador es responsable de hacer la entrega serán: El registro de recepción de invitaciones en la que conste firma y sellos de recepción de las autoridades y demás actores sociales al proceso de participación social o ciudadana así como la copia de fe de presentación de las mismas; el extracto de la publicación en la presa adjuntando la correspondiente factura de haber contratado este servicio; el audio de pasadas radiales adjuntando la correspondiente factura por este servicio; el registro fotográfico de la colocación de afiches informativos en los lugares señalados en el informe; el acta de apertura del centro de información pública; el registro de asistencia a la asamblea de presentación pública; el acta de asamblea de presentación pública; el registro fotográfico de la asamblea de presentación pública; screenshot de la publicación del estudio y plan de manejo ambiental en la página web de la autoridad ambiental; acta de cierre del centro de información pública y demás documentos que justifique haber cumplido con el proceso de participación social o ciudadana, mismos

98 Acuerdo Ministerial 109. R.O. 640, Año 2018.

99 Acuerdo Ministerial 109. R.O. 640, Año 2018.

100 Acuerdo Ministerial 013. R.O. 219, Año 2018.

que serán entregados al facilitador socio ambiental y le servirán para la elaboración del informe de sistematización.

#### 4. Informe de sistematización

Según el Art. 15 del Acuerdo Ministerial 103 “Una vez finalizada la Asamblea de Presentación Pública o mecanismo equivalente, el facilitador socio ambiental iniciará la elaboración del Informe de Sistematización del Proceso de Participación Social, mismo que se entregará a la Autoridad Ambiental competente en un plazo máximo de tres días después del cierre del proceso de Participación Social”. “En base a este informe, la Autoridad Ambiental competente determinará si el Proceso de Participación Social cumple con lo establecido en el Reglamento de Aplicación de los mecanismos de participación Social establecidos en la Ley de Gestión Ambiental, y en el presente instructivo, en cuyo caso se procederá a su aprobación”.<sup>101</sup> Respecto al mismo, el Art. Innumerado del Acuerdo Ministerial 109 en la parte pertinente a las consideraciones generales Capítulo V, menciona: “Una vez culminada la fase informativa, facilitador ambiental tendrá cuatro (4) días de término para la entrega del Informe de Sistematización del Proceso de Participación Ciudadana correspondiente a la fase informativa a la Autoridad Ambiental Competente, mismo que contendrá por lo menos la siguiente información: a. Datos generales; b. Antecedentes; c. Descripción del desarrollo del proceso aplicado, indicando los mecanismos de participación ciudadana ejecutados; e. La sistematización de las opiniones y observaciones recopiladas, durante la fase informativa; f. Identificación de posibles conflictos sociambientales; g. Conclusiones y recomendaciones; h. Los medios de verificación de lo actuado durante la fase informativa; y, i. La firma de responsabilidad”. “En caso haber observaciones, la Autoridad Ambiental Competente concederá el término de tres (3) días para ser subsanadas...”.<sup>102</sup> En concordancia con el Acuerdo Ministerial 109, el Acuerdo Ministerial 013, Capítulo V, Sección I, De las consideraciones generales, Art. Innumerado menciona “El facilitador ambiental elaborará el Informe de Sistematización del Proceso

101 Acuerdo Ministerial 103. R.O. 607, Año 2015.

102 Acuerdo Ministerial 109. R.O. 640, Año 2018.

de Participación Ciudadana con los respectivos medios de verificación. El informe incluirá el análisis de la información obtenida de los mecanismos de participación ciudadana". "Desde la notificación al proponente del informe de planificación del proceso de participación por parte de la Autoridad Ambiental Competente. Hasta la emisión del informe se sistematización del proceso de participación ciudadana transcurrirá un término máximo de veinticinco (25) días. La Autoridad Ambiental Competente, notificará el informe de sistematización del proceso de participación ciudadana al proponente, en el término de diez días".<sup>103</sup>

Por consiguiente, un segundo informe luego del informe de visita previa o de planificación, es el de Sistematización del Proceso de Participación Social o Ciudadana (con excepción de los procesos sometido al Acuerdo Ministerial 109 en los cuales se hace el informe de la fase informativa), que debe ser elaborado por el facilitador socio ambiental, el mismo que contendrá: Objetivos, datos generales, antecedentes, información de visita previa, informe de visita previa aprobado por la autoridad ambiental competente, actividades de coordinación posteriores a la aprobación de la visita previa, desarrollo del proceso, medio de convocatoria (Invitaciones personales, prensa escrita, afiches informativos, etc.), mecanismos de participación social o ciudadana (Asamblea de presentación pública, centro de información pública, pagina web), observaciones, conclusiones (en relación al cumplimiento de la normativa, de los objetivos del proceso de participación social o ciudadana, de los resultados, de los posibles conflicto socioambientales), recomendaciones y anexos.

La entrega del informe de sistematización ante la autoridad ambiental competente según la norma del Acuerdo Ministerial 103 se realizará en el término de tres días contados desde cierre del proceso de participación social que tendrá lugar con el cierre del centro de información pública, es decir, según esta norma, el facilitador tiene el plazo de siete días desde la finalización de la Asamblea de Presentación Pública para elaborar y entregarlo en el término señalado, lo cual no representa ningún inconveniente. El Acuerdo

---

103 Acuerdo Ministerial 013. R.O. 219, Año 2018.

Ministerial 109 señala un término de cuatro días para la presentación del informe de sistematización del proceso de participación ciudadana, esto es, posterior al cierre del centro de información pública el cual pone fin a la fase informativa (tomando en cuenta que según esta normativa este debe continuar con la siguiente fase denominada de consulta), pudiendo el facilitador comenzar con su elaboración en el plazo de cinco días anteriores al cierre del centro de información pública. Sin embargo, el Acuerdo Ministerial 013 no menciona ninguno de estos términos, solamente hace referencia a los veinticinco días como término para que se efectúe todo el proceso contados desde la notificación de la aprobación del informe de planificación del proceso de participación ciudadana al proponente hasta la presentación del informe de sistematización, el cual pone en riesgo el cumplimiento del proceso dentro del término establecido si no se ejecuta inmediatamente. Dependerá que el operador se ponga en contacto inmediato con el facilitador para llevar a cabo sobre lo aprobado y cumplir con este término.

Como vemos, en cuanto al Acuerdo Ministerial 103 y 109 la elaboración y entrega del informe podrá cumplirse dentro de los términos estipulados sin ningún inconveniente; pero, el Acuerdo Ministerial 013 supone un riesgo toda vez que la notificación se la realiza al proponente de quien depende la ejecución de todas las actividades relacionadas, debiendo éste contactarse con el facilitador para la conducción del proceso.

Presentado el informe de sistematización la autoridad ambiental competente podrá revisar y validar tal informe aprobándolo, o, en su defecto emitir las observaciones que correspondan para que sean subsanadas por parte del facilitador. Para tal efecto el Art. 16 del Acuerdo Ministerial 103 señala un plazo de cinco días disposición que pone en peligro su cumplimiento por cuanto si se trata de procesos a través de la plataforma ambiental esta sería entregada en cualquier día y hora que comprenda el plazo; pero, si se trata de procesos en los que tengan que entregarse de manera física, no podrían cumplirse tomando en cuenta que se trata incluso de días y horas no laborables.

Con todo lo abordado hasta aquí, los proyectos que iniciaron su regularización ambiental hasta el 12 de abril de 2018, así como para los proyectos que iniciaron su regularización ambiental a partir del 13 de febrero de 2019 y subsiguientes, es esta la etapa con la cual concluye el proceso de participación social o ciudadana, con fines de la obtención de la correspondiente licencia ambiental por parte del proponente. Es decir, que el proceso de participación social o ciudadana se daría por concluido con el procedimiento hasta aquí señalado.

Sin embargo, los proyectos que iniciaron su regularización ambiental desde el 13 de abril de 2018 hasta el 2 de octubre de 2018, deben continuar con la fase de consulta, al igual que los proyectos que iniciaron su regularización ambiental desde el 2 de octubre de 2018 hasta el 13 de febrero de 2019, a menos que hayan optado realizar el proceso de participación social con el Acuerdo Ministerial 013 y no con el 109.

La fase de consulta, según el Art. Innumerado del Acuerdo Ministerial 109 en la parte pertinente a las consideraciones generales, Capítulo V, sección II, menciona: “Una vez que la Autoridad Ambiental haya verificado la inclusión de las opiniones y observaciones técnica y económicamente viables en el Estudio Ambiental por parte del operador, a través de un pronunciamiento favorable, dispondrá que se realice la fase consultiva a la población que habita en el área de influencia directa social del proyecto, obra o actividad”. “El facilitador ambiental, en el término de tres (3) días constados a partir de la emisión del pronunciamiento favorable correspondiente, presentará un informe que contendrá los mecanismos de convocatoria a la Asamblea de Consulta con su respectivo cronograma de ejecución, así como los mecanismos seleccionados para la realización de la consulta a la población que habita en el área de influencia directa social del proyecto, obra o actividad. En caso de existir observaciones, la Autoridad Ambiental Competente concederá el término de tres (3) días para ser subsanadas”.<sup>104</sup>

---

104 Acuerdo Ministerial 109. R.O. 640, Año 2018.

Esta fase de consulta de acuerdo a la norma citada, debería proceder siempre y cuando exista opiniones y observaciones de la población que siendo técnica y económicamente viables hayan sido incorporadas al estudio de impacto ambiental por parte del proponente y en los proyectos de mediano y alto impacto con excepción de los proyectos de bajo impacto en cuyo caso no aplica. Para la ejecución de esta fase es el mismo trámite previsto para la fase informativa o de proceso de participación social o ciudadana que no se halla sometido a esta normativa, por lo que esta fase de consulta se ejecutará en los mismos términos de la fase anterior. Es decir, el facilitador debe elaborar un informe similar a la de la visita previa o de planificación que tiene que ser sometido a su respectiva aprobación, con lo cual se procederá con la convocatoria a la asamblea de consulta ambiental (a través de los medios de comunicación antes utilizados), también con la ejecución de los mecanismos como la habilitación del centro de información pública en la cual estará disponible el estudio ambiental que contendrá además opiniones y observaciones y la justificación de aquellas que no fueron incluidas; así mismo se procederá con el desarrollo de la asamblea de consulta en los mismos términos de la asamblea anterior; la elaboración y presentación del informe de sistematización, el cual ha de ser sometido a la aprobación para sobre su base proceder al siguiente paso el de la obtención de la licencia ambiental.

La precitada disposición hace mención que el facilitador socioambiental tiene un término de tres días contados desde la emisión del pronunciamiento del informe respecto a la inclusión de opiniones y observaciones para elevar otro informe con la propuesta para la realización de la fase de consulta. Esta parte de la disposición afecta no solamente al facilitador sino al desarrollo normal del proceso, toda vez que la misma dispone a partir de la emisión del pronunciamiento favorable. La norma no se refiere a que ocurre si no notifica el día de la emisión o simplemente la notificación se realiza después haber transcurrido el tiempo señalado; por lo que debería decirse a partir de la notificación y no desde la emisión.

## Consecuencias

El cumplimiento en relación a la ejecución de los mecanismos de participación social o ciudadana es imperativo, de manera que su inobservancia acarrea la no obtención del licenciamiento ambiental, lo cual implica que la empresa, industria, fábrica, etcétera que tienen proyectos de mediano y alto impacto al ambiente, no pueda iniciar o continuar con sus actividades, y, si de hecho la hace incurre en otras consecuencias legales. Así también el incumplimiento en la ejecución de las acciones, medidas o planes establecidos en el estudio de impacto ambiental y plan de manejo ambiental por parte de las personas naturales o jurídicas responsables de ello dará lugar a posibles acciones que pueden ser ejercidas de manera colectiva o individual por la comunidad o personas de la localidad donde se ubica un proyecto en vulneración de sus derechos.

De acuerdo al Art. 396 de la Constitución de la República “El Estado adoptará las políticas y medidas oportunas que eviten los impactos ambientales negativos, cuando exista certidumbre de daño. En caso de duda sobre el impacto ambiental de alguna acción u omisión, aunque no exista evidencia científica del daño, el Estado adoptará medidas protectoras eficaces y oportunas”. “La responsabilidad por daños ambientales es objetiva. Todo daño al ambiente, además de las sanciones correspondientes, implicará también la obligación de restaurar integralmente los ecosistemas e indemnizar a las personas y comunidades afectadas”. “Cada uno de los actores de los procesos de producción, distribución, comercialización y uso de bienes o servicios asumirá la responsabilidad directa de prevenir cualquier impacto ambiental, de mitigar y reparar los daños que ha causado, y de mantener un sistema de control ambiental permanente”. “Las acciones legales para perseguir y sancionar por daños ambientales serán imprescriptibles”.<sup>105</sup>

Con la disposición Constitucional sobre la obligación de restaurar integralmente los ecosistemas e indemnizar por los daños ambientales tiene concordancia la normativa legal del Art. 71 del Código

---

105 Constitución de la República del Ecuador, R.O. 449, Año 2008.

Orgánico Integral Penal y está desarrollada como una de las penas, precepto que a su vez guarda conformidad con lo dispuesto en el Art. 257 de la norma aludida. En el mismo cuerpo legal, respecto a la imprescriptibilidad de la acción como de la pena por daños ambientales la tenemos desarrollada en el Art. 16, en concordancia con el Art. 75 en relación a la imprescriptibilidad de la pena.

Otra de las consecuencias, es la prevista por la propia norma Constitucional que en su Art. 88 menciona: “La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial; contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales; y cuando la violación proceda de una persona particular, si la violación del derecho provoca daño grave, si presta servicios públicos impropios, si actúa por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación”.<sup>106</sup> De manera que el derecho de la comunidad a ser informada sobre estos proyectos no solamente debe ser desarrollada como tal, sino que sus opiniones y observaciones deben ser incorporadas en los estudios de impacto ambiental en los términos establecidos en la norma. De la vigilancia del cumplimiento de este derecho está a cargo en un primer momento a las autoridades públicas, pero también a la propia ciudadanía que debe apropiarse y hacer de las suyas que estos derechos se cumplan.

En relación a las infracciones dentro del proceso de regularización ambiental o auditorías ambientales el Art. 255 del Código Orgánico Integral Penal en cuanto a la Falsedad u ocultamiento de información ambiental menciona: “La persona que emita o proporcione información falsa u oculte información que sea de sustento para la emisión y otorgamiento de permisos ambientales, estudios de impactos ambientales, auditorías y diagnósticos ambientales, permisos o licencias de aprovechamiento forestal, que provoquen el cometimiento de un error por parte de la autoridad ambiental, será

106 Constitución de la República del Ecuador, R.O. 449, Año 2008.

sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años". "Se impondrá el máximo de la pena si la o el servidor público, con motivo de sus funciones o aprovechándose de su calidad de servidor o sus responsabilidades de realizar el control, tramite, emita o apruebe con información falsa permisos ambientales y los demás establecidos en el presente artículo".<sup>107</sup>

Según el Art. 256 del Código Orgánico Integral Penal en cuanto a las definiciones y normas de la Autoridad Ambiental Nacional determina: "La Autoridad Ambiental Nacional determinará para cada delito contra el ambiente y la naturaleza las definiciones técnicas y alcances de daño grave".<sup>108</sup>

El Art. 18 del Acuerdo Ministerial 103 señala: "En el caso en que la Autoridad Ambiental Competente, llegase a determinar incumplimiento de las actividades y responsabilidades del proponente del proyecto, obra o actividad en la aplicación de los Mecanismos de Participación Social acordados, que afectaran el desarrollo del proceso, se dispondrá al proponente la realización de un nuevo Proceso de Participación Social, y el pago del servicio de facilitación correspondiente".<sup>109</sup> En igual forma se refiere el Art. Innumerado del Acuerdo Ministerial 109 en la parte pertinente a las consideraciones generales, Capítulo V, sección II.

## Conclusiones

Existen disposiciones de jerarquía constitucional y legal que se refieren al ejercicio del derecho de la participación social o ciudadana; sin embargo, los múltiples mecanismos establecidos para tal efecto resultan insuficientes, ineficientes e ineficaces al momento de querer ponerlas en práctica, frente al desinterés de la población y de sus autoridades (representantes).

Las normas de orden secundario son producto de la elaboración hasta cierto punto desde el escritorio tal como ocurre con muchas

107 Código Integral Penal. R.O. Suplemento 180. Año 2014.

108 Código Integral Penal. R.O. Suplemento 180. Año 2014.

109 Acuerdo Ministerial 103. R.O. 607, Año 2015.

otras, con desconocimiento de la realidad que se atraviesa y por lo mismo no se puede dar la aplicación de sus disposiciones como corresponde. Así respecto a la disposición del Acuerdo Ministerial 109 se habla de la fase de consulta, pero, no prevé cual es la posición a seguir frente a la inexistencia de opiniones y observaciones de la población. Esta situación se debe a que, habiendo sido la población convocada a través de las invitaciones válidamente realizadas, no concurren a hacer el uso de los mecanismos de participación social o ciudadana. Por lo que ejecutar la fase de consulta a la población que no ha demostrado el interés, resulta innecesario.

Un segundo aspecto, es que en ninguna parte de las normativas se menciona cuando las opiniones y observaciones serán consideradas viables. La población en mayoría de los casos no cuenta con recursos humanos o económicos. No existen recursos humanos en el área de influencia del proyecto que técnicamente presente opiniones y observaciones fundamentadas que vayan a ser recogidas en el estudio del proyecto. Es una lucha de los débiles frente al fuerte, para que al final un proyecto simplemente se implemente. No existen recursos económicos para que la población pueda optar por los servicios de un profesional en la materia con el fin antes indicado. La población está restringida de que sus opiniones y observaciones sean incorporadas al estudio de un determinado proyecto.

La ejecución de cada una de las actividades del proceso de participación social o ciudadana le corresponden al proponente del proyecto siendo de su responsabilidad exclusiva entregar la documentación que pruebe haberlas cumplido; y, al facilitador le corresponde la organización, conducción, registro, sistematización, manejo de información análisis e interpretación del proceso; por lo que, mantendrá absoluta independencia e imparcialidad con respecto del consultor y el operador del proyecto quienes están obligados de realizar todas las actividades necesarias para suministrar información del proyecto a la ciudadanía; su incumplimiento provoca la realización de un nuevo proceso de participación social o ciudadana

## Recomendaciones

Los procesos de participación social constituyen en espacios de libre y mayor acceso de la población que podría ser afectada de manera directa sobre la posible realización de proyectos, obras o actividades, así como de los posibles impactos socioambientales esperados y la pertinencia de las acciones a tomar, por lo que debe estar enfocada a proporcionar información de calidad no solo la relativa a impactos ambientales sino sociales, ni solamente impactos negativos de los proyectos, obras o actividades sino los impactos positivos que deben ser suministrados por parte del operador del proyecto o los responsables del estudio de impacto ambiental en un lenguaje de fácil comprensión de la población.

Los procesos de participación social o ciudadana deben servir a la población para presentar oposiciones, emitir observaciones, elevar propuestas, por lo cual de deben ser ejercidos por la población que se hallan en las áreas de influencia del proyecto, obra o actividad o a través de sus representantes, a fin de lograr el sumak kawsay.

Las opiniones y observaciones de la población deben ser recogidas en el estudio de impacto ambiental para lo cual, las autoridades de la localidad deben asignar a sus técnicos para acreditar que las opiniones y observaciones son técnicas y económicamente viables por estos y sean incorporadas al estudio ambiental, u optar por asignar el correspondiente financiamiento con estos fines.

## **Bibliografía**

- Constitución de la República del Ecuador, publicado en el Registro oficial No. 449, del 20 de octubre del 2008.
- Código Integral Penal, publicado en el Registro Oficial Suplemento No. 180, del 10 de febrero del 2014.
- Código Orgánico del Ambiente, publicado en el Registro Oficial Suplemento No. 983, del 12 de abril del 2017.
- Ley de Gestión Ambiental, publicado en el Registro Oficial Suplemento No. 418 del 10 de septiembre del 2014.
- Ley Orgánica de Participación Ciudadana, publicado en el Registro Oficial Suplemento No. 175 del 20 de abril del 2010.
- Decreto Ejecutivo No. 1040 del Reglamento de Aplicación de los Mecanismos de Participación Social establecidos en la Ley de Gestión Ambiental, publicado en el Registro Oficial No. 332 del 08 de mayo del 2008.
- Acuerdo Ministerial No. 103. Instructivo al Reglamento de Aplicación de los Mecanismos de Participación Social establecido en el Decreto Ejecutivo No. 1040, publicado en el Registro Oficial No. 607, del 14 de octubre del 2015.
- Acuerdo Ministerial No. 109. Reforma al Acuerdo Ministerial No. 061, publicado en el Registro Oficial No. 640, del 23 de noviembre del 2018.
- Acuerdo Ministerial No. 013. Reforma al Acuerdo Ministerial No. 109, publicado en el Registro Oficial No. 219, del 11 de abril del 2018.



## *Capítulo IX*

# **LA RENDICIÓN DE CUENTAS COMO MECANISMO DE CONTROL SOCIAL DE LOS RECURSOS PÚBLICOS EN EL ECUADOR**

*José Santiago Espín Moscoso<sup>110</sup>*

### **Dedicatoria**

A Santiago, quien con su alegría ilumina mis pasos en el día a día.

### **Resumen:**

La presente publicación tiene como propósito realizar un acercamiento a los procesos de rendición de cuentas en el país. La dinámica actual que presenta nuestra sociedad, ha conllevado que los miembros de la misma tengan la percepción de mostrar mayor interés y preocupación por el bienestar individual de cada persona. En ese sentido, se ha ido perdiendo el contacto que todos los ciudadanos deberíamos tener con los diferentes miembros de la sociedad, aquel contacto que deberíamos mantener con lo público, con los órganos que administran nuestros recursos, con el Estado. La falta de interés de la ciudadanía en la participación de las cuestiones públicas se ha generado como consecuencia de la inexistencia de políticas que permitan justamente que el ciudadano pueda tener un contacto directo con la administración pública.

---

<sup>110</sup> **José Santiago Espín Moscoso.** Licenciado en Ciencias Jurídicas y Abogado de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Especialista Superior en Derecho Administrativo y Magister en Derecho Mención Derecho Administrativo de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Abogado en libre ejercicio con por lo menos 9 años de experiencia en el asesoramiento de instituciones públicas y de empresas privadas. Sus líneas de investigación están referidas a la vinculación de instituciones civiles en el derecho público, derecho administrativo y derecho societario. Docente a tiempo completo en la Carrera de Derecho, en la Universidad Tecnológica Indoamerica, Sede Quito.  
ab.joseespín@gmail.com / joseespín@uti.edu.ec

La ciudadanía se ha generado una percepción de que lo público necesariamente es sinónimo de burocracia, que puede administrar bien o mal nuestros recursos, sin que a la ciudadanía le afecte aquello. Ésta publicación lo que pretender es trazar ese camino, aparentemente inexistente, entre la ciudadanía y la administración pública, ese camino llamado rendición de cuentas, a través del cual todos como ciudadanos podemos tener un mayor contacto con el denominado Estado, que si bien muchas veces es lejano, pero es el administrador de nuestra sociedad.

**Palabras clave:** rendición de cuentas, recursos públicos, gasto público, Estado, interés público, Consejo de Participación Ciudadana y Control Social.

**Abstract:**

The purpose of this publication is to approach the accountability processes in the country. The current dynamics that our society presents, has meant that its members have the perception of showing greater interest and concern for the individual well-being of each person. In that sense, the contact that all citizens should have with the different members of society, that contact that we should maintain with the public organs, with the organs that manage our resources, with the State has been lost. The lack of interest of citizens in the participation of public issues, has been generated as a result of the lack of policies that allow the citizen to have direct contact with the public administration. Citizenship has generated a perception that the public is necessarily synonymous with bureaucracy, which can manage our resources well or badly, without affecting the public. This publication is intended to trace precisely that apparently non-existent path between citizens and public administration, this path called accountability, through which all as citizens can have greater contact with the State, which apparently is far away, but is the administrator of our society.

**Keywords:** accountability, public resources, public expenditure, State, public interest, Citizen Participation Council and Social Control.

## Introducción

El Estado para satisfacer plenamente las necesidades de sus habitantes requiere de la generación y obtención de recursos económicos, que instituyen los recursos públicos. Estos recursos se originan en la actividad financiera que realiza el Estado para su obtención, que derivan en el gasto público y social del mismo. La importancia de los recursos económicos es primordial para la sobrevivencia del Estado, por tal razón la administración de los mismos debe ser bastante cuidadosa y minuciosa. Los recursos públicos pertenecen al pueblo que los ha encargado al Estado para su correcta administración.

En el actual modelo de Estado que ha sido implementado en la Constitución de la República del Ecuador, se fomenta el acercamiento de la ciudadanía con las instituciones públicas, a través de la creación de la Función de Control Social y Transparencia.

Es en este sentido, si los recursos públicos son tan importantes, y son del pueblo, los ciudadanos tienen plena facultad para pedir cuentas al Estado por la administración de sus recursos.

A continuación, se pretende realizar un acercamiento de lo que implica la rendición de cuentas como un mecanismo que la sociedad tiene para evaluar la gestión del Estado en la administración de los recursos públicos, y como se lo lleva a la práctica en nuestro país.

### 1. La actividad financiera del Estado

Groves (1969) describe a la actividad financiera del Estado o hacienda pública como aquella materia “en que se estudian los ingresos y los egresos de los gobiernos” (p.16), mientras que por otro lado Troya (2011) desde una visión más contemporánea determina que la actividad financiera “busca y selecciona los medios económicos necesarios para la satisfacción de las necesidades colectivas y la presentación del servicio público, todo ello en aras de cumplir con el “bien común” que es la finalidad propia de las entidades públicas”(p.1). En síntesis, se entiende como actividad financiera del Estado aquel conjunto de actividades que desarrolla el Estado, para recaudar re-

cursos económicos y que los mismos puedan ser gastados; derivando de esta recaudación y gasto el buscar la satisfacción de necesidades tanto públicas como privadas. De lo expuesto se puede establecer que la actividad financiera pública por si sola no puede satisfacer necesidades, esta requiere de la recaudación para establecer medios a través de los cuales se pueda financiar el gasto que implica la satisfacción de necesidades.

La naturaleza de la actividad financiera del Estado tiene caracteres tanto económicos, sociológicos y políticos. De esta forma, la actividad financiera es una actividad económica ya que la misma se vale de medios económicos para la satisfacción de necesidades, captando recursos y gastándolos. Respecto a la naturaleza sociológica, se determina que la actividad financiera depende muchas veces del entorno social en la cual se desarrolle ya que existen grupos en la sociedad que intentan imponer su punto de vista frente a otros respecto de lo que conlleva la actividad financiera. En este punto también se relacionará con la política, ya que las decisiones respecto de la actividad financiera de un Estado serán llevadas a cabo por las autoridades políticas de este, por medio de la coacción. Así la actividad financiera deriva de las decisiones y políticas adoptadas por el Estado, representado por un gobierno. El gobierno de un Estado al ser una manifestación social respecto de las finanzas públicas, generará un espacio para la participación de la sociología financiera.

## **2. Gasto Público y Gasto Social**

El gasto público “consiste en la transformación de los ingresos del Estado en rentas y patrimonios de quienes producen los bienes materiales y prestan los servicios personales requeridos por el Estado u obtienen subvenciones de éste” (Villegas, 2000, p. 125).

De esta manera se establecerán dos clases de gastos públicos: a) erogaciones públicas.- son gastos que sirven para la prestación de servicios o erogaciones para el pago de la deuda pública; b) inversiones patrimoniales.- son gastos que sirven para la adquisición de bienes para prestar servicios públicos. En definitiva, se debe entender como gasto público a todas las erogaciones que tiene un Estado, las

cuales se dan con el fin de satisfacer las necesidades de los habitantes de dicho Estado, para que éste continúe con su normal funcionamiento. El Estado calificará cuales son las necesidades a satisfacer y la prioridad en las mismas. Así, las características del gasto público consistirán en que el mismo constituya una erogación dineraria, que la misma sea realizada por el Estado; para que el gasto sea legítimo debe existir una ley que lo autorice y que el fin del gasto sea el interés público o la satisfacción de necesidades.

El gasto público social es aquel que se realizará por parte del Estado para atender necesidades básicas de la población, como lo es la salud, vivienda y educación. Si bien es cierto que el Estado debe encargarse de la satisfacción de todas las necesidades de sus habitantes, sin embargo el gasto público social se encargará de la satisfacción exclusiva de las necesidades urgentes de la población, sin las cuales no podría desarrollar sus actividades de forma regular. En tal virtud, el gasto social tendrá prioridad frente a otro tipo de gastos, por lo tanto, el presupuesto del Estado deberá observar y garantizar la asignación de recursos para estos gastos.

De conformidad con la estructura actual del Estado, se podría señalar que el gasto social es aquel encaminado a dar cumplimiento con el régimen del buen vivir, como lo sería el gasto dirigido a educación, salud, trabajo, seguridad social, vivienda, cultura. Las recaudaciones para estos gastos se las harán bajo el principio de solidaridad, es decir, que las personas que tengan más dinero deberán contribuir más, y esto se redistribuirá a través de la prestación de los servicios básicos cuya satisfacción ha sido considerada como necesidades urgentes por parte del Estado.

### **3. Recursos públicos**

Oria define los recursos públicos como “todo caudal que afluya a una entidad pública, en virtud del ejercicio financiero de ésta, y que se destina a la realización de los fines de la misma” (Oria, p. 405, 1948, citado por Villegas 2000).

En este punto vale hacer una aclaración, estableciendo diferencias entre recurso e ingreso. Ingreso no es lo mismo que recurso ya que el ingreso solo contempla aquello que percibe el Estado, pero de forma líquida. Por lo tanto, y en virtud del concepto señalado, el ingreso sería parte de este caudal que son los recursos públicos, el ingreso sería la especie y el recurso sería el género.

Así, en definitiva se debe definir que recurso no solo es lo que ingresa al Estado, recurso es todo lo que el Estado dispone (edificios, ingresos, empresas públicas), recurso público son todas las fuentes que el Estado dispone ya sean de la Administración Pública, de Empresas Públicas o de ingresos de distintas fuentes.

#### **4. Concepto de rendición de cuentas**

Cabanellas (2004) afirma que las rendiciones de cuentas “se presentan en las relaciones privadas y en la vida comercial, en que unas personas tengan que rendir a otras una cuenta de la gestión realizada, generalmente de orden económico, las leyes prevén algunas circunstancias en que la rendición de cuentas constituye obligación” (p. 389).

De lo expuesto se puede colegir que la rendición de cuentas, en cualquier ámbito público o privado, implica que una persona responda a otra por la gestión de recursos económicos, a fin de determinar de que manera se administraron dichos recursos. A pesar de que la concepción de Cabanellas acerca de la rendición de cuentas solamente se relaciona con el ámbito privado, sin embargo establece la obligación de cumplir con esta rendición cuando el ordenamiento jurídico así lo establezca.

Dentro de nuestro ordenamiento jurídico, el instrumento legal que ha definido a la rendición de cuentas, es aquel que se ha denominado Ley Orgánica del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social (2009). Dicho cuerpo normativo nos da un acercamiento de lo que es una rendición de cuentas, pero en relación a instituciones de derecho público. Así, se considera a la rendición de cuentas como una serie de “mecanismos para someter a evaluación

de la sociedad, las acciones del Estado y de las personas jurídicas del sector privado que presten servicios públicos, manejen recursos públicos o desarrollen actividades de interés público; con atención al enfoque de derechos, a los resultados esperados y obtenidos, a los recursos financieros empleados y a los métodos utilizados sobre su gestión. La rendición de cuentas será un proceso participativo, periódico, oportuno, claro y veraz, con información precisa, suficiente y con lenguaje asequible. La rendición de cuentas se realizará al menos una vez al año y su convocatoria será amplia, a todos los sectores de la sociedad relacionados y debidamente publicitada” (Art. 9).

## **5. Relación entre rendición de cuentas y recursos públicos**

Con lo expuesto se puede señalar que la rendición de cuentas en el ámbito del derecho público constituye una evaluación de la sociedad, a la gestión realizada por las instituciones que manejan recursos públicos, que pudieron ser utilizados en el gasto público y social, dentro de la actividad financiera del Estado.

En este punto, se tiene que establecer que instituciones manejan dichos recursos públicos y por tanto están obligadas a rendir cuentas a la sociedad.

Carlos Guiliani Fonrouge señala que recursos públicos son los “ingresos que tiene el Estado preferentemente en dinero, para la atención de las erogaciones determinadas por exigencias administrativas o de índole económico social” (Guiliani, p. 221 1993, citado por Villegas 2000).

Así se determina que todas las instituciones que manejen o administren recursos del Estado, los cuales son ingresos del mismo para cumplir con sus fines, son entidades que deben rendir cuentas del manejo de dichos recursos.

En este sentido se deduce que todas las instituciones del sector público reciben los recursos señalados para gasto público y social, por lo tanto todas las instituciones del sector público están obligadas a rendir cuentas sobre la gestión y administración de dichos re-

cursos ante la sociedad. Lo aseverado es reafirmado con el precepto contenido en la Constitución de la República del Ecuador (2008) que indica que “las instituciones y entidades que reciban o transfieran bienes o recursos públicos se someterán a las normas que las regulan y a los principios y procedimientos de transparencia, rendición de cuentas y control público” (Art. 267).

De esta manera, los límites para la rendición de cuentas no están marcados por la naturaleza de una institución, sea esta pública o privada, los límites son determinados por el hecho de que una institución maneje o administre recursos públicos. Es así que una institución privada también estará obligada a rendir cuentas si la misma maneja recursos públicos del Estado. Un ejemplo del presente caso se puede dar en aquellas organizaciones privadas que reciban recursos del Estado, por mandato de la Constitución (2008), para “la investigación científica, el desarrollo tecnológico, la innovación, la formación científica, la recuperación y desarrollo de saberes ancestrales y la difusión del conocimiento” (Art. 388).

Individualizando a las instituciones públicas en las personas naturales que las representan, se debe señalar que de conformidad con la Ley Orgánica del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social (2009), quienes están obligados a rendir cuentas en función de dicha representación son “las autoridades del Estado electas o de libre remoción, representantes legales de empresas públicas o personas jurídicas del sector privado que manejen fondos públicos o desarrollen actividades de interés público” (Art. 13). A pesar que estas son las personas que afrontan la rendición de cuentas, sin embargo se podrá establecer responsabilidad administrativa, civil o penal de aquel servidor que atente al correcto desenvolvimiento del proceso de redición de cuentas.

## **6. Proceso de rendición de cuentas**

Una vez que se ha podido determinar las instituciones que están obligadas a rendir cuentas, es momento de establecer las actividades que comprende la rendición de cuentas con la sociedad.

En primer lugar se debe señalar, que el organismo encargado de establecer los mecanismos para la rendición de cuentas es el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social. Este órgano al constituirse como promotor de la participación ciudadana y consecuentemente del control social, ha sido el delegado para determinar las directrices de cómo se deben realizar los procesos de rendición de cuentas a la sociedad, a fin de que las entidades obligadas a ejecutar dicho proceso puedan enmarcarse en las políticas dictadas por este Consejo.

De conformidad con La Ley Orgánica del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, (2009, Art. 10), se ha establecido la información básica que debe contener el proceso de rendición de cuentas, sin perjuicio de las directrices emanadas del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social para el efecto. Así, este proceso al menos deberá contener la siguiente información:

*1. Cumplimiento de políticas, planes, programas y proyectos.*

En lo que respecta a las políticas, son decisiones adoptadas por las instituciones con el propósito de alcanzar los objetivos que se han planteado. En el presente caso, al estar inmerso el manejo de recursos públicos, sus objetivos deben estar encaminados a cumplir con el fin del Estado, alcanzar el bien común de las personas, a través del gasto público y social. En vista de que estas políticas tienen afectaciones sociales, es adecuado que las mismas sean presentadas a la sociedad para su respectiva evaluación.

Mientras que los planes en cambio hacen referencia a decisiones de carácter general, las cuales establecerán lineamientos políticos fundamentales, prioridades que se derivan de las políticas señaladas, asignación de recursos de conformidad con las prioridades indicadas, mecanismos para alcanzar los objetivos y metas planteadas, trazando así el curso del desarrollo de la institución. Dentro de los planes se engloban a los programas y proyectos. En la práctica, las instituciones públicas alinean todos sus programas y proyectos con el Plan Nacional de Desarrollo, el cual se ha denominado Plan

Nacional para el Buen Vivir, con el fin de que los objetivos del mismo sean cumplidos buscando el beneficio social.

Los programas derivan del conjunto de proyectos, los cuales como se ha mencionado se tienen que relacionar entre sí, con el fin de cumplir los objetivos y metas planteados por determinada institución. Mientras que los proyectos se los definirá como un conjunto de actividades que buscan producir bienes y servicios para la satisfacción de necesidades de la sociedad.

De esta forma las instituciones deberán presentar tanto las políticas, planes, programas y proyectos que se encuentren desarrollando, con el fin de que la sociedad observe los beneficios que se generan en su favor. Es evidente que todo el financiamiento de estos instrumentos de planificación deriva de los recursos del Estado asignados para el efecto, por lo cual hay plena coherencia entre el tema de los recursos públicos y los instrumentos de planificación que deben ser presentados en la rendición de cuentas en el presente punto.

## *2. Ejecución del presupuesto institucional.*

El presupuesto institucional implica el conjunto de ingresos y gastos programados por determinada institución. “[...] el conjunto de sus gastos y sus recursos es previsto con adelanto, generalmente para un año” (Villegas, 2000, p. 369).

El Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas (2010) determina que “Cada entidad y organismo sujeto al Presupuesto General del Estado formulará la proforma del presupuesto institucional, en la que se incluirán todos los egresos necesarios para su gestión” (Art.100). En definitiva se deberá presentar a la sociedad la forma en que se ha manejado los ingresos de las instituciones, provenientes de recursos públicos. Se deberá detallar tanto la cantidad de ingresos que se han dado a una institución, como los egresos, en que se ha gastado dichos recursos, y de qué forma los mismos han generado un beneficio social para el bien común de la sociedad.

### *3. Cumplimiento de los objetivos y el plan estratégico de la entidad.*

El presente punto se relacionará con el primer punto explicado. La planificación estratégica “tiene que ver con la gestión de los grandes objetivos nacionales y en ese sentido es de mediano y largo plazo” (Sánchez, 2002, p. 17). El plan estratégico, estará conformado por proyectos y programas, los cuales se encaminan al cumplimiento de los objetivos y misiones de la institución, en búsqueda del bien común y a la satisfacción de necesidades. En el presente caso se debería rendir cuentas de la planificación estratégica institucional de cada entidad, y como dicha planificación ha ido cumpliendo con sus objetivos trazados.

### *4. Procesos de contratación pública*

Los procesos de contratación pública son aquellos en que el Estado adquiere bienes y servicios o ejecuta obras, a través del uso de recursos públicos. Para que dicho proceso sea ejecutado debe existir la planificación correspondiente, la cual se expresa a través del Plan Anual de Contratación, documento en el cual cada una de las entidades públicas establecen sus necesidades institucionales, a fin de adquirir bienes y servicios o ejecutar obras, en favor de la ciudadanía en general. La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (2008), determina que los Planes de Contratación Pública estarán “asociados al Plan Nacional de Desarrollo y a los presupuestos del Estado” (Art. 22). En definitiva, se debe presentar a la sociedad la forma en que las instituciones públicas han adquirido bienes, servicios u obras, ya que dichas adquisiciones también representan un uso de los recursos públicos.

### *5. Cumplimiento de recomendaciones o pronunciamientos emanados por las entidades de la Función de Transparencia y Control Social y la Procuraduría General del Estado.*

La Ley Orgánica del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social (2009) señala que “El Consejo deberá realizar acciones de monitoreo y seguimiento periódico a los procesos de rendición de cuentas concertados con las instituciones y la ciudadanía;

analizar los métodos utilizados, la calidad de la información obtenida y formular recomendaciones” (Art.12). En virtud de la normativa expuesta se debe señalar que el Consejo de Participación Ciudadana será el encargado de receptor los informes de las rendiciones de cuentas de las instituciones que por obligación legal deben realizarlos, y emitirá recomendaciones cuando la información presentada o los procesos de rendición de cuentas no hayan sido de óptima calidad. La ciudadanía evaluará que las recomendaciones dictadas por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social respecto al proceso de rendición de cuentas de determinada institución sean cumplidas.

Cabe señalar que la Función de Transparencia y Control Social además de estar conformada por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, también forman parte de ella la Defensoría del Pueblo, la Contraloría General del Estado y las Superintendencias. Por ende, el cumplimiento de las recomendaciones y pronunciamientos dictados por las entidades indicadas, será evaluado en la rendición de cuentas respectiva.

En cuanto a la labor del Procurador General del Estado en temas relacionados a la rendición de cuentas, la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado (2004) señala que dicha institución tiene la función de “Absolver consultas y asesorar a los organismos y entidades del sector público, así como a las personas jurídicas de derecho privado con finalidad social o pública, sobre la inteligencia o aplicación de las normas, legales o de otro orden jurídico” (Art. 3 letra e). En tal virtud, la ciudadanía debe observar en el proceso de rendición de cuentas que las instituciones públicas cumplan con los pronunciamientos del Procurador General del Estado, más aún en el caso de las que pertenecen a la Administración Pública Central ya que dichos pronunciamientos en tales entidades son de cumplimiento obligatorio. Se debe destacar que la Procuraduría General del Estado, con el objetivo de velar la debida gestión de los recursos públicos también tiene entre sus funciones supervisar los procesos judiciales de las entidades que cuenten con recursos públicos, sean

instituciones públicas o privadas, incluso pudiendo promover e intervenir en estos juicios a favor de dichas entidades.

*6. Cumplimiento del plan de trabajo presentado ante el Consejo Nacional Electoral, en el caso de las autoridades de elección popular.*

Todas las personas que desean postularse para un cargo de elección popular, deben presentar al Consejo Nacional Electoral un Plan de Trabajo Plurianual, respecto del cargo postulado, en el cual determinarán las propuestas y estratégicas que adoptarán en el ejercicio de su cargo, en el supuesto caso de ser electos, mediante el análisis de la situación actual, y debiendo plantearse objetivos. De conformidad con la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia (2009), dicho plan también se debe establecer “mecanismos periódicos y públicos de rendición de cuentas de su gestión” (Art. 97, numeral 4). De lo expuesto, lo que la sociedad busca es que las autoridades de elección popular cumplan con sus planes propuestos una vez que alcancen las respectivas dignidades, a fin de que los planes de trabajo no terminen como propuestas electorales que no fueron cumplidas. Estos planes incluso deben contener más mecanismos de rendición de cuentas, con lo cual se fomenta la participación ciudadana y el control social.

*7. En el caso de las empresas públicas y de las personas jurídicas del sector privado que presten servicios públicos, manejen recursos públicos o desarrollen actividades de interés público deberán presentar balances anuales y niveles de cumplimiento de obligaciones laborales, tributarias y cumplimiento de objetivos.*

Como ya se señaló anteriormente, no solo las instituciones públicas están obligadas a rendir cuentas sobre su gestión, todas las instituciones que manejan recursos públicos también deben hacerlo. En este sentido, las entidades de derecho privado o las empresas públicas deberán presentar documentación que justifique el uso de recursos públicos. De igual manera el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social deberá emitir directrices a estas entidades para este proceso.

*8. Las demás que sean de trascendencia para el interés colectivo.*

El Consejo de Participación Ciudadana y Control Social es el vínculo que tiene la sociedad con los estamentos de orden público, por lo tanto por medio de este órgano la sociedad debe expresarse, y de ser el caso proponer temas que deban ser incluidos en el proceso de rendición de cuentas de todas las instituciones. De esta manera, las propuestas ciudadanas pueden ser canalizadas como directrices del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social en este tipo de procesos, como órgano constitucionalmente competente para ello.

## **7. La Práctica del Proceso de Rendición de Cuentas**

Dentro del modelo de rendición de cuentas, la Función Ejecutiva, presidida por el Presidente de la República, está obligada a la rendición de cuentas.

Para el caso de las instituciones públicas que forman parte del Ejecutivo, anteriormente se establecieron Consejos Sectoriales, los cuales consistían en instancias de obligatoria convocatoria institucional, destinados a la revisión, articulación, coordinación, armonización y aprobación de la política ministerial e interministerial dentro de su sector y su sujeción al Plan Nacional de Desarrollo. La rendición de cuentas en la Función Ejecutiva se realizaba a través de estos Consejos Sectoriales con el fin de que cada Consejo, presidido por el respectivo Ministerio Coordinador, presente a la ciudadanía la gestión de los recursos públicos en su sector.

A la presente fecha, la gestión organizacional de la Función Ejecutiva se ha modificado sustancialmente, eliminándose los Ministerios Coordinadores, creando nuevos Consejos Sectoriales. Sin embargo, estos Consejos actualmente no tienen función alguna relacionada a la rendición de cuentas, e inclusive se determina que ninguna entidad de esta función tiene potestad alguna en lo que respecta a la articulación del proceso de rendición de cuentas.

En lo que se refiere a la Función Legislativa, la rendición de cuentas debe ser realizada por cada uno de los asambleístas que confor-

man el cuerpo legislativo, como autoridades que fueron electas por sufragio universal.

En lo que respecta a la Función Judicial, la rendición de cuentas la viene realizando el Consejo de la Judicatura como órgano de gobierno de la presente función, a través de su Presidente.

De igual forma la Función Electoral rinde cuentas a través del Consejo Nacional Electoral, y además es el órgano que debe verificar que las organizaciones políticas y sus candidatos presenten mecanismos de rendición de cuentas dentro de sus planes de trabajo. La Función de Transparencia y Control Social rendirá cuentas a través de las máximas autoridades de cada institución que la conforman.

Respecto de los Gobiernos Autónomos Descentralizados GADS se debe establecer especial énfasis en la mismos, ya que la Constitución de la República (2008) determina que en todos los niveles de gobierno tiene que “fortalecer la democracia con mecanismos permanentes de transparencia, rendición de cuentas y control social” (Art. 100 numeral 4). En tal virtud, tanto los niveles provinciales como municipales, tienen la potestad de fomentar la innovación de mecanismos para la rendición de cuentas, a través de las potestades normativas que les han sido conferidas, dentro del marco de sus competencias.

En caso de que las entidades obligadas a rendir cuentas no lo hicieren dentro del periodo establecido por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, que no puede exceder a un año, esta entidad en aplicación a las disposiciones establecidas en la Ley Orgánica del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social (2009) “remitirá la queja a la Contraloría General del Estado para que inicie el proceso de investigación sobre la gestión de las autoridades obligadas” (Art. 11).

De lo expuesto se puede determinar, al menos en la legislación se encuentra bastante bien regulado los aspectos inherentes a la rendición de cuentas de todas las instituciones, incluso otorgándose facultades de supervisión y control al Consejo de Participación Ciudadana y Control Social.

En el campo práctico la situación es diferente. Si bien es cierto que la normativa legal en relación a rendición de cuentas ha obligado a que todas las instituciones tanto públicas como privadas realicen una explicación de su gestión a la ciudadanía en el uso de recursos públicos, sin embargo estos procesos son poco difundidos, la ciudadanía desconoce de los mismos o se presentan casos en los cuales ciertas instituciones no rinden cuentas, o las rinden pero con información ajena totalmente al uso de recursos públicos, inclusive incentivándose más al proselitismo político que a la rendición de cuentas.

Lo aseverado se puede demostrar en la poca difusión que tienen estos procesos. El ciudadano común no sabe cómo ni cuándo se realizan los procesos de rendición de cuentas, en que su participación es de vital importancia. Incluso ni los medios de comunicación han hecho énfasis en tales rendiciones.

## **Conclusiones**

Los procesos de rendición de cuentas son instrumentos que debidamente socializados, constituyen herramientas importantes para el control del gasto de recursos públicos por parte de la ciudadanía.

En el Ecuador hemos dado el primer paso que es tener un marco jurídico que regule los procesos de rendición de cuentas, y hemos progresado en cuanto a los temas inherentes a la planificación de las actividades estatales a través de programas y proyectos cohesionados entre si; sin embargo debemos poner en práctica la normativa señalada con el fin con la cual la misma fue dictada, solo así se podrán brindar herramientas de control social a la ciudadanía para fomentar el respeto en el manejo de recursos públicos. Si los procesos de rendición de cuentas se convierten en plataformas de índole político estos procesos habrán fracasado.

Cada ciudadano, sin necesidad de pertenecer o representar a un grupo social debe tener la facultad de participar en los procesos de rendición de cuentas. Eso es lo que implica la participación ciudadana, el acercamiento de los miembros de la sociedad a la labor pública, sin discriminación alguna.

## Bibliografía

### Fuentes Doctrinarias:

- Ahumada, G. *Tratado de Finanzas Públicas*. (t.1). Buenos Aires: Depalma, 1968.
- Andrade, S. *La Nueva Constitución del Ecuador: Estado, derechos e instituciones*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar Sede Ecuador y Corporación Editora Nacional, 2009.
- Cabanellas, G. *Diccionario Jurídico Universitario*. (t.II). Buenos Aires: Editorial Heliasta S.R.L., 2004.
- Groves, H. *Finanzas Públicas*, México D.F.: Editorial F. Trillas S.A., 1965.
- Marienhoff, M. *Tratado de Derecho Administrativo*. (t.V). Buenos Aires: Lexis Nevis Abeledo Perrot, 1982.
- Sánchez Albavera, F. *Planificación estratégica y gestión pública por objetivos en SERIE Gestión Pública*. (No. 32). Santiago de Chile: Publicación de las Naciones Unidas, 2002.
- Troya, J. *Manual de Derecho Tributario, De la actividad financiera y otras ciencias que tratan de ella*. Quito: Documento actualizado versión digital sin publicar, 2011.

### Fuentes Normativas:

- Constitución de la República del Ecuador*. (2008).
- Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas*. (2010).
- Ley Orgánica del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social*. (2009).
- Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, Montecristi (2008).
- Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado*. (2004).
- Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia*. (2009).



## Capítulo X

# RESPONSABILIDAD JURÍDICO-CIVIL Y PREVENCIÓN DE BASE NORMATIVA EN EL ÁMBITO LABORAL QUE CONDENA AL EMPLEADOR MOROSO

Diana Gabriela D'Ambrocio<sup>111</sup>

*Dedicado a todos y cada uno de mis estudiantes, quienes son mi razón de ser docente.*

**Sumario:** Resumen. **I. La responsabilidad jurídico-civil:** a) Contextualización. b) Elementos comunes a todo tipo de responsabilidad: la conducta o cuestión fáctica; la culpa; el daño cierto, personal y antijurídico; y, el nexo causal. c) Clases de Responsabilidad jurídico-civil: contractual y extracontractual. **II. Derecho de daños y prevención:** a) El daño se puede prevenir?. b) Principio de reparación integral y equidad. c) La conducta debida y el deber de cooperación. d) Fundamentos primordiales de los deberes de evitación y mitigación del daño: la buena fe objetiva, la razonabilidad, la solidaridad, el *alterum non laedere*. **III. El trabajo en el Estado “constitucional, de derechos y justicia”:** a) Cuestiones preliminares. b) El derecho al trabajo en el marco normativo constitucional (Ecuador). **IV. La prevención de base normativa de carácter laboral que condena al empleador moroso:** a) Precisiones terminológicas: El trabajo, el derecho al trabajo y el derecho del trabajo. b) La prevención a través de medidas de carácter jurídico. c)

---

<sup>111</sup> **Diana Gabriela D'Ambrocio.** Licenciada en Ciencias Públicas y Sociales; Abogada de los Tribunales y Juzgados de la República; Doctora en Jurisprudencia; Magister en Ciencias Jurídicas de la Administración de Justicia; y, Diplomada en Derecho Constitucional, títulos otorgados por la Universidad Central del Ecuador. Mediadora Profesional formada por el Colegio de Abogados de Pichincha, con el aval de la Universidad San Francisco de Quito. Actualmente Estudiante del Ph.D. en la Universidad Católica de Argentina. Ex asesora de la Sala de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia; y, docente de la Universidad Indoamérica, desde hace aproximadamente 12 años atrás.

Responsabilidad Laboral: pago de remuneraciones. d) Análisis de la norma legal y resolución dictada por la Corte Nacional de Justicia de Ecuador, en torno al pago de remuneraciones y condena al empleador moroso.

### Resumen:

El ser humano es sociable por naturaleza o por instinto<sup>112</sup>, y esa relación intersubjetiva entre sus semejantes que puede ser de tan variada índole –por ejemplo entre empleadores y trabajadores–, se desarrolla por medio de acciones y omisiones, de las cuales puede derivar un daño y con ello cierta responsabilidad, generando la obligación subsecuente de indemnizar los perjuicios ocasionados. Sin embargo, esta visión indemnizatoria frente al daño generado, no puede ser el andamiaje en el que se desenvuelvan las actividades de las personas, ya que la construcción de su proyecto de vida –entendido como la realización integral del ser humano– no se centra únicamente en la existencia de un ordenamiento jurídico que se concentre en la reparación o compensación de los perjuicios que sufren las víctimas –una labor remedial que objetivamente es indispensable–, pero siempre tardía y muchas veces insatisfactoria, pues en los momentos actuales en los que priman principios y valores como la buena fe, la cooperación, la solidaridad, el respeto por la dignidad humana, la prohibición de regresión, la irrenunciabilidad e intangibilidad de los derechos laborales, entre otros, la norma jurídica debe encaminar su labor a buscar prioritariamente que los daños no se presenten, esto es, se debe privilegiar la prevención y la evitación de los perjuicios. En este contexto, cabe señalar que la función de la responsabilidad civil, no se limita a la tradicional función indemnizatoria o reparatoria una vez que el daño ha sido perpetrado, sino que tiene un papel

---

112 El doctor R. Borja Cevallos, ex Presidente de la República del Ecuador, en su libro *Derecho Político y Constitucional*. Quito, Editorial Casa de la Cultura Ecuatoriana, 1971, pp. 9-10, cita a los sociólogos Dealey y Ward, quienes sostienen que el hombre no es sociable por naturaleza, sino que su razón y evolución le ha llevado a comprender que sus fuerza son tan desiguales a sus necesidades, llegando de esta forma a comprender las ventajas de la vida colectiva. Años antes y en contraposición con lo expuesto, Aristóteles había afirmado que el hombre es un ser social por naturaleza, para permanecer aislado, fuera de todo contacto social, debería ser un ser superior (dios o héroe) o inferior al hombre (bestia).

más relevante, que es la tarea de prevenir y mitigar los daños que puedan ocasionarse por acciones u omisiones humanas. De hecho si de responsabilidad se trata, tanto individual como colectiva, es necesario estimular la prevención no solo desde el ámbito penal o constitucional, sino a través del derecho privado, en donde se desarrollan quizá las actividades más trascendentes del devenir de las personas en sociedad, tal es el caso del trabajo, que en Ecuador se reconoce como un derecho y un deber social, base de la economía y fuente de realización personal. Precisamente, en este artículo se analiza una de las medidas de prevención de base jurídica y de carácter laboral que ha sido prevista en el ordenamiento normativo ecuatoriano, que condena al empleador moroso frente al incumplimiento de pago de las remuneraciones del trabajador, en tiempo oportuno.

**Palabras clave:** Responsabilidad jurídico civil, derecho de daños, prevención, estado constitucional, de derechos y justicia, condena al empleador moroso.

## 1. La responsabilidad jurídico-civil

### a) Contextualización

La palabra responsabilidad, deriva del latín *responsum*, que significa literalmente “respuesta” o el deber de responder por algo o por alguien. La doctrina refiere que: “Jurídicamente el término responsabilidad se concreta como la obligación de asumir las consecuencias de un hecho, de un acto, de una conducta...”,<sup>113</sup> en este contexto cabe señalar que la acción u omisión humana pueden provocar un *eventus damni*, que dan origen a la responsabilidad de la persona, frente a otra a quien le afecta el hecho dañoso.<sup>114</sup>

Por su parte, la responsabilidad civil ha sido definida en la literatura especializada como “...la obligación de asumir las consecuencias patrimoniales económicas, derivadas de un hecho, conducta o

113 G. Martínez Rave, *Responsabilidad Civil Extracontractual*. Bogotá, Editorial Temis S.A., 1998, p.3.

114 Cf. J. Adame Goddard, *Filosofía social para juristas*. México, McGraw-Hill, 1998, pp. 121-122

acto que ha ocasionado una lesión a un patrimonio ajeno...”,<sup>115</sup> debiendo precisarse que la misma no se encuentra limitada únicamente a asuntos civiles, sino que se aplica a conflictos laborales, de familia, comerciales, contencioso administrativo e inclusive en los que pertenecen al ámbito tributario.

De lo expuesto se colige que el ser humano al desarrollar sus actividades diarias y en ese interactuar con los demás de su género, se enfrenta de manera constante a la posibilidad de incurrir en responsabilidad por hacer o dejar de hacer algo; en este sentido y de manera general, se concibe la responsabilidad jurídico civil, como el vínculo jurídico existente entre dos o más personas, que llegan a ser antagónicas, pues en el un extremo se encuentran las que por acción u omisión ocasionan el daño y, por otro, las que lo sufren, de lo cual deriva el deber de resarcimiento. “De este modo, el daño, en su significado más lato, es el factor determinante y fundamenta la responsabilidad civil”.<sup>116</sup>

Es importante señalar que, las consecuencias de la responsabilidad jurídica, dependen de las normas u obligaciones cuya inobservancia dieron lugar al daño, razón por la cual es necesario diferenciar la responsabilidad jurídico penal –basada en normas de derecho público que protegen o tutela intereses generales de la colectividad–, de la responsabilidad jurídico civil –sustentada en normas que protegen intereses privados, ya sean individuales o colectivos–, pues la primera permite ejercer al Estado el *ius punendi*, imponiendo una sanción previamente establecida, en atención a los principios de legalidad y tipicidad –generalmente pena privativa de libertad–, a quien subsume su conducta en el presupuesto hipotético contenido en la norma de tipo penal; mientras que la segunda, esto es, la responsabilidad jurídica civil, conlleva la obligación de asumir las consecuencias patrimoniales de la acción u omisión humana, que provoquen un daño privado –particular– en las personas.

---

115 G. Martínez Rave, *Responsabilidad Civil*, *Ibidem*, p. 4

116 F. Vidal Ramírez, “La responsabilidad civil” en: Revista de la Pontificia Universidad Católica de Perú [en línea] <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/viewFile/6527/6607> [consulta: 12 de febrero 2019].

El profesor Gilberto Martínez Rave, manifiesta que para que nazca la responsabilidad jurídico-civil, no es necesario de que exista el nexo entre el daño y la acción u omisión imputable a una persona, pues también se puede atribuir a un ser animado o a una cosa inanimada –aunque necesariamente aquellos deben vincularse con el individuo sobre el cual recaerá la responsabilidad de indemnizar–, sin que intervenga de manera directa un ser humano, pues afirma que lo relevante es la relación inmediata y directa de la cosa con el objeto o persona lesionada.<sup>117</sup>

Una vez que se ha precisado tal diferencia, corresponde referirse al daño ocasionado y la subsecuente indemnización, en tal sentido, conviene precisar *ex ante*, que el término *punitive damages* -pena privadano sanción con fines ejemplarizantes- de origen anglosajón no encaja en la tradición codificatoria europea continental, a la cual pertenece el Ecuador, pues se establece una línea divisoria entre las normas con proyección indemnizatoria y las que tienen una función punitiva a cargo del Estado, que reconoce el presupuesto hipotético penal, y en ciertos casos admite el derecho administrativo sancionador y en el ilícito tributario. La crítica que se opone a la figura de los *punitive damages*, se sustenta en razones de derecho constitucional, bajo la premisa de que la aplicación de una pena debe darse dentro de las reglas, principios y garantías previstos en el ordenamiento constitucional, como son el *nullum crimen, nulla poena sine lege, non bis in ídem* y presunción de inocencia, debiendo también observar la normativa regulatoria del derecho privado, entre las cuales consta precisamente, la responsabilidad que tienen los empleadores frente a sus trabajadores, o los herederos frente a la situación patrimonial del causante, o los medios de comunicación por la información entregada a la ciudadanía; agregando que no puede considerarse justo, equitativo ni proporcional, castigar a quien infringió un daño, con valores que superan el importe económico del mismo. Estos argumentos si bien parecerían ser valederos, no reflexionan sobre la importancia de prevenir el daño a través de la disuasión y sanción, y en último caso la reparación, cumpliendo de este modo no solo una

---

117 G. Martínez Rave, *Responsabilidad Civil, Ibídem*, p. 12

función indemnizatoria, sino un cometido de índole social, que es el bienestar de los sujetos de que de una u otra forma se ven inmersos en el tema de la responsabilidad civil.

En líneas subsiguientes se analizarán los elementos que integran el concepto de responsabilidad, por lo que solo se dejará sentado que el daño es el efecto lesivo de carácter patrimonial, físico o moral que deriva de la actuación u omisión, ya sea de los particulares como de los organismos e instituciones del Estado; la indemnización es la compensación económica que tiene como objetivo reparar al afectado por la vulneración de un derecho o por un perjuicio provocado por un tercero; y, la reparación es la compensación –que abarca la restitución, indemnización y satisfacción– por un hecho o una actuación lesivos contra una persona o su patrimonio.

En el ámbito nacional, el Código Civil ecuatoriano, ha previsto que las obligaciones pueden nacer de los contratos o convenciones, de un acto de voluntad, de los cuasicontratos, de los delitos o cuasidelitos y por disposición de la ley,<sup>118</sup> en consecuencia, la indemnización por un acto o hecho dañoso derivado de cualquiera de los presupuestos establecidos en la norma, procede una vez establecida la responsabilidad de la persona o personas que lo cometieron.

### ***b) Elementos comunes a todo tipo de responsabilidad***

La doctrina no es uniforme en cuanto a los elementos que integran el concepto de responsabilidad, de tal forma que para ciertos autores son: el daño, la culpa y el vínculo entre la culpa y el daño; para otros, son la comisión del daño, la culpa, y la relación de causa-efecto entre el hecho y el daño; para otro tratadista, en la responsabilidad contractual y extracontractual hay elementos que les son comunes, pues las dos exigen una conducta del individuo; otro escritor indica que la responsabilidad se integra de “supuestos de hecho”, a saber: un comportamiento, entendido como acción u omisión; un resultado lesivo de intereses jurídicamente relevantes y una relación de relevancia normativa entre el comportamiento y el resul-

<sup>118</sup> Código Civil del Ecuador, publicado en el Registro Oficial Suplemento N° 46 de 24 de junio de 2005, artículo 1453.

tado; y, agrega que el comportamiento debe ser jurídicamente relevante desde la perspectiva de la producción del resultado.<sup>119</sup>

La literatura especializada internacional, ha señalado los elementos comunes a todo tipo de responsabilidad (R), y son: la conducta (C); la culpa o dolo (c) en los casos de responsabilidades subjetivas, precisándose que tratándose de responsabilidades objetivas la culpa no es un requisito, y por tanto no es necesaria su existencia para hacer nacer la obligación de reparar los daños; el daño cierto personal y antijurídico (D) y el nexo causal entre la conducta y el daño (N).<sup>120</sup>

### *La conducta (C) o cuestión fáctica*

La conducta humana, la cuestión fáctica o el hecho, que puede ser la acción -comportamiento positivo que implica ejecutar o llevar a cabo una determinada conducta- u omisión -comportamiento negativo que implica la ausencia de acción-, que a través del daño modifica una situación anterior, sin que necesariamente provenga del ilícito penal, da origen a la responsabilidad, la misma que puede ser directa, cuando la persona que ocasiona el daño es directamente responsable, y que a su vez puede ser contractual o extracontractual, en el primer caso, por infracción a una o varias de las estipulaciones pactadas previamente, o en el segundo caso por la comisión de un hecho que provocó daño. También puede provocarse la responsabilidad indirecta o por hechos cometidos por terceras personas, diferentes de las que deben asumir la obligación de responder por la obligación de pagar la indemnización. Una tercera posibilidad, es aquella que produce esa modificación de la realidad de una persona,

119 Cf. H. Mazeaud, *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*. Argentina, Ediciones Jurídicas Europa América, t.1, 19615, p. 292; R. Rojina Villegas, *Compendio de derecho civil*. México, Porrúa, 200626, t. III, pp. 279-289. J. Tamayo Jaramillo, *De la responsabilidad civil, teoría general de la responsabilidad. Responsabilidad contractual*. Santa Fe de Bogotá, Temis, 1999, t. I, p. 169; J.M. Rivero Sánchez, *Responsabilidad civil con anotaciones de jurisprudencia de la sala constitucional y de la sala primera de la Corte Suprema de Justicia*. Medellín, Ediciones jurídicas Areté-Biblioteca Jurídica Dike-Fondo de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Escuela Libre de Derecho, 20012, t. II, p. 70.

120 C.I. Jaramillo Jaramillo, *Los deberes de evitar y mitigar el daño en el derecho privado. Funciones de la responsabilidad civil en el siglo XXI y trascendencia de la prevención*. México, Editorial Porrúa, p. 63.

por el impacto, contacto o efecto de un objeto que puede ser inanimado como las cosas, o animado como los animales.<sup>121</sup>

### *La culpa (c)*

Este factor pretende vincular la cuestión fáctica con la voluntad o intención positiva del presunto responsable, sin embargo, la corriente moderna en lo que se refiere a la responsabilidad jurídico civil, tiende a restar importancia a este elemento, pues el sustento para la existencia de aquella, es la evidencia de un daño cierto.

El Código Civil ecuatoriano, distingue varias especies de culpa o descuido: La denominada “culpa grave, negligencia grave o culpa lata”, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que suele emplear en la gestión de negocios propios; la llamada “culpa leve, descuido leve o descuido ligero”, implica la falta de diligencia y cuidado; la “culpa o descuido”, sin otra calificación forma parte de la culpa o descuido leve; la “culpa o descuido levísimo”, que se concibe como la falta de esmerada diligencia que se emplea en la administración de negocios importantes; y, finalmente la disposición normativa define al dolo *animus dammandi o nocendi*, como la intención positiva de irrogar injuria a la persona o propiedad de otro.<sup>122</sup>

### *El daño cierto, personal y antijurídico (D)*

Toda persona posee dos clases de bienes, los llamados patrimoniales, que son susceptibles de valoración económica, como los derechos reales y personales; y, los llamados extrapatrimoniales, que no tienen una naturaleza económica y por tanto no detentan un valor de cambio medible en dinero; sin embargo, ambos tipos de bienes son susceptibles de sufrir menoscabo o daño por la acción u omisión antijurídica imputable a un tercero, que da lugar a la responsabi-

---

121 Cf. G. Martínez Rave, *Responsabilidad Civil, Ibidem*, p. 14; y, T. Honoré, “La causalidad en el derecho”, en: J. L. Fabra Zamora y V. Rodríguez Blanco (ed), *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*. México. Universidad Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica N° 713, 2015, p. 1479.

122 Código Civil del Ecuador, *Ibid*, artículo 29.

lidad y la consecuente obligación patrimonial económica de pagar una indemnización.

La palabra daño proviene etimológicamente del latín *damnum*, que significa condena o castigo e implica causar detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia a otras personas en sus bienes o en sus derechos, y se la asocia con los vocablos damnificar e indemnizar.

Martínez Rave, indica que daño es “El trastorno, menoscabo o lesión de un bien, un derecho o de un patrimonio, ya en su aspecto económico, pecuniario o material, o en su aspecto emocional o fisiológico, es un elemento indispensable para configurar la responsabilidad jurídico-civil. Si no hay daño, no hay responsabilidad civil...”.<sup>123</sup>

Para que el daño alcance la connotación de cierto, depende de que se justifique su existencia y por tanto “...la prueba es la premisa de demostración apta para derivar conclusiones, mediante procedimientos especialmente silogísticos con encadenamiento lógico de unas proposiciones con otras, a fin de llegar a la precisión, a la claridad y correspondencia exacta del pensamiento...”.<sup>124</sup> En este sentido, cabe precisar que en caso de litigio o controversia judicial, los medios probatorios en los que se sustente la pretensión del accionante para beneficiarse de una indemnización, deben ser útiles, pertinentes y conducentes, para demostrar el daño sufrido, pues esta es la forma de generar la convicción en el juzgadores respecto de la existencia del nexo causal entre las circunstancias fácticas y el daño causado.

Respecto de la antijuridicidad, el autor De Miguel Perales, ha manifestado:

“...es la cualidad del acto que viola una norma positiva o, en su defecto, el principio *alterum non laedere*, pero en todo caso esa violación debe existir, ya que de otro modo no es posible imponer a

123 G. Martínez Rave, *Responsabilidad Civil*, *Ibidem*, p. 16

124 A. Martínez Pineda, *Filosofía Jurídica de la Prueba*. México, Editorial Porrúa, 1995, p. 12.

nadie una obligación por un acto lícito del que, por definición, no ha podido surgir un daño injustificado y, por ello, reparable".<sup>125</sup>

De lo expuesto se establece que la ilicitud es un elemento esencial de la responsabilidad civil, ya que este presupuesto es el que permite determinar su existencia. En el mismo sentido la doctrina ha referido:

"Lo antijurídico no penal no consiste solamente en la violación de normas que impongan una conducta (...) sino también en la contravención del principio *alterum non laedere*, que es un principio general del derecho que informa todo el ordenamiento jurídico y que está integrado en él, fuente de una serie de deberes que nos obligan a comportarnos respecto a terceros con la corrección y prudencia necesarias para que la convivencia sea posible".<sup>126</sup>

Por lo tanto el daño derivado de la violación de normas que impongan una determinada conducta y de la inobservancia del principio que impone a las personas el deber de no ocasionar daño a los demás, lesiona un interés legítimo, y en estas circunstancias el derecho se activa sólo contra aquella lesión de interés que jurídicamente deba de ser reparada o indemnizada, es decir, contra el daño antijurídico.

Resulta interesante citar a Carnelutti, quien respecto al principio del *neminem laedere*, señaló:

"El deber genérico del *neminem laedere* probablemente no es más que una especie de hada Morgana que por mucho tiempo ha ilusionado, y continúa ilusionando, a los juristas. Tal deber jurídico no es en realidad otra cosa que la síntesis de todos los deberes específicos impuestos cada uno respecto de los demás (...) no se puede establecer que un acto *aliquem laedit*, si no se precisa que quien lo lleva a cabo *iure suo non utitur*, y no se puede establecer esto sin establecer que él tiene o no el deber de abstenerse; es decir:

---

125 C. De Miguel Perales, *La responsabilidad civil por daños al medio ambiente*. Madrid, Civitas, 1997, p. 108.

126 L. Díez Picazo y A. Gullón, *Instituciones de derecho civil*. Madrid, Tecnos 1998, p. 449.

¡no se puede decidir si el acto viola el deber jurídico sin saber si infringe un deber específico!”.<sup>127</sup>

Como se observa este autor considera que el deber de *alterum non laedere* representa una fórmula que sintetiza la suma de los deberes específicos a los que toda persona se halla sometida, sin que pueda considerarse como un deber autónomo, en consecuencia para determinar si un acto es antijurídico, no debe observarse el precepto general de *neminem laedere*, sino más bien algún deber específico impuesto por el ordenamiento jurídico.

#### *El nexa causal (N)*

La doctrina explica que el causalismo es un método filosófico y científico que intenta explicar los fenómenos que se producen en el diario acontecer, a través del estudio de las causas, en donde existe inexorablemente siempre una relación de causa-efecto; en esta línea argumentativa, la teoría de la causalidad adecuada<sup>128</sup>, “pretende establecer si determinados hechos causantes deben ser considerados jurídicamente relevantes y si los mismos permiten imputación objetiva del hecho a una determinada persona o circunstancia”.<sup>129</sup> Entonces, la responsabilidad jurídico civil, se produce cuando existe la vinculación entre el hecho –que es la causa– y el daño –que es el efecto–, independientemente de quien lo produjo, de tal forma que sólo puede estimarse como causa aquellos hechos de los cuales se puede esperar con base en criterios de probabilidad o de razonable regularidad, una consecuencia dañosa.<sup>130</sup>

La determinación del nexa causal entre la acción u omisión y el daño, se basa en la observancia de ciertas condiciones: a) Proximidad

127 Carnelutti, “Sulla distinzione tra colpa contrattuale ed colpa extracontrattuale”. En: *Riv. Dir. Comm.*, 1912, t. II, p. 744.

128 La teoría de la causalidad adecuada que es acogida por muchos teóricos civilista, fue desarrollada por Kries en Alemania, quien estableció que mientras una causa haga más probable el resultado, tendrá mayor aptitud para ser calificada como “causa adecuada” y en este contexto la experiencia del juzgador deberá establecer que resultados deben considerarse como resultado de una determinada causa y cuales no corresponden a la misma.

129 L. Diez Picazo, *Derecho de Daños*, (Madrid, Ed. Civitas, 1999), 341.

130 J. Suescún Melo, *Derecho privado, Estudios de derecho civil y comercial contemporáneo*. (Bogotá: Cámara de Comercio de Bogotá y Universidad de los Andes, 1996), 174.

entre el acto u omisión y el daño producido, dejando de lado los hechos remotos; b) Determinante, esto es que, sin el acto u omisión no se hubiera provocado el daño; y, c) Aptitud o adecuación de la causa para provocar el daño, a fin de establecer la responsabilidad del autor.<sup>131</sup>

### ***c) Clases de Responsabilidad jurídico-civil: contractual y extracontractual***

La tendencia tradicional –teoría dualista– concibe y trata separadamente la responsabilidad que surge del incumplimiento de los contratos o convenios, denominada contractual; de aquella que deriva del daño ocasionado a una persona que no tiene ningún vínculo con el causante, que se llama extracontractual.

La responsabilidad jurídico-civil contractual, deriva del incumplimiento o cumplimiento parcial o fuera de término, de las estipulaciones consignadas en un contrato, convenio o convención legalmente celebrados entre las partes.

La responsabilidad jurídico-civil extracontractual –derecho de *torts* o actos ilícitos civiles de carácter extracontractual–, surge de la acción u omisión que realiza una persona y que da lugar al hecho dañoso y consecuentemente a la obligación de indemnizar.

Entonces, el concepto de responsabilidad para Martínez Rave:

“comporta un conflicto entre dos intereses, y uno de ellos debe prevalecer sobre otro, que se ve obligado a sufrir la consecuencias patrimoniales o económicas de un hecho, de un daño. Es un conflicto entre dos patrimonios. Se es responsable, han sostenido los defensores de la teoría objetiva de la responsabilidad, porque se vive en sociedad, porque se vive en grupo y no se debe dañar a otros ni en su persona ni en sus bienes y cuando se dañe un bien u otra persona, se deben asumir las consecuencias patrimoniales. Quien rompe la tranquilidad social, el equilibrio de intereses, la armonía patrimonial, debe atenerse a las consecuencias y asumir-

---

131 A. Valencia Zea, *Derecho Civil Obligaciones*, Bogotá D.C., 1998, pp. 201-202.

las, así no haya tenido intención, negligencia o imprevisión de su parte, en la comisión del daño”.<sup>132</sup>

## 2. Derecho de daños y prevención

### a) *El daño se puede prevenir?*

La prevención o previsión no es más que el conocimiento anticipado que se tiene de posibles sucesos futuros, por ciertas señales o indicios, que permite adoptar medidas necesarias para enfrentar cualquier eventualidad, escasez, riesgo o daño futuro, pues resulta mejor prevenir que indemnizar, más aún cuando ninguna indemnización es capaz de erradicar la realidad histórica que deja el daño en las personas o en su entorno.<sup>133</sup>

Para Díez Picazo, la responsabilidad por daños, especialmente aquella que deviene de la culpa, se convierte en obligación exclusivamente en aquellos casos en que hubiera podido y debido prevenirse.<sup>134</sup> En este sentido se ha establecido que si bien al derecho civil se le ha reconocido una prevalente finalidad indemnizatoria o “reparatoria” *–ex post–*, esta no parece ser suficiente, o por lo menos no es lo que esperan las víctimas del daño, que más allá de la erogación económica por parte del causante, apuestan a la creación y aplicación de medidas de prevención y evitación del daño *–ex ante–*, bajo la idea de un derecho de daños más expansivo en cuanto a su actuación y aplicación.

Ordoqui, sostiene que “la función preventiva hoy pasa a ocupar el centro, tratando de inducir a quienes pueden dañar a adoptar todas las medidas de seguridad para evitar conductas dañosas”;<sup>135</sup> en concordancia el profesor Ubiría, ha señalado que:

132 G. Martínez Rave, *Responsabilidad Civil*, *Ibidem*, p. 23-24.

133 S. Rojas Quiñones, *Responsabilidad civil. La nueva tendencia y su impacto en las instituciones tradicionales*. Grupo Editorial Ibáñez, 2014, p. 108.

134 Cf. L. Díez Picazo, *Derecho de Daños*. Madrid, Ed. Civitas, 1999, p. 276.

135 G. Ordoqui Castilla, “Las funciones del derecho de daños de cara al Siglo XXI”, en: *Realidades y Tendencias del Derecho en el Siglo XXI*. Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, t. IV, v. 2, Editorial Temis, 2012, p. 7.

“La contemplación jurídica del daño no puede reducirse o limitarse a la dimensión *ex post*, la amenaza o probabilidad cierta de su acaecimiento (*ex ante*) es igualmente perturbadora de intereses que merecen tutela, y deben reputarse suficiente para que se active el mecanismo legal”.<sup>136</sup>

A continuación afirma que la prevención es atribuible a diversas áreas de conocimiento y campos de aplicación y en el área del Derecho, refiere que irradia a todo el sistema de derecho objetivo, al tratarse de un mecanismo de control social orientado a conducir el comportamiento deseado.

El mismo continente Sudamericano, la jurisprudencia especializada de Colombia, señala que:

“La previsibilidad de un perjuicio se encuentra en la posibilidad que tiene un deudor diligente de haberlo contemplado anticipadamente el efecto del incumplimiento de lo pactado en el contrato; contrario sensu, si falta dicha característica se estará en presencia de un daño imprevisible”.<sup>137</sup>

En doctrina existen dos vertientes académicas en el estudio económico del derecho de daños, en las que se ha puesto de relieve en tema de la prevención del daño: a) La primera que se basa en los estudios del profesor Richard Posner, juez norteamericano, quien indica que el fundamento central del derecho de *torts* –actos ilícitos civiles de carácter extracontractual– no es más que minimizar las pérdidas y los accidentes por vía de la prevención, pues asegura que es menos costoso evitarlos, teoría que se sustenta en el caso *U.S vs. Carrol Towing*, en el que se estableció que una conducta es culpable siempre y cuando los costos de prevenir los daños causados sean menores que la pérdida esperada. b) La segunda vertiente a cargo del profesor italiano Guido Calabresi, también juez norteamericano, que fundamenta sus ideas sobre el derecho de *torts*, precisando es

136 F.A Ubiría, Derecho de Daños en el Código Civil y Comercial de la Nación. (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2015), 46.

137 Corte Constitucional de Colombia, Enrique Javier Correa de la Hoz, Daljaira Diazgranados Vuelvas, Arlyz Romero Pérez y Miguel Cruz, Demanda de inconstitucionalidad en contra del inciso primero del artículo 1616 del Código Civil, sentencia C-1008-10, expediente D-8146.

relevante analizar cómo la sociedad debe enfrentar los daños producidos, asignando su costo a las medidas de evitación o prevención que se hayan implementado.

La autora Adela Segui, indica que la prevención se sustenta en la siguiente idea:

“...es imposible reparar lo irreparable ni de volver atrás sobre lo irreversible; se trata de impedir, de prevenir, de tratar con discernimiento para que los daños no se produzcan, de responsabilizar y de responsabilizarse (...) porque la naturaleza de los bienes afectados, cuyos perjuicios no son monetizables, fundamentalmente por su gravedad e irreversibilidad, exige un sistema de protección acorde a su naturaleza específica. Ese sistema no se concibe que pueda ser la reparación, sino que es preciso que los daños sean evitados...”<sup>138</sup>

En este contexto, es posible concluir que el daño es evitable y previsible y por tanto el causante está en la obligación de adoptar las medidas necesarias y estrategias integrales, con el objeto de prevenir los factores de riesgo que puedan devenir en responsabilidad civil y consecuentemente en el pago de indemnizaciones, por tanto la evitabilidad y los deberes de prevención son generados por la previsibilidad del daño.

#### ***d) Principio de reparación integral y equidad.***

La responsabilidad civil implica que la violación del *alterum non laedere* –el deber de no dañar a nadie– o del incumplimiento contractual, deviene en la reparación del daño causado bajo la idea de equidad o equivalencia, para propender al restablecimiento del equilibrio y tranquilidad de la víctima que vio afectada por el hecho dañoso en sus dimensiones material, corporal, social y sentimental. Sin embargo, la función reparatoria del derecho de daños no ha logrado tutelar de manera integral los intereses de las víctimas, pues se ha centrado en la indemnización, dejando de lado la restitución y satisfacción.

<sup>138</sup> A. Segui, “Prevención de los daños y tutela inhibitoria en materia ambiental”, en: *Revista de Derecho ambiental y daño*. Buenos Aires, Ed. La Ley, 2009, p. 15.

Tal criterio ha sido ratificado por Arturo Solarte Rodríguez, quien considera que:

“El propósito de la indemnización de perjuicios frente al daño extrapatrimonial opera más a la manera de una satisfacción o compensación que el ordenamiento brinda al perjudicado por las afecciones padecidas, que de una verdadera reparación o resarcimiento del daño efectivamente sufrido...”<sup>139</sup>

Al respecto, el profesor Ubiría, al analizar el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, señala que el referido cuerpo normativo reconoce dos modalidades de reparación, que son: en especie o *in natura*, que tiene por objeto regresar las cosas al estado anterior a la afectación, siendo el perjudicado quien tiene la facultad de optar por el reintegro específico cuando aquello es posible en la praxis; y, en dinero o pecuniaria, cuando los valores afectados son restaurados mediante el pago en dinerario que se considera equivalente al daño causado, a lo que se denomina indemnización y que representa la suma de dinero a la que tiene derecho la víctima por los daños resarcibles que se le ha ocasionado.<sup>140</sup>

### *e) La conducta debida y el deber de cooperación*

El deber de cooperación del acreedor en el cumplimiento de un contrato es determinante para producir un resultado que le va a ser útil, de tal forma que debe realizar todo aquello que este dentro del espectro de sus posibilidades, para que el deudor quede liberado de su deuda, en este sentido, su conducta debida se circunscribe a facilitar el pago y no agravar la situación del deudor, lo que de ningún modo implica que deba omitirse las condiciones de tiempo, lugar y modo, previamente acordados.

El tratadista español Diez-Picazo, afirma que el acreedor tiene una carga en la facilitación de la liberación del deudor, en tal sentido manifiesta:

---

139 A. Solarte Rodríguez, El principio de reparación integral del daño en el derecho contemporáneo. Tendencias de la responsabilidad civil en el siglo XXI. (Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana y Editorial, Diké, 2009), 139 y 140.

140 F.A Ubiría, *Derecho de Daños*, *Ibíd.* p. 286.

“No se trata de una conducta debida que otro pueda exigir, sino de una conducta necesaria sólo como requisito previo o como presupuesto del acto de ejercicio de una facultad. No se trata de un auténtico “deber”, sino de un “tener que” para poder hacer. Sobre el acreedor como tal no recaen auténticos deberes...”.<sup>141</sup>

### *f) Fundamentos primordiales de los deberes de evitación y mitigación del daño*

La responsabilidad civil y demás instituciones del derecho privado deben estudiarse al amparo de los principios y valores de orden constitucional, que en el caso del Ecuador se encuentran orientados a la protección y garantía de la dignidad humana, de tal forma que la prevención del daño injusto o no justificado consiste en la posibilidad de anticiparse a los hechos a fin de evitar o mitigar el daño.

Por tanto el deber de mitigar el daño conlleva el “deber libre”, en cuanto no coercible, pero necesario y de buena fe, para la realización del interés del sujeto en cuestión.

#### *La buena fe objetiva*

Uno de los principios generales del derecho, es la buena fe (objetiva), entendiéndose por tal a aquella que alude a la lealtad y corrección que deben observar las partes en el desenvolvimiento de las relaciones comerciales.

El principio de buena fe entraña un deber de cooperación y de solidaridad que deben observar las personas, para proteger no sólo sus propios intereses sino también los de aquellos que se benefician o perjudican con su actuar.

#### *La razonabilidad*

Lo razonable es entendido como lo justo, lo equitativo, por lo que la doctrina relacionada con el tema, pone en evidencia que, la obligación de moderar o evitar el daño incorpora la obligación de adoptar

---

141 L. Díez Picazo, “El contenido de la relación obligatoria”, en: *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 17, p. 359.

las medidas necesarias y razonables según las circunstancias, tendientes a mitigar la pérdida que resulte de un posible incumplimiento, por lo tanto, los efectos del incumplimiento se oponen a la pasividad del acreedor afectado, quien de manera razonable debería actuar para evitar, o reducir, las pérdidas que surgen del incumplimiento, y por tanto se considera que tal pasividad es el fundamento de las consecuencias desfavorables a su interés.

Se afirma desde la literatura especializada que el deber de mitigar el daño se divide en tres reglas: a) El acreedor deberá adoptar todas las medidas razonables para mitigar la pérdida que él mismo sufre a consecuencia del incumplimiento del deudor; b) Cuando se han adoptado las medidas necesarias para mitigar el daño, podrá recuperar el valor o recursos empleados para tal actividad; y, c) En los casos en los que se han adoptado las medidas razonables para mitigar el daño, la responsabilidad se limita a la pérdida generada efectivamente.<sup>142</sup>

### *La solidaridad*

Este fundamento promueve el compromiso de la víctima en la mitigación de los daños que en principio otro debería indemnizar, bajo el principio de solidaridad, que permite a la víctima esforzarse para moderar o evitar que el daño continúe.

De lo expuesto se colige la necesidad de transitar hacia un renovado enfoque de la responsabilidad civil, en cuya estructura lógica, la víctima y el dañador sean considerados a priori como partícipes solidarios en la acción dañosa, de tal forma que, el administrador de justicia tiene la responsabilidad de establecer los derechos y obligaciones de tales actores, y de acuerdo a las reglas de la sana crítica, resuelva el controvertido, en función de la conducta observada, el daño sufrido, el nexo causal y los criterios de justicia.

---

142 MacGregor, on Damages, Sweet & Maxwell Ltd. London, 1988, p. 280.

### *El alterum non laedere*

Este principio de origen romano, conocido también como *nemi-nem laedere* o *alter noeminem laedere* significa no dañar a otro y se encuentra consagrado de manera expresa o implícita en casi todos los ordenamientos jurídicos de tradición europeo continental, consecuentemente, todo daño causado en los derechos de la persona, se presume antijurídico.

Se concibe la operatividad de este principio tanto en el ámbito resarcitorio como en el preventivo, por lo que “no debe traducirse sólo como el que causa un daño debe repararlo, sino también como el que teme un daño tiene derecho a exigir la adopción de medidas que lo eviten”.<sup>143</sup>

## **3. El trabajo en el Estado “constitucional, de derechos y justicia”**

### ***a) Cuestiones preliminares***

El Ecuador en su historia constitucional reporta 20 constituciones,<sup>144</sup> marcadas por períodos históricos que, en función de la prevalencia ideológica consignada en sus textos, se podría dividir en constitucionalismo liberal e igualitario, o que en atención al modelo de

143 C.I. Jaramillo, *Los deberes de evitar y mitigar el daño en el derecho privado*. Bogotá, Editorial Temis S.A., 2013, p. 65.

144 En esta determinación numérica no consta la denominada “Primera Constitución Quiteña”, expedida en febrero de 1812, en la que se fusionan de alguna manera el contractualismo de Rousseau, el liberalismo de John Locke y el providencialismo con la impronta de Santo Tomás de Aquino y la de los escolásticos de medioevo, ya que según lo explica la doctrina, no se proclama la independencia frente a España, sino que como un acto de respaldo, se jura “obediencia y fidelidad” a la Corona Española, que había sido desplazada por Francia, debido a la invasión de Napoleón Bonaparte y la consecuente Guerra de Independencia 1808-1814. Además, se considera que el Ecuador comienza su vida republicana en el año de 1830 cuando se separa definitivamente de la Gran Colombia. Cf. R. Ávila Santamaría, *El Neoconstitucionalismo Transformador. El Estado y el derecho en la Constitución, de 2008*. Quito, Abya Yala Universidad Politécnica Salesiana, 2011, p.83-88; y, C. Landázuri Camacho, *Los inicios del Constitucionalismo Ecuatoriano. Las Constituciones de 1809 y 1812*. Anales de la Universidad Central del Ecuador, N° 372, Vol. 1, pp. 360-374. Las constituciones posteriores se expidieron en los años: 1830, 1835, 1843 denominada Carta de la Esclavitud, 1845, 1851, 1852, 1861, 1869 llamada La Carta Negra, 1878, 1884, 1897, 1906 denominada como La Constitución Atea, 1929, 1938, 1945, 1946, 1967, 1978 con la que el Ecuador retornó a la democracia, 1998 y 2008 que reconoce al Estado como “constitucional, de derechos y justicia”.

estado imperante por el valor asignado a sus normas, se clasificaría en estado legal y estado constitucional.

El último proceso constitucional del año 2008,<sup>145</sup> que reconoció al Ecuador como un "...Estado constitucional, de derechos y justicia...", intentó materializar las demandas reclamadas por sus ciudadanos, teniendo como su objetivo principal la eliminación de las inequidades sociales, políticas, jurídicas y económicas que se vivían al interior del Estado, en tal sentido se adhiere a la corriente del denominado "Nuevo Constitucionalismo Social Latinoamericano", que nace en momentos de crisis, frente a la desinstitucionalización, la desconfianza, la incertidumbre, la corrupción, la crisis de gobernabilidad, la ineficacia de la administración de justicia para garantizar los derechos de las personas y dar respuestas oportunas a las controversias judiciales, por la existencia de barreras económicas, sociales y culturales, generacionales, de género y geográficas, que impiden que exista una tutela judicial efectiva, la ineficiencia de la economía, la privatización de los sectores estratégicos como el energético, la marginación social de los grupos indígenas, el trato discriminatorio a ciertas personas y a ciertos grupos de atención prioritaria, etc.

Este modelo post-moderno, fue concebido como la mejor y la más justa de las formas de estado posible, que intenta aplicar una nueva filosofía a plasmarse a través de un renovado texto constitucional, que implica la formulación de una explicación "metafísica" del derecho, procurando formar una conciencia crítica y voluntad refundadora, fomentando la convivencia pacífica de las personas e impulsando una cultura de paz y la integración regional; garantizando la separación de funciones, construyendo una nueva forma de convi-

---

145 Este último proceso constitucional en Ecuador comenzó con la elección de Rafael Correa como presidente de la República en enero del año 2007, quien en abril del mismo año convocó a una consulta popular para elegir una Asamblea Constituyente, moción que fue aceptada, por lo que el referido organismo procedió a redactar el proyecto de nueva Constitución, que fue aprobado por referéndum el 28 de septiembre de 2008 con el 64% de votos válidos con la siguiente demografía electoral: habitantes inscritos 9'754.883; votantes: 7'395.360; votos a favor 4'7222.065; votos en contra 2'075.754; votos nulos 533.684; y, votos en blanco: 55.071. (Datos obtenidos del Tribunal Supremo Electoral del Ecuador, publicados en Political Data Base of the Americas [en línea] <http://pdba.georgetown.edu/Elecdata/Ecuador/refconst08.html> [consulta: 4 de abril 2009].

vencia ciudadana, basada en la diversidad y armonía con la naturaleza, para alcanzar el *sumak kawsay*;<sup>146</sup> aplicando de manera directa e inmediata la Constitución, reconociendo el bloque de constitucionalidad para la custodia de los derechos humanos, garantizando la vigencia y protección efectiva de los derechos de las personas, materializando la igualdad formal y material, promoviendo la tutela efectiva, la seguridad jurídica, el debido proceso, las garantías normativas, administrativas, judiciales, jurisdiccionales e internacionales, así como las políticas públicas; y, observando las normas que regulan la participación y organización del poder, como la intervención ciudadana en la toma de decisiones en asuntos que son de interés público, la democracia directa, para referirse a la iniciativa popular en la creación, reforma o derogación de normas; y, también la estructura territorial del Estado.

El artículo 1 de la Constitución de la República (2008), reconoce al Ecuador como un “Estado constitucional de derechos y justicia...”, acepciones fundamentales sobre las cuales se levanta la organización política y jurídica del Estado y que han determinado las modificaciones en relación a la concepción tradicional del derecho y de la ciencia jurídica;<sup>147</sup> así en observancia de las garantías normativas previstas en la Constitución, la Asamblea Nacional ha procedido a adecuar formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas (artículo 84 de la Constitución), de este modo se han reformado y derogado textos ju-

---

146 El término *sumak kawsay* se introdujo en la Constitución de la República del Ecuador, promulgada en el 2008, como un concepto de raíces andinas que significa “buen vivir”, que tiene una dualidad en cuanto a su significación, pues por un lado constituye una crítica de la situación socio-económica actual, y por otro, es una propuesta de reconstrucción cultural, social y política, basada en la diversidad, interculturalidad y plurinacionalidad.

147 Cfr. Corte Constitucional del Ecuador, Juan Carlos Bacigalupo Buenaventura y Zully Priscila Bacigalupo, representantes legales de las compañías Rotomcorp Cía. Ltda., e Industrias Lácteas S.A. (Indulac), acción de protección respecto a los actos emitidos por los representantes de la Superintendencia de Compañías y del Intendente de Compañías de Guayaquil y por selección de la Sala, precedente jurisprudencial obligatorio, sentencia N° 001-10-PJO-CC, caso N° 0999-09-JP, publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial N° 351 del miércoles 29 de Diciembre de 2010.

rídicos que no guardaban conformidad con los preceptos constitucionales y se han creado otros al amparo de la *norma normarum*.

Ahora bien, para entender lo que caracteriza este nuevo modelo de Estado constitucional, es pertinente citar a Häberle, quien manifiesta:

*“El Estado Constitucional de cuño común europeo y atlántico se caracteriza por la dignidad humana como premisa antropológico cultural por la soberanía popular y la división de poderes, por los derechos fundamentales y la tolerancia, por la pluralidad de los partidos y la independencia de los tribunales; hay buenas razones entonces para caracterizarlo elogiosamente como democracia pluralista o como sociedad abierta...”*<sup>148</sup>

Nótese que es un presupuesto fundamental en el nuevo orden constitucional, la dignidad humana, fundamento y noción de los derechos humanos, que concibe que el ser humano –más allá de lo físico, sino que concebido desde una construcción más compleja que abarca sentimientos, pensamientos, deseos, intenciones, etc.– con un valor intrínseco per se, del cual deriva la obligación inexorable de respetar sus derechos, de este modo los derechos humanos de las personas tienen validez independientemente si constan o no en los textos constitucionales y legales de un país, en tal sentido los derechos son –reconocidos– por los estados y “no creados” por las legislaciones de los países, por la tanto son anteriores y superiores a cualquier ordenamiento jurídico.

El profesor Ramiro Ávila Santamaría, al hacer un análisis de estas expresiones incluidas en el texto constitucional ecuatoriano, manifiesta que el estado ecuatoriano en su primera acepción se define como “*constitucional*”, ya que sus disposiciones tienen fuerza normativa, esto es son de aplicación directa e inmediata, mientras que las normas jurídicas de menor jerarquía deben guardar conformidad normativa con aquella, pues determina el contenido y alcance de las normas infraconstitucionales. Además otorga ciertas características a la *norma normarum*, a saber: a) Material, porque protege ciertos derechos con particular importancia en razón de que se constituyen en

148 P. Häberle, *El Estado Constitucional*. México, Universidad Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Primera reimpresión, 2003, p. 3.

finestatales; b) Orgánica, porque determina como está estructuralmente constituido el Estado, estableciendo cuáles son los órganos llamados a garantizar el plexo de derechos y principios concebidos en la norma suprema; y, c) Procedimental, porque la toma de decisiones que interesan a los conciudadanos como la elaboración de normas jurídicas, deben fundamentarse en los mecanismos de participación ciudadana.

La segunda expresión incluida en el texto constitucional, hace alusión a que se trata de un estado de “derechos”, que representa un límite frente al ejercicio de poder de las funciones del Estado, bajo el entendido de que los derechos puede cumplir una doble función, de tal forma que actúan como límites, ya que ninguna persona en ejercicio de sus atribuciones legales los puede violentar o menoscabar; y, como vínculos, pues es deber del Estado protegerlos, garantizar su pleno ejercicio y otorgar la tutela que requieran.

El tercer vocablo que define el modelo estado previsto en la Constitución de la República del Ecuador, es precisamente el de “justicia”, que en palabras del autor resulta ser polisémico, y para denotar esta incapacidad de otorgar una definición unívoca, cita el ensayo presentado por Hans Kelsen, quien afirma que resulta subjetivo definir a la justicia, por lo que su análisis no puede ser parte de la ciencia jurídica, en tal sentido, el profesor Ávila, delimita su comprensión a su predicamento respecto del Estado y del derecho y en tal virtud precisa que el quehacer estatal, para que sea considerado como un orden justo, debe estar condicionado por la Constitución y los derechos en ella reconocidos, que no son otra cosa que reivindicaciones históricas.<sup>149</sup>

---

149 R. Avila Santamaría, “Ecuador Estado Constitucional de Derechos y Justicia”, en: *La Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis desde la doctrina y el derecho comparado*. Quito, Serie Justicia y Derechos Humanos, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del Ecuador, 2008, pp. 19-29.

### *b) El derecho al trabajo en el marco normativo constitucional (Ecuador)*

El artículo 33 de la Constitución de la República reconoce que el trabajo es un derecho y un deber social, y un derecho económico, fuente de realización personal y base de la economía; en este contexto el artículo 326 numeral 2 de la Constitución de la República, puntualiza uno de los principios en los cuales se sustenta el derecho del trabajo al señalar: "...2. Los derechos laborales son irrenunciables e intangibles. Será nula toda estipulación en contrario". Al respecto, el tratadista laboral Américo Plá Rodríguez señala que en aplicación del principio de irrenunciabilidad se produce: "...la imposibilidad jurídica de privarse voluntariamente de una o más ventajas concedidas por el derecho laboral en beneficio propio";<sup>150</sup> sobre esta misma institución del derecho laboral el doctor Julio Cesar Trujillo expresa: "*Por renuncia de derecho se entiende el acto jurídico en virtud del cual, el titular de un derecho se despoja o desprende de él en favor o beneficio de otra persona ...*".<sup>151</sup>

Por otro lado, el principio de intangibilidad consiste en que "... los derechos otorgados a los trabajadores en los convenios internacionales, reglamentos, contratos colectivos, no pueden ser desconocidos o desmejorados por otros convenios, reglamentos, contratos colectivos posteriores".<sup>152</sup>

En efecto, el derecho al trabajo, al ser un derecho social y económico, adquiere una categoría especial, ya que tutela derechos de la parte considerada débil dentro de la relación laboral, quien al verse desprovista de los medios e instrumentos de producción, puede ser objeto de vulneración de sus derechos. En este sentido, nuestra legislación constitucional y legal, otorga una protección especial al derecho del trabajo, consagrando entre sus principios, el de irrenunciabilidad e intangibilidad de los derechos laborales, lo que se complementa con la protección judicial y administrativa establecida en

150 A. Pla Rodríguez, *Los principios del derecho del trabajo*. Buenos Aires, Biblioteca de Derecho Laboral, Edición Actualizada, p. 67

151 J. C. Trujillo, *Derecho del Trabajo*. (Quito: Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Centro de Publicaciones PUCE, t.1, 2008), 46.

152 *Ibidem*, p.52.

el artículo 5 del Código del Trabajo, que implica la obligación de toda autoridad judicial y administrativa, en el marco de sus competencia, a prestar a los trabajadores oportuna y debida protección para la garantía y eficacia de sus derechos, lo que lleva implícito el deber de verificar la satisfacción de derechos laborales.

#### **4. La Prevención de Base Normativa de Carácter Laboral que condena al empleador moroso**

##### ***a) Precisiones terminológicas: El trabajo, el derecho al trabajo y el derecho del trabajo***

Con el apareamiento del ser humano en la tierra, éste desde su inicio comienza su lucha por la sobrevivencia y para lograrla, cumplió una serie de actividades o trabajos que le permitieron su continuidad, de ahí que no cabe duda que la historia del trabajo da cuenta de la historia de la persona humana, a tal punto que “La Historia del trabajo es la Historia del hombre, y desde los mismos orígenes de éste ha sido su compañero inseparable”.<sup>153</sup>

El tratadista mexicano Mario de la Cueva, afirma que: “Se entiende por trabajo toda actividad humana, intelectual o material, independientemente del grado de preparación técnica requerido por cada profesión u oficio”.<sup>154</sup>

Conceptualización esta que es la génesis de lo que más tarde va a distinguir el derecho laboral, para diferenciar a quienes se hallan bajo el régimen del derecho del trabajo o por las leyes que regulan la administración pública.

Con el devenir del tiempo el trabajo es reconocido por el derecho internacional de los derechos humanos como un derecho fundamental, así el artículo 23 de la Declaración Universal de Derechos Humanos señala que: “1. Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfac-

153 G. Cabanellas, Tratado del derecho laboral, doctrina y legislación iberoamericana. (Buenos Aires: Editorial Heliasta S.R.L., t. I, Vol. I, 1987), 45.

154 M. de la Cueva, El nuevo derecho mexicano del trabajo. (México: Editorial Porrúa, t I, 2015), 162.

torias de trabajo y a la protección contra el desempleo".<sup>155</sup> Derecho al trabajo, cuyo reconocimiento se ratifica en el artículo 6 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que prevé: "Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho a trabajar, que comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado..."; igual ocurre con otros instrumentos internacionales como el Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador", adoptado en 1969 que en el artículo 6 al tiempo que reconoce el derecho al trabajo lo amplía al señalar: "1.Toda persona tiene derecho al trabajo, el cual incluye la oportunidad de obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa a través del desempeño de una actividad lícita libremente escogida o aceptada".

Finalmente, el derecho del trabajo, es el producto del desarrollo social y ha sido conceptualizado como el: "...conjunto de principios, instituciones y normas que regulan las relaciones entre trabajadores y empleadores, cualesquiera sean las modalidades y condiciones de trabajo...".<sup>156</sup>

El derecho del trabajo por tanto, visto desde la doctrina toma en cuenta de una parte el principio general del derecho del trabajo que se explica a través de los principios, instituciones y normas de carácter tuitivo para proteger al más débil en la relación laboral; así como, el conjunto de relaciones sociales que se dan entre los sujetos activos del derecho del trabajo tanto individual como colectivo.

### ***b) La prevención a través de medidas de carácter jurídico:***

La manera de prevenir los daños que se puedan ocasionar por las acciones u omisiones de las personas, es variada, y así lo ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al señalar:

---

<sup>155</sup> Declaración Universal de Derechos Humanos adoptada y proclamada por la Resolución de la Asamblea General 217 A del 10 de diciembre de 1948.

<sup>156</sup> Dr. J.C. Trujillo, "Derecho del trabajo", Tomo I, Pontífice Universidad Católica del Ecuador, 2008, p. 14.

“El deber de prevención abarca todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito que, como tal, es susceptible de acarrear sanciones para quien las cometa, así como la obligación de indemnizar a las víctimas por sus consecuencias perjudiciales. Es claro, a su vez, que la obligación de prevenir es de medio o comportamiento y no se demuestra su incumplimiento por el mero hecho de que un derecho haya sido violado”.<sup>157</sup>

De lo manifestado se desprende que la prevención entre otros abarca medidas de carácter jurídico, es por ello que el título de este apartado se refiere tanto a la libertad de configuración normativa que tiene el legislador para expedir, codificar, reformar y derogar las leyes, e interpretarlas con carácter generalmente obligatorio<sup>158</sup>, como a la facultad que tiene la Corte Nacional de Justicia, como máximo órgano de interpretación de la ley, de expedir resoluciones en caso de duda u oscuridad de las leyes, las que serán generales y obligatorias, mientras no se disponga lo contrario y regirán a partir de su publicación en el Registro Oficial<sup>159</sup>, las mismas que al ser de carácter general o *erga omnes*, contienen un mandato de estricto cumplimiento.

De este modo, ya sea por la previsión normativa o el ejercicio de la facultad concedida a la Corte Nacional de Justicia de expedir resoluciones con el carácter de obligatorias, se pueden crear reglas que pretenden funcionar como una medida de prevención y disuasión, de tal forma que la inobservancia del deber genérico acarrea además de la consecuencia jurídica común que opere en el caso en concreto, una adicional, en consideración a que el hecho dañoso era previsible y en atención al principio del deber de buena conducta de las partes.

157 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso trabajadores de la hacienda Brasil Verde vs. Brasil, sentencia de 20 octubre de 2016 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párrafo 322.

158 Cf. Constitución de la República del Ecuador, publicada en el Registro Oficial N° 449 de 20 de octubre de 2008, artículo 120 numeral 6.

159 Código Orgánico de la Función Judicial, publicado en el Registro Oficial Suplemento N° 544 de 9 de marzo de 2009, artículo 180 numeral 6.

Montesquieu afirmó que “una cosa no es justa por el hecho de ser ley. Debe ser ley porque es justa”, en correspondencia con lo señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, define a la ley como:

“norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos, y elaborada según el procedimiento establecido por las constituciones de los Estados Partes para la formación de las leyes”.<sup>160</sup>

Esta concepción de bien común que debe perseguir la norma jurídica, ha obligado a los Estados a repensar el concepto de ley heredado del Código Napoleónico, asumido por Andrés Bello en el Código Civil Chileno y reproducido en el Código Civil ecuatoriano, en tanto la ley ya no puede limitarse a ser una declaración de la voluntad soberana, que manifestada en la forma prescrita por la Constitución, manda, prohíbe o permite<sup>161</sup>, pues su función operativa trasciende la formalidad que debe observarse en su proceso de creación, y radica en alcanzar un el bien común y con ello necesariamente la paz social.

### *c) Responsabilidad Laboral: pago de remuneraciones*

Previo a desarrollar el presente subtema, es importante consignar la definición del contrato individual de trabajo que consta en el artículo 8 del Código del Trabajo del Ecuador, que dice: “...es el convenio en virtud del cual una persona se compromete para con otra u otras a prestar sus servicios lícitos y personales, bajo su dependencia, por una remuneración fijada por el convenio, la ley, el contrato colectivo o la costumbre”

Es decir que la norma en mención define lo que ha de entenderse por contrato individual de trabajo, determinando los elementos esenciales para que se materialice el vínculo laboral, que son: a) Acuerdo de voluntades; b) Prestación de servicios lícitos y perso-

<sup>160</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Chaparro Álvarez y Lapo Ñiñiguez vs. Ecuador, sentencia de 21 de noviembre de 2007, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párrafo 56.

<sup>161</sup> Código Civil del Ecuador, artículo 1.

nales; c) Dependencia o subordinación; y, d) Pago de una remuneración. A partir de estos elementos, se colige que la relación laboral consiste en el vínculo consensual en el que la o el trabajador se compromete a prestar sus servicios lícitos y personales a la parte empleadora a cambio de una remuneración, manteniendo el primero dependencia laboral respecto del segundo, en los términos fijados en el artículo 8 del Código del Trabajo.

De la definición dada y desde el aspecto económico, se colige que uno de los elementos constitutivos relevantes de la relación laboral es la remuneración, que tiene una doble dimensión, pues por un lado se erige como uno de los derechos del trabajador y por otro, representa una obligación patrimonial a cargo del empleador, tal como lo prevé el Código del Trabajo en el artículo 42, que enumera las obligaciones del empleador, señalando entre otras la siguiente: “1. Pagar las cantidades que correspondan al trabajador, en los términos del contrato y de acuerdo con las disposiciones de este Código”, en concordancia el artículo 80 *Ibidem*, dice:

“Salario es el estipendio que paga el empleador al obrero en virtud del contrato de trabajo; y sueldo, la remuneración que por igual concepto corresponde al empleado. El salario se paga por jornadas de labor y en tal caso se llama jornal; por unidades de obra o por tareas. El sueldo, por meses, sin suprimir los días no laborables”.

En cuanto al plazo para el pago de salarios, el texto jurídico regula que no podrá ser mayor de una semana, y el pago de sueldos, no mayor de un mes, precisando que deberán ser pagados directamente al trabajador o a la persona por él designada, en el lugar donde preste sus servicios, salvo convenio escrito en contrario. Adicionalmente ha previsto que lo que el empleador adeude al trabajador por salarios, sueldos, indemnizaciones y pensiones jubilares, constituye crédito privilegiado de primera clase, con preferencia aun a los hipotecarios.<sup>162</sup>

162 Cf. Código del Trabajo, publicado en el Registro Oficial Suplemento N° 167 de 16 de diciembre de 2005, artículos 83, 86 y 88.

*d) Análisis de la norma legal y resolución dictada por la Corte Nacional de Justicia, en torno al pago de remuneraciones y condena al empleador moroso (Ecuador)*

Para desarrollar el contenido de este apartado, es necesario remitirnos tanto la norma jurídica como el precedente jurisprudencial que se encuentran vigentes en el ordenamiento jurídico y que regulan la condena al empleador moroso, en el caso de que haya incumplido con el deber de pagar el sueldo o salario que corresponde al trabajador, en los términos previstos en el contrato y la ley de la materia.

El artículo 94 del Código del Trabajo, prevé dos circunstancias relacionadas con la remuneración del trabajador: a) La condena al empleador moroso por falta de pago de sueldos o salarios; y, b) El recargo que debe asumir el empleador al no cancelar las remuneraciones mínimas vigentes en los términos legales; estableciendo consecuencias diferentes para cada caso.

De esta forma, el inciso primero de la disposición jurídica objeto de análisis, se refiere a la condena al empleador moroso por falta de pago de sueldos o salarios, centrando el contenido del presupuesto normativo, en la hipótesis de que se accione el sistema de administración de justicia a través del proceso judicial (demanda) y en tal sentido dispone:

“El empleador que no hubiere cubierto las remuneraciones que correspondan al trabajador durante la vigencia de las relaciones de trabajo, y cuando por este motivo, para su entrega, hubiere sido menester la acción judicial pertinente será, además, condenado al pago del triple del equivalente al monto total de las remuneraciones no pagadas del último trimestre adeudado, en beneficio del trabajador...”

Esta primera proyección del texto legal establece que si el trabajador a causa de la mora en que ha incurrido el empleador en el pago de sus remuneraciones, se ha visto obligado a presentar la correspondiente demanda laboral para exigir el cumplimiento de su

derecho adquirido que es inalienable e irrenunciable, deberá recibir un valor agregado equivalente al triple de recargo del total de las remuneraciones adeudadas -independientemente del valor que por concepto de sueldos se le adeude-, ahora bien, cabe precisar que el legislador en ejercicio de su libertad configurativa en la creación de normas, ha establecido un límite y es precisamente que dicho recargo solo se aplica a los valores de remuneraciones impagas que correspondan al último trimestre de la relación laboral, por lo tanto, si el empleador adeuda remuneraciones que no corresponden al último trimestre, aquellas no podrán ser gravadas con la condena del triple de recargo, pues se encontraría fuera de la hipótesis normativa. También se debe aclarar que la norma jurídica si bien ha establecido que la sanción -triple de recargo- corresponde al equivalente de lo adeudado en el último trimestre, aquello no implica que se deba considerar indefectiblemente los 90 días -que corresponden a un trimestre-, sino el tiempo que realmente laboró el o la trabajadora en dicho lapso.

En el segundo inciso, la norma en referencia describe el supuesto y consecuencia que debe aplicarse a aquellos casos en los que el empleador al no cancelar las remuneraciones mínimas vigentes, debe asumir el recargo que previsto en la ley, cuestión que no se radica en sede judicial sino administrativa, a través del Ministerio de Trabajo, que tiene competencia para reglamentar, organizar y proteger el trabajo, al prever:

“De determinarse por cualquier medio, que un empleador no está pagando las remuneraciones mínimas vigentes en los términos legales establecidos, el Ministro de Trabajo y Empleo, concederá un término de hasta cinco días para que durante este lapso el empleador desvirtúe, pague o suscriba un convenio de pago de las diferencias determinadas. Si dentro del término concedido no desvirtúa, paga o suscribe el convenio de pago, según el caso, el empleador moroso será sancionado con el ciento por ciento de recargo de la obligación determinada, pago que deberá cumplirse mediante depósito ante la inspectoría del trabajo de la correspondiente jurisdicción, dentro del término de tres días posteriores a la fecha del mandamiento de pago”.

En esta segunda proyección del texto legal, ya no se trata de la falta de pago de sueldos o salarios, sino por el contrario, del pago de los mismos pero infringiendo la ley, debido a la inobservancia del empleador de cancelar las remuneraciones mínimas determinadas por el organismo rector de la política laboral que es el Ministerio de Trabajo.

Al respecto, es necesario señalar que el artículo 328 de la *Norma Normarum* en el Ecuador, ha establecido que la remuneración deberá ser justa, y en tal sentido hace referencia al “salario digno” que debe cubrir las necesidades básicas del trabajador y las de su familia, indicando que el Estado tiene la obligación y atribución de fijar y revisar anualmente el salario básico establecido en la ley, cuya resolución es de aplicación general y obligatoria. La norma también se refiere a la intangibilidad de la remuneración, al prever que la misma se cancelará en los plazos convenidos y no podrá ser disminuida ni descontada, salvo con autorización expresa de la persona trabajadora y de acuerdo con la ley. Para reforzar esta garantía normativa que tutela el derecho del trabajador a percibir una remuneración, se establece que lo que el empleador deba a las trabajadoras y trabajadores, por cualquier concepto, constituye crédito privilegiado de primera clase, con preferencia aun a los hipotecarios. En cuanto a las indemnizaciones a las que tenga derecho el trabajador, ha dispuesto que para el pago de las mismas, la remuneración comprende todo lo que perciba la persona trabajadora en dinero, en servicios o en especies, inclusive lo que reciba por los trabajos extraordinarios y suplementarios, a destajo, comisiones, participación en beneficios o cualquier otra retribución que tenga carácter normal. Finalmente regula el tema de las utilidades generadas por las empresas, las mismas que deberán cancelarse al trabajador de acuerdo con la ley.

En referencia al salario digno, el artículo 8 del Código Orgánico de la Producción, dice:

“El salario digno mensual es el que cubra al menos las necesidades básicas de la persona trabajadora así como las de su familia, y corresponde al costo de la canasta básica familiar dividido para el número de perceptores del hogar. El costo de la canasta básica

familiar y el número de perceptores del hogar serán determinados por el organismo rector de las estadísticas y censos nacionales oficiales del país, de manera anual, lo cual servirá de base para la determinación del salario digno establecido por el Ministerio de Relaciones laborales”.

A continuación, en el artículo 9 *Ibidem*, refiere que únicamente para fines de cálculo a fin de determinar si un trabajador recibe el salario digno mensual, se sumarán los siguientes componentes: a. El sueldo o salario mensual; b. La decimotercera remuneración dividida para doce, cuyo período de cálculo y pago estará acorde a lo establecido en el Art. 111 del Código del Trabajo; c. La decimocuarta remuneración dividida para doce, cuyo período de cálculo y pago estará acorde a lo señalado en el Art. 113 del Código del Trabajo; d. Las comisiones variables que pague el empleador a los trabajadores que obedezcan a prácticas mercantiles legítimas y usuales; e. El monto de la Participación del trabajador en utilidades de la empresa de conformidad con la Ley, divididas para doce; f. Los beneficios adicionales percibidos en dinero por el trabajador por contratos colectivos, que no constituyan obligaciones legales, y las contribuciones voluntarias periódicas hechas en dinero por el empleador a sus trabajadores; y, g. Los fondos de reserva.

Ahora bien, retomando el estudio de la configuración normativa del inciso segundo del artículo 94 del Código del Trabajo, cabe señalar que en caso de producirse el evento de que el empleador no cancele las remuneraciones mínimas vigentes previstas en la ley o determinadas por el Ministerio de Trabajo, la norma ha regulado un procedimiento administrativo inicial tendiente a resolver tal inadecuación, el mismo que consiste en otorgar cinco días al empleador para desvirtúe el hecho acusado, o por el contrario pague o acceda a facilidades de pago, a través de un convenio, en este caso no se genera ninguna condena en contra del empleador, así como tampoco procede indemnización alguna en favor del trabajador. Sin embargo, la norma jurídica *in examine*, en líneas posteriores señala, que si en el término que le fue concedido al empleador, no cumple con la obligación de desvirtuar el cargo, pagar o suscribir un convenio de

pago, el empleador moroso será sancionado con el 100% de recargo de la obligación determinada, debiendo depositarse dicho valor en la inspectoría de trabajo correspondiente. Esta disposición legal, permite concluir que, en este segundo caso, la sanción no beneficia al trabajador que se ha visto perjudicado por la acción antijurídica —falta de pago de las remuneraciones mínimas vigentes— cometida por su empleador, pues al no tratarse de una indemnización, no puede resarcir el daño que ha sufrido el trabajador al recibir remuneraciones por debajo de los mínimos legales establecidos, y en consecuencia el valor dinerario derivado de la sanción ingresará a las arcas del Estado, para cumplir otros fines, totalmente alejados de la finalidad reparatoria en favor de la persona que presta su contingente humano en el desarrollo productivo de la sociedad.

Una vez analizado el precepto jurídico que regula la condena al empleador moroso por falta de pago de sueldos o salarios y el recargo que debe asumir el empleador al no cancelar las remuneraciones mínimas vigentes, corresponde referirse a la resolución No. 14-2015 dictada por la Corte Nacional de Justicia y publicada en el Registro Oficial N° 651 de 17 de diciembre de 2015, en ejercicio de la facultad contenida en el artículo 180 numeral 6 del Código Orgánico de la Función Judicial, que le permite expedir resoluciones en caso de duda u oscuridad de las leyes, las que serán generales y obligatorias, mientras no se disponga lo contrario por la Ley, y regirán a partir de su publicación en el Registro Oficial.

La indicada resolución, luego de referirse a la tutela judicial efectiva prevista en el artículo 75 de la Constitución, al principio de aplicación más favorable al trabajador, garantizado en los artículo 326 numeral 3 *Ibidem* y 7 del Código del Trabajo; a la obligación de funcionarios judiciales y administrativos de prestar a los trabajadores la oportuna y debida protección para la garantía y eficacia de sus derechos, prevista en el artículo 5 *Ibidem*; al principio de aplicación directa e inmediata de los derechos y garantías previstas en la norma suprema, según lo dispuesto en el artículo 11 numeral 3 de la Constitución; a la remuneración justa y salario digno previstos en los artículos artículo 328 de la Norma Suprema y 8 y 9 del Código

Orgánico de la Producción; y artículo 94 del Código del Trabajo, que configura la institución de la condena al empleador moroso, señala que existe duda respecto de la aplicación de la ésta última norma, cuando el trabajador en su demanda no ha reclamado expresamente este rubro, frente a las condiciones establecidas en el texto legal que se limitan a dos aspectos: a) el hecho de que el empleador no hubiera cubierto las remuneraciones del trabajador durante la vigencia del contrato; y, b) Que para el cobro de remuneraciones impagas el trabajador hubiere presentado acción judicial.

El Pleno de la Corte Nacional, a continuación manifiesta que el sistema judicial es un medio para la realización de la justicia y que se rige entre otros principios por el de economía procesal, por lo que teniendo presente los principios dispositivo y *iura novit curia*, considera que una vez propuesto el proceso de pago de las remuneraciones atrasadas, a los jueces les corresponde aplicar el derecho aunque no haya sido invocado por las partes procesales, por lo que resuelve:

“En los juicios laborales, cuando se reclame el pago de remuneraciones atrasadas, generadas durante la relación laboral, que no hubieren sido cubiertas por el empleador, demostrada en el juicio de trabajo esta pretensión, las juezas, jueces y tribunales de lo laboral, dispondrán en sentencia además el pago del triple del equivalente al monto total de los sueldos o salarios no pagados del último trimestre adeudado, en beneficio de la persona trabajadora, previsto en el artículo 94 del Código del Trabajo, aunque no hubiere sido expresamente reclamado en la demanda”.

La resolución dictada por la Corte Nacional de Justicia, ha previsto que la condena al empleador moroso por el incumplimiento de pago de las remuneraciones del trabajador generadas durante la relación laboral, debe ser dispuesta por el órgano jurisdiccional competente, aunque el trabajador en las pretensiones de su demanda no hubiere deducido tal reclamo, tutelando de esta manera, no solo el derecho del trabajador a percibir su sueldo o salario, sino que a través de la condena al empleador moroso con el triple de recargo, se ha resarcido el daño provocado por el retaso indebido en el pago de las acreencias laborales.

Como se puede observar el artículo 94 del Código del Trabajo y la Resolución 14-2015 dictada por la Corte Nacional de Justicia, contienen reglas pues describe una conducta a la que le asigna una consecuencia. Para entender de mejor forma tal concepción es necesario citar a varios tratadistas que se han referido al tema, tal es el caso de Ronald Dworkin, quien señala que el modelo positivista es estrictamente normativo, dejando por fuera de su estructura los principios y las directrices, por lo tanto, concibe al derecho como un “sistema de normas” (entiéndase reglas).<sup>163</sup>

Por su parte Robert Alexy,<sup>164</sup> manifiesta que las reglas al ser mandatos definitivos, solo tienen la posibilidad de cumplirse o no, entendiéndose de este modo que, en su estructura describen la conducta y prevén la consecuencia, a efectos que el administrador de justicia pueda subsumir los hechos fácticos que son puestos en su conocimiento en la hipótesis normativa, y de corresponder aplicará consecuencia prevista en aquella

La Corte Constitucional de Colombia, ha indicado: «Las reglas son disposiciones jurídicas en las que se “define, en forma general y abstracta, un supuesto de hecho y se determina la consecuencia o consecuencias jurídicas que se derivan de la realización del mismo; una disposición, pues, derechamente construida para regular u ordenar de forma directa la vida humana, la realidad social” Es decir, virtud de esta estructura lógica, las reglas operan como silogismos ».<sup>165</sup>

En conclusión, tanto la norma legal como la resolución de carácter general y obligatoria, dictada por la Corte Nacional de Justicia, contienen mandatos expresos que serán aplicables en aquellos casos en los que el empleador se subsuma en la hipótesis normativa del artículo 94 del Código del Trabajo, llegado a consolidar de este

---

163 R. Dworkin, *Los derechos en serio*. España, Traducción de Martha Gustavino, sexta reimpresión, 2007, pp. 1 y 104.

164 R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid, E. Garzón Valdés (trad.) C.E.C., 1997, pp. 81-98.

165 Corte Constitucional de Colombia, en la demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 431 y 495 de la Ley 522 de 1999, 283 del Decreto 2700 de 1991 y 267 y 337 de la Ley 600 de 2000 (parciales), presentada por Rodrigo Martínez Silva y Marcela Juana Paola Casabianca Zuleta, Sentencia C-1287-01.

---

modo, un sistema de protección del derecho del trabajador a percibir una remuneración justa y en los plazos establecidos en el contrato o la ley, pero, de manera particular y relevante se evidencia que a través de la configuración legal como la resolución emitida por la Corte Nacional, forman un plexo legal que constituye una verdadera prevención de base normativa de carácter laboral, frente a la acción injurídica del empleador que provoca daño el trabajador.



## Bibliografía

- Adame Goddard, Jorge, *Filosofía social para juristas*. México: McGraw-Hill, 1998.
- Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: E. Garzón Valdés (trad.) C.E.C., 1997.
- Ávila Santamaría, Ramiro, *Neoconstitucionalismo Transformador*. El Estado y el derecho en la Constitución, de 2008. Quito: Abya Yala Universidad Politécnica Salesiana, 2011.
- Ávila Santamaría, Ramiro, "Ecuador Estado Constitucional de Derechos y Justicia", en: *La Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis desde la doctrina y el derecho comparado*. Quito: Serie Justicia y Derechos Humanos, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del Ecuador, 2008.
- Borja Cevallos, Rodrigo, *Derecho Político y Constitucional*. Quito: Editorial Casa de la Cultura Ecuatoriana, 1971.
- Cabanellas, Guillermo, *Tratado del derecho laboral, doctrina y legislación iberoamericana*. Buenos Aires: Editorial Heliasta S.R.L., t. I, Vol. I, 1973.
- Carnelutti, "Sulla distinzione tra colpa contrattuale ed colpa extracontrattuale". En: *Riv. Dir. Comm.*, 1912, t. II.
- Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*. España, Traducción de Martha Gustavino, sexta reimpresión, 2007.
- De la Cueva, Mario, *El nuevo derecho mexicano del trabajo*. México: Editorial Porrúa, t I, 2015.
- De Miguel Perales, Carlos, *La responsabilidad civil por daños al medio ambiente*. Madrid: Civitas, 1992.
- Diccionario Jurídico Espasa, Madrid: Editorial Espasa Calpe S.A.
- Diez Picazo, Luis y Gullón, Antonio, *Instituciones de derecho civil*. Madrid: Tecnos 1982.
- Diez Picazo, Luis, *Derecho de Daños*. Madrid: Ed. Civitas, 1991.
- Diez Picazo, Luis, "El contenido de la relación obligatoria", en: *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 17.

- Haberle, Peter, *El Estado Constitucional*. México: Universidad Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Primera reimpresión, 2003.
- Honoré, Tony, "La causalidad en el derecho", en: Fabra Zamora, José Luis y Rodríguez Blanco, Verónica (eds), *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*. México: Universidad Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica N° 713, 2015.
- Jaramillo Jaramillo, Carlos Ignacio, *Los deberes de evitar y mitigar el daño en el derecho privado. Funciones de la responsabilidad civil en el siglo XXI y trascendencia de la prevención*. México, Editorial Porrúa.
- Martínez Rave, Gonzalo, *Responsabilidad Civil Extracontractual*. Bogotá: Editorial Temis S.A., 1998.
- Martínez Pineda, Angel, *Filosofía Jurídica de la Prueba*. México: Editorial Porrúa, 1995.
- Mazeaud, Henry; Mazeaud, León; Tunc, André; Alcalá Zamora y Castillo, Luis, *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*. Argentina, Ediciones Jurídicas Europa América, t.1, 19615.
- Ordoqui Castilla, Gustavo, "Las funciones del derecho de daños de cara al Siglo XXI", en: Realidades y Tendencias del Derecho en el Siglo XXI. Bogotá:
- Pontificia Universidad Javeriana, t. IV, v. 2, Editorial Temis, 2012.
- Rivero Sánchez, Juan Marcos, *Responsabilidad civil con anotaciones de jurisprudencia de la sala constitucional y de la sala primera de la Corte Suprema de Justicia*. Medellín: Ediciones jurídicas Areté-Biblioteca Jurídica Dike-Fondo de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Escuela Libre de Derecho, t. II, 2012.
- Plá Rodríguez, Américo, *Los principios del derecho del trabajo*. Buenos Aires: Biblioteca de Derecho Laboral, Edición Actualizada.
- Rojas Quiñones, Sergio, *Responsabilidad civil. La nueva tendencia y su impacto en las instituciones tradicionales*. Grupo Editorial Ibáñez, 20141.
- Segui, Adela, "Prevención de los daños y tutela inhibitoria en materia ambiental", en: *Revista de Derecho ambiental y daño*. Buenos Aires, Ed. La Ley, 2009.
- Solarte Rodríguez, Arturo, *El principio de reparación integral del daño en el derecho contemporáneo. Tendencias de la responsabilidad civil en el siglo XXI*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana y Editorial, Diké, 2009.

Suescún Melo, Jorge, *Derecho privado, Estudios de derecho civil y comercial contemporáneo*. Bogotá, Cámara de Comercio de Bogotá y Universidad de los Andes, 1996.

Trujillo, Julio César, "Derecho del Trabajo", Tomo I, Pontífice Universidad Católica del Ecuador, 2008.

Ubiría, Fernando Alfredo, *Derecho de Daños en el Código Civil y Comercial de la Nación*. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 29151.

Valencia Zea, Arturo, *Derecho Civil Obligaciones*, Bogotá D.C., 19989.

## NETGRAFÍA

Diccionario del español jurídico de la Real Academia Española [en línea] <https://dej.rae.es/lema/responsabilidad> [consulta: 1 de marzo 2019]

Tribunal Supremo Electoral del Ecuador, publicados en Political Data Base of the Americas [en línea] <http://pdba.georgetown.edu/Elecdata/Ecuador/refconst08.html> [consulta: 4 de abril 2009].

Vidal Ramírez, Fernando, "La responsabilidad civil" en: Revista de la Pontificia Universidad Católica de Perú [en línea] <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/viewFile/6527/6607> [consulta: 12 de febrero 2019].

## NORMAS JURÍDICAS

Constitución de la República del Ecuador, publicada en el Registro Oficial N° 449 de 20 de octubre de 2008.

Código Civil del Ecuador, publicado en el Registro Oficial Suplemento N° 46 de 24 de junio de 2005.

Código del Trabajo, publicado en el Registro Oficial Suplemento N° 167 de 16 de diciembre de 2005.

Código Orgánico de la Función Judicial, publicado en el Registro Oficial Suplemento N° 544 de 9 de marzo de 2009.

Declaración Universal de Derechos Humanos adoptada y proclamada por la Resolución de la Asamblea General 217 A del 10 de diciembre de 1948.

**SENTENCIAS**

- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador, sentencia de 21 de noviembre de 2007, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso trabajadores de la hacienda Brasil Verde vs. Brasil, sentencia de 20 octubre de 2016 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).
- Corte Constitucional del Ecuador, Juan Carlos Bacigalupo Buenaventura y Zully Priscila Bacigalupo, representantes legales de las compañías Rotomcorp Cía. Ltda., e Industrias Lácteas S.A. (Indulac), acción de protección respecto a los actos emitidos por los representantes de la Superintendencia de Compañías y del Intendente de Compañías de Guayaquil y por selección de la Sala, precedente jurisprudencial obligatorio, sentencia N° 001-10-PJO-CC, caso N° 0999-09-JP, publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial N° 351 del miércoles 29 de Diciembre de 2010.

## Capítulo XI

# PROPUESTA DE ESQUEMA DEL CONSTITUCIONALISMO DEL BUEN VIVIR COMO CATEGORÍA DE ANÁLISIS

*Milton Enrique Rocha*<sup>166</sup>

*Para entender el Buen Vivir hay que pensar en todo y todos.  
El ser humano no es el centro del mundo.*

## Introducción

A partir de la Constitución de la República del Ecuador (2008) no sólo que se vertieron cambios significativos en la normatividad del ordenamiento jurídico ecuatoriano, sino que se inició una cruzada de superación teórica y práctica del constitucionalismo como se lo conocía hasta entonces. Para hablar de un constitucionalismo del buen vivir hay que remitirse a las aportaciones que se han conseguido en este ámbito que no sólo tiene que ver con la teoría del Derecho, sino que pasa por un desarrollo histórico de modelos políticos de Estado desde a configuración de un “Estado” absoluto hacia un Estado Constitucional de Derechos y Justicia Social; por otro lado, desde el constitucionalismo tradicional hacia un neoconstitucionalismo; y, finalmente, desde un constitucionalismo occidental hacia un constitucionalismo del sur enmarcado en lo que se denomina nuevo constitucionalismo latinoamericano.

El presente estudio tiene por objetivo brindar una propuesta de esquema de Constitucionalismo de Buen Vivir como categoría de análisis, para ello se ha estructurado en tres bloques: 1) sobre las

---

<sup>166</sup> **Milton Enrique Rocha.** Docente de Derecho de la Universidad Tecnológica Indoamérica. PhD(c) en Derecho – Universitat de Girona. Magíster en Derecho Constitucional – Universidad Andina Simón Bolívar. Abogado y Licenciado en Ciencias de la Educación – Universidad Central del Ecuador.  
miltonerri@gmail.com

aportaciones analíticas de los modelos políticos de Estado que parte de la exposición de las concepciones del Derecho Constitucional y reflexiones de puntos importantes sobre varias disciplinas; 2) sobre el recorrido histórico y teórico del Constitucionalismo hasta la aparición del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano que apunta a la descripción de los paradigmas de momentos constituyentes; y, 3) propuesta de esquema de una nueva categoría de análisis denominada Constitucionalismo del Buen Vivir que retoma las aportaciones de los dos anteriores puntos e incorpora en su estructura elementos de la Teoría de la Autodeterminación.

## **1. Aportaciones analíticas de los modelos políticos de Estado**

### **1.1. Concepciones del Derecho Constitucional**

Para la comprensión del Derecho Constitucional hay que arrancar de las bases de su origen como concepción, es decir, la forma en cómo se entiende el Derecho Constitucional desde varias perspectivas como noción básica.

Una concepción, al ser una forma de entender cierto objeto o unidad de la realidad sea concreta o abstracta hace un acercamiento del punto de partida desde donde se va a estructurar un conocimiento más elaborado. Para el derecho constitucional una concepción es el germen de la construcción de una teoría constitucional.

Así se puede afirmar que existen tres tipos de concepciones que tradicionalmente se han propuesto en el foro jurídico de juristas y académicos. Las concepciones tradiciones serían: a) el Derecho Constitucional como una Derecho del Estado; b) el Derecho constitucional como ordenamiento jurídico; c) El Derecho Constitucional como Ciencia del Derecho.

Cada concepción encierra un haz de ideas que en la construcción de la explicación del Derecho Constitucional van a establecer unos significados particulares y unos límites de los cuales no puede salir.

El Derecho Constitucional como Derecho del Estado, centra su comprensión en la declaración de un derecho positivo donde el pro-

tagonista de la actividad jurídica es el Estado. A demás, establece el límite de su significado al darle un tratamiento como si fuera parte del Derecho Público como una rama del Derecho.

El Derecho Constitucional como Ordenamiento Jurídico, se limita a la estructura jurídica delimitada en un espacio – tiempo, al que se puede llamar sociedad y Estado determinado en un momento histórico que obedece a un Derecho Positivo basado en reglas que deben cumplirse, principalmente desde el principio de mera legalidad, donde importa la eficacia de la norma infra constitucional.

El Derecho Constitucional como Ciencia del Derecho tiene su explicación en la mudanza del conocimiento mágico y religioso por un conocimiento racional. Es decir, desde el mito y dogma hacia la disciplina o ciencia. El carácter de ciencia para el Derecho significó que logre superar –en parte– la discusión de las dos corrientes tradicionales del Derecho, la disputa entre *ius positivismo* y *ius naturalismo*. Como ciencia pretende que se simplifique los principios y las reglas como si fueran leyes “inmutables” y que el Derecho podría resolverse así mismo o perdurar en el tiempo sin que se modifiquen sus elementos esenciales.

Finalmente, un aporte que se podría hacer sobre las concepciones, surge de la aceptación de las limitaciones que ha tenido el Derecho en general; y, por lo tanto, el Derecho Constitucional en el desarrollo de la humanidad en tanto complejidad individual del ser humano, las sociedades y el conocimiento.

A esta concepción se la denominará la del fenómeno jurídico. Para la Real Academia Española, la palabra fenómeno tiene varias acepciones como: 1. m. Toda manifestación que se hace presente a la consciencia de un sujeto y aparece como objeto de su percepción. 2. m. Cosa extraordinaria y sorprendente. 3. m. coloq. Persona o animal monstruoso. 4. m. coloq. Persona sobresaliente en su línea. 5. m. Fil. En la filosofía de Immanuel Kant, lo que es objeto de la experiencia sensible.<sup>167</sup>

167 Sobre la palabra «Fenómeno» Real Academia Española, *Diccionario de la lengua Española*, 23.<sup>a</sup> ed. (España: Asociación de Academias de la Lengua Española ASALE, 2017), <http://>

Cada acepción puede dar una idea de cuál será el tratamiento del Derecho Constitucional como fenómeno jurídico, sobre todo primera y quinta acepción que se refieren a la manifestación que se hace presente en la consciencia de un sujeto y aparece como objeto de su percepción, así como resultado de la experiencia sensible.

Las acepciones dos o tres podrían metafóricamente relacionar el fenómeno jurídico como producto o resultado, en el que puede ser algo extraordinario o un monstruo, en el segundo caso, algo que destruye al ser humano.

El derecho constitucional como fenómeno jurídico importa para este análisis porque resume o sintetiza –como instrumento– en una constitución de un Estado y sociedad lo que representa históricamente, lo que actualmente es y sus aspiraciones o expectativas a largo plazo. Se convierte en la síntesis de la humanidad y por lo tanto de su complejidad en un estudio dinámico sobre las relaciones del Estado con los particulares, la sociedad entre sí, las personas e instituciones con el medio y la naturaleza, los conocimientos de la ciencia y disciplinas, las actividades y comportamientos de los sujetos con el mundo, el poder, los derechos, las garantías, en el marco de lo jurídico sobre valores, principios y reglas que construyen una normatividad más o menos viable para la convivencia humana y la búsqueda de sus últimos fines como sociedad.

Esta complejidad del estudio del Derecho Constitucional como fenómeno jurídico da cuenta de varios elementos que deben ser analizados desde un mínimo de frentes teóricos; es decir, que no considera solo la teoría del Derecho, sino que debe ser revisado como mínimo por la historia, la filosofía –epistemología–, teoría del Estado, teoría política, sociología, economía – en el sentido de los modos de producción y por supuesto, la teoría del Derecho.

Resulta difícil encontrar un hilo rector para comenzar explicar desde estas disciplinas un modelo político de Estado, como lo es el

Estado Constitucional de Derechos; no obstante, este es el reto que se plantea como fenómeno jurídico desde su complejidad de relaciones.

A continuación, se ofrece un esquema de análisis que enlaza las aportaciones de cada disciplina al desarrollo evolutivo de la comprensión, desde un “Estado absoluto” pasando por un Estado de Derecho hacia un Estado Constitucional de Derechos.

## **1.2. Interdisciplinariedad y elementos de análisis**

Hay que recordar que la historia es una forma de tomar conciencia del pasado individual y colectivo. No es necesario entrar en la discusión de quién ha escrito la historia porque se va a asumir un tipo de historia que da paso a la construcción del Derecho como herencia para los pueblos de Latinoamérica y entre ellos del Ecuador.

La herencia jurídico parte de un legado occidental, de una historia de la humanidad que se cuenta desde aquella perspectiva que encontró más espacio en los libros.

La historia de la humanidad se puede estudiar de varios modos, una clasificación que nos va a guiar es la de la prehistoria, edad antigua, edad media, edad moderna y edad contemporánea.

La prehistoria que va desde hace tres millones de años hasta la aparición de la escritura.

La edad antigua, que va desde que se conoce la escritura hasta la caída del imperio romano de occidente (3.500 a.c – siglo V)

La edad media, que va desde el siglo v hasta el “descubrimiento” de América (Siglos V–XV).

La edad moderna, que va desde el siglo XV hasta la Revolución Francesa o hasta la Independencia de Estado Unidos.

Cabe señalar que la división de la historia en este esquema se debe a la existencia de hitos históricos o episodios del mundo que cambiaron la dinámica del mismo. Algo sucedió en el mundo que lo modificó en términos cualitativos y cuantitativos.

Por su parte, desde la sociología y economía, sirven las aportaciones teóricas sobre los modos de producción entendidas desde la fuerza de trabajo y las relaciones de producción.

Los modos de producción sirven de parámetros de comprensión de una realidad macro sobre la humanidad.

Probablemente un modo de producción puede identificarse con una época o edad en la historia de la humanidad. Esto sin ser restrictivos a que un modo de producción como práctica más contextualizada aún en la actualidad se manifieste. Para ilustrar la contribución se hará una clasificación general de los modos de producción desde el comunitarismo primitivo, el esclavismo, feudalismo, capitalismo y comunismo.

Por otra parte, desde la epistemología y noseología, plantean retos del estudio del conocimiento más centrado en el proceso y la situación del proceso de enseñanza aprendizaje y la relación con el universo. Para sintetizar esto, se puede establecer el tipo de relación del sujeto frente al objeto que observa del cual parte un conocimiento y de este conocimiento varias formas de relación entre personas, pueblos, nacionalidades, y la naturaleza.

Sin que necesariamente se pretenda establecer el “Estado” como categoría actual como construcción moderna del conocimiento que incluye la soberanía, sino como un acercamiento a la comprensión de la figura Estado para establecer comparaciones con los otros los tipos de Estados (“Estado” absoluto, Estado de Derecho y Estado Constitucional de Derechos).

Por otra parte, para este análisis ha de considerar algunos elementos de tratamiento de la teoría del Derecho como: autoridad, normas, personas, derechos, poder, procedimiento de creación de las normas.

A continuación, se ofrece un análisis de estos elementos en relación al tipo de modelo político de Estado y sus variaciones en rela-

ción a la historia de la humanidad, modos de producción, epistemología y gnoseología.

### 1.3. “Estado” absoluto o absolutismo

Este tipo de estado se caracteriza por tener una autoridad sin ningún límite, normalmente se lo ubica entre la edad antigua y edad media donde los emperadores, conquistadores, reyes, monarcas gobernaban en sus territorios, revestidos estos de una legitimidad proveniente de una divinidad “por ser enviados o hijos de Dios” o solo porque su concentración de poder era tan grande que con sus ejércitos podían imponerse a través de la fuerza como resultado de un proceso de conquista.

La comprensión de normas jurídicas como actualmente se conocen no estaban en su desarrollo más racional o positivista, tenía mucha de normas morales y religiosas que en ciertos casos terminaba siendo una arbitrariedad de la autoridad que hacía a su capricho una formulación de reglas que han de cumplirse por el nivel de coercitividad absoluto.

En cuanto a la situación de las personas y su tipo de relación sujeto-objeto, se puede deducir del tipo de modo de producción que tenían. Para este tipo de Estado el modo de producción esclavista y feudalista simplificaba la relación epistemológica y gnoseológica. El sujeto era el esclavista, señor feudal, monarca, emperador, rey, etc., mientras que el objeto era el esclavo, el siervo de la gleba, el conquistado, el vasallo, etc.

Al ser un proceso de relación con el mundo y no solo entre seres humanos significa que la relación no sólo tiene que ser entre estos dos entes, sino que se amplifica a más entes de la realidad como la naturaleza y el universo. Por eso, en este Estado la relación sujeto – objeto puede entenderse en la fórmula de la propiedad de la tierra entendida como un recurso al servicio del ser humano; si el ser humano era tratado como cosa menos aún se iba a entender a la naturaleza como un sujeto de la relación.

Hay que agregar que, como proceso para el conocimiento, la dinámica de la relación plantea algunos retos puesto que depende de quien observa o se siente el observador de la realidad para definir los comportamientos del mundo en sociedad. Los que son objeto de observación terminan siendo la parte desigual y menos favorecida, se representan en números y solo tienen un valor utilitario.

Con respecto a la situación de los derechos, si bien en algunos casos se otorga derechos en un sentido formal, en la parte material no es así, debido a la categorización de personas y no personas. Los derechos al no buscar una igualdad, justicia y dignidad para todos terminan por ser privilegios que obedecen al sostenimiento del estatus quo.

En cuanto a poder, por definición de absolutismo, no hay ningún límite al poder más que una suerte de eufemismos sobre principios morales y religiosos que en la práctica no daban cuenta exacta de cuando se limitaba o no el accionar de alguna autoridad que muchas veces violaban sus propios parámetros de normas para ejecutar personas u otorgarles el perdón para demostrar su supuesta benevolencia. Tampoco existía un límite al accionar como nación frente a otras naciones, por lo tanto, la situación de guerra era la premisa que regía para defenderse o conquistar “la ley del más fuerte”.

Finalmente, sobre el proceso y procedimiento de creación de normas, podría decirse – salvo excepciones – que no existía ningún procedimiento de ley, que las decisiones sobre el contenido y límites de la norma eran producto de un ejercicio intuitivo y arbitrario de la autoridad formalizado en algún instrumento cuyo fin era publicitario y de estricto cumplimiento.

### 1.5. Estado de Derecho

Con la paz de Westfalia de 1648, producto de dos tratados que finalizan la situación de guerra en Alemania – Guerra de los Treinta Años – y entre España y Países Bajos – Guerra de los Ochenta Años – se incorpora en el lenguaje de las naciones y en la teoría política y del Derecho el concepto de *soberanía nacional* mismo que va ligado a una

respuesta de autodeterminación y fines propios de una nación en el marco de su territorio, por lo tanto, de respeto a sus límites fronterizos y a sus decisiones, nace así el Estado-nación.

Los elementos del Estado adquieren completa estructura entre población, territorio, ordenamiento jurídico y soberanía. Se puede tratar teóricamente de un Estado propiamente dicho.

La relación entre Estado y Derecho es un avance significativo que permite generar contribuciones en los elementos que se han propuesto analizar en este trabajo académico.

La autoridad en el Estado de Derecho es definida por la ley, es decir, que se establece en la legislación quienes serán los que administren y gestionen el Estado, por ejemplo, determina cargos como presidente, vicepresidente, alcaldes, gobernadores, ministros, secretarios, etc., no obstante, hay que remitirnos al momento histórico en que alcance fuerza este tipo de Estado, y es la edad moderna que considera como uno de sus hitos importantes a la Revolución Francesa de 1789.

El contexto de la Revolución va a dar cuenta de la génesis del Estado de Derecho en un sentido político, económico, social y de derechos.

Recordar que este hecho histórico se produce en el contexto de un descontento social, pero no necesariamente fue impulsado por toda la conformación social, hubo un grupo específico que reclamaba por sus intereses y en general estos fueron la burguesía como clase económica creciente; como pilar fundamental la libertad y su derivación en la fuerza y relaciones de producción para instaurar un modelo político- económico.

Esta autoridad por lo general se caracteriza por responder a los intereses de la clase dominante y porque es ésta mismo la que ocupa las mayores dignidades de un gobierno.

Las normas en un Estado de Derecho, se caracterizan por ser el referente del comportamiento social y del Estado en el sentido que

la norma positiva –en su mayoría como formulación en regla– debe cumplirse (*lex dura lex*). Se superpone un principio de mera legalidad cuyo formalismo simplifica los comportamientos en la medida de que las reglas del ordenamiento jurídico establecen el sentido y el alcance de la vida en sociedad. Lo que está fuera de la norma jurídica escrita, positiva y formal –en principio– se entendería como una arbitrariedad que la misma norma condenaría.

La situación de las personas en un Estado de Derecho se caracteriza por un tratamiento de ciudadanía, misma que con un origen de Estado liberal se traduce a una suma de requisitos para adquirir tal grado y poder participar de la vida política de una sociedad.

La relación sujeto – objeto, se mantiene en la idea de un modo de producción de la modernidad –el capitalismo– donde el proletario es el objeto y el sujeto es el dueño de los modos de producción; esta visión, aunque restrictiva no significa que sea la única sino que existen muchas más diferenciaciones en esta variación; por ejemplo, un sujeto – ciudadano, blanco, rico, con posición social frente a un objeto – persona sin ciudadanía, pobre, indígena, etc., en ese mismo sentido, podría deducirse el tratamiento como objeto de varias personas o entes de la realidad social que compartimos, se puede mencionar el caso de los afro, los indígenas, los pueblos, comunidades y nacionales, la mujer, los niños, niñas y adolescentes, los trabajadores, los estudiantes, etc.

Como se menciona con anterioridad, los derechos terminan por ser definidos por la ley, el sentido y el alcance de los derechos y su modificación se hace a través de la ley, por ejemplo, el Código Civil<sup>168</sup> resumen en sus cuatro capítulos casi todas las cuestiones de la vida desde su inicio, desarrollo, muerte y después de la misma; en ese marco, define literalmente los derechos, su cobertura y límites.

Los límites al poder en un Estado de Derecho, se encuentran manifestados en la aceptación del ordenamiento jurídico en una estructura estatal que considera la división de los poderes, clásica visión

---

168 Refiriéndose al Código Civil ecuatoriano cuya herencia se comprende del Derecho Civil Francés.

establecida por Montesquieu<sup>169</sup> que separa el poder judicial, ejecutiva y legislativa. Esta idea aparentaría un equilibrio o balance de los poderes, sin embargo, en este texto cuando se hace referencia a la autoridad y quién ocupa los cargos de poder, se deduce que es una clase dominante, la misma que mantiene nexos de comunicación para satisfacer los intereses que ostentan y defienden.

Finalmente, sobre el procedimiento de creación de normas, es necesario apuntar que no existen constituciones rígidas en este tipo de Estados, y que el procedimiento de ley es evaluado por una validez formal que consiste en una revisión procedimiento de cada etapa y actividad reglada por la ley para la creación de una norma, por lo tanto, se entiende una norma válida por el hecho de haber seguido el procedimiento legal. Por otra parte, el efecto que produce esta validez es la eficacia de los cambios en la realidad jurídica de las sociedades que incrementa el grado de aplicación del principio de seguridad jurídica.

## 1.6. Estado Constitucional de Derechos

Este tipo de Estado se caracteriza por tener una autoridad que está sometida a la Constitución y sobre todo a los derechos; ninguna persona que goce de potestades públicas en el ejercicio de un cargo está por encima de la constitución. Este mandato no sólo está dirigido a las autoridades sino a cualquier persona en una situación de poder, nadie está por encima de la Constitución y los derechos.

En referencia a las normas, hay que puntualizar que éstas no pretenden ser definidas por la Constitución, sino que ésta se centra en un contenido, esto tiene su razón de ser ya que las normas jurídicas de orden constitucionales en gran medida son enunciados de carácter general, sean estos valores, principios sustantivos o principios de aplicación. También pueden aparecer reglas en el sentido de máxima protección de la Constitución en las cuestiones que está le preste mayor importancia.

---

169 Claudia Fuentes, «MONTESQUIEU: TEORÍA DE LA DISTRIBUCIÓN SOCIAL DEL PODER», *Revista de ciencia política (Santiago)* 31, n.º 1 (2011): 47-61.

La situación jurídica de las personas o el status frente a las normas jurídicas rompe con la lógica tradicional de la epistemología aplicada al campo del Derecho, en otras palabras, se supera la noción de la relación *sujeto – objeto*, por una comprensión de *sujeto – sujeto*, con lo cual ya no se habla de categorías de personas o clases, o de tipos de ciudadanía con requisitos sino de *sujetos de derechos*. Está superación no solo tiene que ver con la relación entre persona sino con otros entes de como la naturaleza y el mismo universo.

Los derechos presentan algunas particularidades en este modelo político de Estado, puesto que no son definidos por la ley, sino que tienen un contenido mínimo desde la Constitución, se convierten en límites al poder (nadie está por encima de los derechos) exigiendo para ello un campo más amplio de garantías para el goce efectivo de los derechos y en caso de ser vulnerados tener la manera para sancionar esos actos y reparar la afectación. Por otra parte, cuando los derechos se formulan como enunciados de carácter general evidencian mayor grado de susceptibilidad de interpretación, lo que, por un lado, es positivo porque si aparecen casos nuevos o difíciles tendrán una solución a través de ponderación<sup>170</sup>; y, por otro lado, generar cierto grado de incertidumbre por una supuesta indeterminación.

El poder es un elemento siempre está presente en cualquier teoría del Derecho o teoría del Estado, y es así que este modelo político ha previsto una conclusión diacrónica e histórica de la que parte su crítica, esta es, que el desequilibrio del poder ha generado desigualdad y exclusiones que tienen su génesis en la relación epistemológica de la construcción del conocimiento o de saberes.

La tesis de la epistemología plantea que los seres humanos podemos conocer el mundo a través de nuestros sentidos, desde una concepción de objetivismo ingenuo o radical, la realidad es fiel cuando puede ser percibida por los sentidos, mientras que, para un objetivismo crítico, esto no es tanto así porque dependerá de la percepción

---

170 Luis Prieto Sanchís, *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial* (Lima: Palestra Editores, 2007); Manuel Atienza, *El Derecho como Argumentación* (Barcelona: Ariel, 2006).

del mundo y la carga de subjetividades para la representación e interpretación de la realidad.

En otras palabras, las ideas y el pensamiento que se generan como proceso de enseñanza–aprendizaje (epistemológico) depende de la experiencia y conocimiento de la persona para atribuir un cierto tipo de interpretación del mundo. Todas las personas pueden tener una imagen distinta del mundo, pero pueden confluír en una construcción colectiva de conocimiento, lo suficientemente análoga (intersubjetividad) en la que comparten en la sociedad.

Si el problema del poder y la desigualdad es epistemológico, se puede sintetizar a la fórmula de la relación entre sujeto – objeto. En este modelo político de Estado, se produce un quiebre en ese tipo de relación, que modifica sustancialmente el punto de partida de la tesis epistemológica. Se habla de una relación sujeto – sujeto, donde el equilibrio del poder se mantiene – aunque pueda variar y moverse de sujeto en sujeto – y genera mayores oportunidades de relaciones de igualdad.

La explicación de este punto merecería su propio estudio, no obstante, sus elementos principales se tomarán en cuenta para reforzar los argumentos sobre las características del Estado Constitucional de Derechos.

En la misma línea, tradicionalmente el Estado era la manifestación del poder o quien lo ejercía – poder público – mientras que para este modelo pasa a ser una estructura o medio que viabiliza y garantiza el goce efectivo de los Derechos.

Al no ser el Estado reflejo del poder, no es adecuado sostener que se mantenga la división tripartida del mismo (ejecutivo, judicial, legislativo) sino que ha de reconocerse su funcionalidad dentro de un sistema político y jurídico.

Como se anota en anteriores párrafos, los derechos son límites al poder porque nadie está por encima de ellos y de la Constitución; la misma suerte, le siguen las garantías antes de que suceda una vul-

neración o cuando se ha vulnerado un derecho para exigir su protección, cumplimiento, justiciabilidad y reparación integral.

La democracia también es un componente que limita el poder a través de la participación de la sociedad, que no sucede solo en el plano político (voto, ocupar cargo público, etc.) sino como requisito de legitimidad sobre las decisiones del gobierno u otros actores que puedan hacer uso abusivo del poder y afectar derechos.

Finalmente, es necesario analizar el procedimiento de creación de normas jurídicas en este modelo político de Estado. Para el Estado de Derecho bastaba con la consecución de pasos, acciones y etapas de un proceso o procedimiento reglado para la creación de leyes para que una norma jurídica tenga validez (formal); y, por lo tanto, entrar en vigencia y generar efectos jurídicos (se cumple porque se cumple, *lex dura lex*).

Por el contrario, para el Estado Constitucional de Derechos, no basta con la validez formal en el proceso de creación de normas, sino que debe haber una concatenación entre validez formal y validez material.

Sobre la validez formal queda claro cuando se piensa en el principio de seguridad jurídica y la potestad legislativa que ha de reconocerse, pero que no es suficiente, para ello, la validez material incorpora más elementos o condiciones que pueden dejar sin efecto la incidencia de una norma jurídica.

La validez material valora la norma jurídica que está por crearse o que ha sido creada considerando: a) coherencia y pertinencia con la Constitución; b) Adaptabilidad a los significados de la Constitución; c) Desarrollar reglamentariamente los principios sustantivos (derechos en general) como norma infra constitucional; d) Legitimidad democrática; y, e) Transformar la realidad – impacto – de manera positiva, justa, equitativa, igualitaria, entre otros valores relevantes para el Derecho.

En este apartado se ha podido verificar el paso evolutivo que han seguido los modelos políticos de Estado, principalmente referido al Estado de Derecho y al Estado Constitucional de Derecho de una manera didáctica y resumida, esto no significa que no se reconozca los diversos tipos de modelos políticos de Estado que están en los intervalos de esta descripción evolutiva, por ejemplo, Estado Social de Derecho y Estado de Bienestar.

Este resumen didáctico se ha valido de otras disciplinas y ciencias para identificar otros tipos de relación y elementos que aparecen en los puntos esenciales de análisis como fueron: autoridad, poder, normas, sujetos, procedimiento de creación de normas, etc.

Por último, hay que reconocer que detrás de un modelo político de Estado se encuentra un ordenamiento jurídico que responde a un tipo de constitucionalismo, sea como concepción, doctrina, teoría o modelo.

A continuación, se intentará identificar y describir cuál es el modelo de constitucionalismo presente en el Ecuador desde sus principales aportaciones teóricas.

## 2. Camino al Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano

Cuando se habla de un Estado Constitucional de Derechos como el ecuatoriano se plantea una relación intrínseca con una construcción teórica constitucional. En las siguientes líneas se expondrá el transcurso del Neoconstitucionalismo<sup>171</sup> al nuevo constitucionalismo latinoamericano<sup>172</sup> como propuestas de momentos o paradig-

171 Miguel Carbonell, «El neoconstitucionalismo en su laberinto», en *Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos* (Madrid: Trotta S.A., 2007); Prieto Sanchís, *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*.

172 Roberto Gargarella y Christian Courtis, *El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes*. (Santiago: CEPAL, 2009); Roberto Viciano Pastor y Rubén Martínez Dalmau, «El proceso constituyente venezolano en el marco del nuevo constitucionalismo latinoamericano», *Ágora, Revista de ciencias sociales*, n.o 13 (2005): 55-68; Roberto Viciano Pastor y Rubén Martínez Dalmau, «Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano», en *Política, justicia y Constitución*, 1.a ed., Crítica y Derecho 2 (Quito: Corte Constitucional del Ecuador, 2012), 157-88; Carlos Manuel Villabella Armengol, «Constitución y democracia en el nuevo constitucionalismo latinoamericano», *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.*, n.o 25 (2010): 49-76.

mas constituyentes que le dotan de sentido a la Constitución del República del Ecuador (2008).

La intención del estudio es establecer el constitucionalismo del buen vivir como categoría de análisis, para ello es indispensable, por lo menos, hacer una revisión breve de las relaciones e innovaciones en materia constitucional en el Ecuador a partir de la Constitución del 2008.

Los cambios sustanciales, innovaciones y relaciones versan sobre los siguientes puntos: a) democracia; b) legitimidad del poder público; c) gobierno; d) fundamentos del constitucionalismo en general; y, e) Ejercicio del Derecho Constitucional.

Cada punto será tratado como parte de un paradigma de momento constituyente, es decir, desde un tipo característico de constitucionalismo que ha pasado por un proceso que da origen, funda o refunda un Estado a través del instrumento – Constitución.

Varios han sido los paradigmas en el tema constitucional, solo para anotar algunos que anteceden al Neoconstitucionalismo como: Constitucionalismo liberal del siglo XVIII; Constitucionalismo en el marco de un positivismo de Estado de Derecho; Constitucionalismo Democrático; Constitucionalismo Social; entre otros.

El Neoconstitucionalismo es evidente en la configuración de la creación de la Constitución del 2008 en Montecristi, hay que aceptar que este tipo de constitucionalismo se nutre de varias teorías como la Democrática de la Constitución y de las Corrientes Filosóficas tradicionales del Derecho en disputa, es decir, el *Ius Naturalismo* y el *Ius Positivismo*.

El Neoconstitucionalismo termina siendo un resultado equilibrado o de balance entre el *ius naturalismo* y el *iuspositivismo*, interceptando sus mejores aportaciones y estableciendo sus nexos. En el primero, los fines, principios y valores; y, en el segundo, las características de la norma jurídica.

El resultado de la ecuación es que los principios pasan a formar parte de un cuerpo llamado Constitución como norma jurídica jerárquica superior del ordenamiento jurídico. La dificultad del *ius naturalismo* para ser aplicado y que no quede en abstracto se supera de cierta manera, mientras que el problema de la aplicación exclusiva de reglas del positivismo se flexibiliza.

Esto se entiende mejor si se consideran las condiciones de constitucionalización de Guastini.<sup>173</sup>

Primera, rigidez constitucional que se remite a la legitimidad democrática sobre las decisiones y el destino del Estado y la Sociedad. Una Constitución no debe ser tan fácil de modificar o reformar, para ello ha de emplearse procesos democráticos más participativos y directos como requisito *sine qua non*.

Segundo, garantías jurisdiccionales que enlazan el deber del Estado en la reconfiguración de la estructura de la administración de Justicia, creando herramientas o mecanismos para la exigibilidad y justiciabilidad de los derechos. Todo derecho tiene una garantía para su ejercicio efectivo y en ese sentido debe existir un control *a posteriori* y *a priori*.

Tercero, fuerza vinculante de la Constitución, debido a que lo que está en la Constitución sea por su estructura o contenido, se entiende que puede surtir efectos jurídicos de manera vinculante sin necesidad de que exista norma secundaria.

Cuarto, la sobreinterpretación de la Constitución, al establecer la condición de fuerza vinculante, se desprende en correlación un deber de interpretación no restrictiva, es decir, extensiva con el cual se pueda resolver los casos donde aparezcan antinomias y sobre todo lagunas. Mientras mayor sobreinterpretación menor posibilidad de que un caso quede sin ser resuelto, “no queda espacios vacíos o libre del Derecho Constitucional”.

---

173 Ricardo Guastini, «La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano», en *Neoconstitucionalismo(s)*, Miguel Carbonell (Madrid: Trotta S.A., 2003).

Quinto, aplicación directa de las normas constitucionales, presupone que se aceptan la condición tres y cuatro de constitucionalización y significa que las autoridades jurisdiccionales puedan resolver los casos de manera inmediata y directa desde la Constitución sin necesidad de una ley o reglamento, o si es que lo hubiese, porque presente problemas de lagunas o porque aún teniendo el presupuesto jurídico para resolver el problema, éste resulta ser injusto.

Sexto, interpretación conforme a las leyes, la aplicación de la norma jurídica secundaria (ley) ha de realizarse en el sentido que mejor favorezca a los principios, y en ese sentido, estar conforme a la Constitución. Aquí podría denotarse el sentido de lo constitucional o inconstitucional en la aplicación de una determinada norma jurídica.

Séptimo, influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas, está condición no es fácil de distinguir o de encuadrar porque se refiere tanto al contenido de la Constitución, a las autoridades jurisdiccionales en el ámbito constitucional y a los actores políticos. Intenta resolver conflictos o desacuerdos políticos con incidencia en las relaciones de poder; observar el debate legislativo aún en el procedimiento de creación de normas, y, las justificaciones – en el marco constitucional – de las decisiones y actuaciones políticas.

Estas siete condiciones de constitucionalización coinciden con el momento constituyente ecuatoriano donde se lograron incluir o positivizar el derecho internacional de los derechos humanos en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, razón por la cual, el catálogo de derechos se incrementa y tiene por resultado una Constitución muy extensa a lo que se está habituado como ingeniería constitucional.

Por otra parte, al permitir que se controle, observe y se ejerza de manera inmediata y directa la Constitución, se le quita el monopolio de la producción jurídica al legislativo, pasando de un modelo paleo-iuspositivista a un modelo neo-iuspositivista con Constituciones más rígidas con ejercicio de control constitucional de leyes y omnipresencia de la norma jerárquica superior en todas las esferas del Derecho.

Formalmente se puede decir que la Constitución del Ecuador presenta un contenido innovador, extensión de articulado, complejidad teórica y simplicidad del lenguaje para que sea más asequible a toda la población y rigidez en el sentido que ha de activarse el poder constituyente ante cualquier cambio constitucional.

Hasta este punto, no hay diferencia entre el llamado neoconstitucional con el nuevo constitucionalismo latinoamericano, pero sí la hay.

El Neoconstitucionalismo al ser resultado de una ecuación que une el iusnaturalismo con el iuspositivismo, ha permitido una línea de viabilidad o ductilidad del Derecho. Este último se vuelve flexible no sólo para resolver todos los casos al remitirnos a principios, sino que permite que otros principios que no estaban en un sistema jurídico puedan incorporarse, tal y como lo hace con el incremento del catálogo de derechos (derechos humanos en la Constitución como norma jurídica).

En esa línea lógica, lo que difiere en el llamado nuevo constitucionalismo latinoamericano es la incorporación del quiebre epistemológico y gnoseológico de la cosmovisión andina, es decir, una construcción subjetiva de conocimiento distinta a la tradicional occidental donde nace el neoconstitucionalismo como doctrina instaurada.

Para ilustrar este punto, es necesario aclarar que, desde la filosofía andina, cosmovisión, fines, valores, principios, entre otros aspectos, son distintos en teoría y mucho más en la práctica. Qué se aprende a través de los sentidos, qué se siente y percibe, qué se representa e interpreta varía de cultura en cultura, pero esto no se queda como parte de un conocimiento o saber, sino que se traslada a las prácticas más complejas y simple de la cotidianidad. Es decir, hay una relación con el mundo a partir del conocimiento o saber que se tiene del mismo.

Este punto, lleva a deducir que la inclusión de estos conocimientos o saberes en una fórmula constitucional (que permite el neoconstitucionalismo) va a cambiar trascendentalmente. ¿Qué se ha in-

cluido? Concepto como el de plurinacionalidad, interculturalidad, *sumak kawsay* y otros, que representan un esquema de saberes propios de varios países andinos, entre ellos, Ecuador.

A diferencia del neoconstitucionalismo esto ha obligado a una ingeniería constitucional con extensos capítulos que intentan dotar de significado a partir de esos valores a los derechos, de ahí que tenga sentido hablar de un capítulo que se refiera a derechos del buen vivir.

Esto no termina ahí, debido al fraccionamiento de la conclusión epistemológica de sujeto – sujeto, y la relación con el mundo, se le reconoce derechos a la naturaleza o Pachamama, cambiando el esquema de la teoría subjetiva del Derecho en tanto titularidad y legitimación en el ámbito procesal, la naturaleza es sujeto de derechos y no objeto del mismo.

Se podrían establecer muchos más ejemplos que refuerza el argumento de una construcción propia desde el sur y no desde occidente con la vigencia de Constituciones que comparten estas características en Latinoamérica. Aunque algunos doctrinarios en foros públicos de debate jurídico mencionan que es una doctrina en configuración o en experimentación, se puede afirmar que en cierta parte tienen razón, pero no en toda. Es un modelo constitucional debidamente justificado, conserva elementos materiales y formales comunes al neoconstitucionalismo, no obstante, no es menos cierto que el transcurso de A hacia B es largo, entre las palabras (texto constitucional) hacia la práctica queda mucho camino por recorrer.

### **3. Esquema del Constitucionalismo del Buen Vivir como categoría de análisis**

Existen dos formas de expresar un modelo constitucional, una es desde una teoría consolidada o doctrina como se relata en los anteriores párrafos sobre el neoconstitucionalismo y el nuevo constitucionalismo latinoamericano; y, la otra, es a través de un tipo de constitucionalismo como categoría de análisis. A continuación, se ofrece una síntesis del rol de las categorías de análisis y se propone una

nueva categoría de análisis para el constitucionalismo ecuatoriano o de Latinoamérica, al que se le denominará Constitucionalismo del Buen Vivir.

Una categoría de análisis es una herramienta teórica que contribuye a una descripción del funcionamiento de un objeto a ser estudiado; por ejemplo, la categoría de análisis género, sirve para identificar el poder, subordinación y desigualdades que parte de una diferenciación discriminatoria en razón de sexo, orientación sexual, entre otros aspectos.

A través de la categoría de análisis surge un listado de descripciones de lo que es y qué impacto tiene en la realidad de las personas, sociedades y Estados.

Otro ejemplo, podría ser un llamado constitucionalismo popular o de la gente frente a un constitucionalismo populista, si se lo interpreta como categoría de análisis sobre la función y el impacto que ha tenido cada uno sobre la realidad, se establecería lo siguiente:

1. El constitucionalismo popular sería aquel en que los enunciados de la Constitución han permitido un goce efectivo de los derechos, mejorar las condiciones de la calidad de vida de las personas, limitar el poder o evitar el abuso de poder. En resumen, le ha hecho bien a la gente ese tipo de Constitución en la práctica.
2. El constitucionalismo populista sería aquel que se sirve de la Constitución y sus enunciados en una dimensión retórica de convencimiento social para legitimar acciones que no están conformes a la Constitución y presenta una utilidad de perpetrarse en el poder para así satisfacer los intereses de unos pocos y no de la población. En resumen, le ha hecho mal a la sociedad su puesta en práctica desde un determinado gobierno.

Estas dos categorías de análisis podrían entenderse de manera superficial lo bien o lo mal que se ha hecho sobre un mismo mode-

lo constitucional como puede ser el neoconstitucionalismo o nuevo constitucionalismo latinoamericano. Es decir, sirven de valoración de las actuales constituciones según los resultados que se han obtenido y quienes han resultado beneficiados.

Quizá estas dos categorías de análisis son una representación dicotómica no tan bien fundamentada, y valdría la oportunidad para descubrir otros elementos que han quedado por fuera de ese análisis.

Esto es lo que pretende el llamado Constitucionalismo del Buen Vivir como categoría de análisis.

En las siguientes líneas se retoma las aportaciones de un anterior trabajo sobre la definición operacional del constitucionalismo del Buen Vivir y la categoría de análisis.<sup>174</sup> En correspondencia se puede apuntar que este constitucionalismo se direcciona a la verificación del Buen Vivir o Sumak Kawsay, encontrando en los elementos sus fundamentos centrales y que están previstos en la Constitución.

El objetivo consistiría en una valoración del contenido de la Constitución sobre Buen Vivir, la formulación de los enunciados, los llamados derechos del buen vivir y las prácticas jurídicas que lo favorecen o no.

Las ideas sobre Buen Vivir no comienzan desde el artículo 1 hasta el 44 de la Constitución (2008)<sup>175</sup> y tampoco debe entenderse que la aplicación de la Constitución solo encierra ese intervalo o rango de articulado, sino que tiene su inicio en el preámbulo:

Nosotras y nosotros, el pueblo soberano del Ecuador

RECONOCIENDO nuestras raíces milenarias, forjadas por mujeres y hombres de distintos pueblos,

---

174 Rocha Pullopaxi, Milton Enrique, «Interés nacional en el constitucionalismo del Buen Vivir» (Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2016), <http://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/5312>; Milton Enrique Rocha, «Interés nacional: instrumento contra el pluralismo», en *Constitucionalismo y nuevos saberes jurídicos: Construcciones desde las diversidades*, ed. Claudia Storini, Estudios Jurídicos 41 (Quito: Corporación Editora Nacional : Universidad Andina Simón Bolívar, 2017), 488.

175 Ecuador, «Constitución de la República del Ecuador», Registro Oficial 449 § (2008).

CELEBRANDO a la naturaleza, la Pacha Mama, de la que somos parte y que es vital para nuestra existencia,

INVOCANDO el nombre de Dios y reconociendo nuestras diversas formas de religiosidad y espiritualidad,

APELANDO a la sabiduría de todas las culturas que nos enriquecen como sociedad,

COMO HEREDEROS de las luchas sociales de liberación frente a todas las formas de dominación y colonialismo,

Y con un profundo compromiso con el presente y el futuro,

Decidimos construir

Una nueva forma de convivencia ciudadana, en diversidad y armonía con la naturaleza, para alcanzar el buen vivir, el *sumak kawsay*;

Una sociedad que respeta, en todas sus dimensiones, la dignidad de las personas y las colectividades;

Un país democrático, comprometido con la integración latinoamericana—sueño de Bolívar y Alfaro—, la paz y la solidaridad con todos los pueblos de la tierra; y,

En ejercicio de nuestra soberanía, en Ciudad Alfaro, Montecristi, provincia de Manabí, nos damos la presente Constitución de la República del Ecuador

Aunque se asuma que no existe valor normativo (jurídico) en este preámbulo, sí tiene un valor jurídico interpretativo y con mucha más razón si se piensa que un modelo constitucional debe reforzar sus significados últimos a los que ha de remitirse como valores o principios.

Regresando a la idea de valor, el Buen Vivir se traslada, como mínimo con este sentido, en otras palabras, se ha de entender que el Buen Vivir es un valor o eje transversal que debe verse reflejado en todo el texto constitucional y que dota de contenido a todo aquel enunciado previsto.

No puede haber principio sustantivo o derecho en general, que no se refiera al Buen Vivir en alguno de sus sentidos debido a que el Sumak Kawsay se constituye en la última y prioritaria finalidad de la Constitución. Su función de eje transversal significa que no solo tiene un espectro a ese nivel jerárquico, sino que ha de reproducirse en la normativa infra constitucional como lo son leyes, reglamentos, decretos, acuerdos, resoluciones, etc., inclusive en la planificación nacional que vuelve operativo los preceptos jurídicos como normas programáticas.

Pasando del este aspecto teórico, el concepto de Buen Vivir o Sumak Kawsay se reconoce en el articulado del texto constitucional en varios aparados, probablemente la razón sea una técnica retórica – pragmática del uso del lenguaje que refuerza sobre que elementos hay mayor importancia o uso del Buen Vivir. Esto claramente, evidenciaría una asignación arbitraria y posible modificación del contenido o significado de este término.

Más allá del cuestionamiento la Constitución del Ecuador maneja una frecuencia de la terminología en los siguientes artículos: 3 numeral 5; del 12 al 56; 74; 84 numeral 7; 85; 97, 258; 277; 278; 289; 290 numeral 2; 319; Título VII; 385; Y, 387 numeral 2.<sup>176</sup>

Los hallazgos sobre las distinciones se resumen en: a) principio constitucional; b) derechos; c) régimen; d) deberes; e) responsabilidades; f) parámetros o directrices, etc.

Para brindar una mejor comprensión de la categoría de análisis, constitucionalismo del buen vivir, se partirá de un supuesto teórico sobre el objetivo que persigue. Un Constitucionalismo del Buen Vivir debe ser analizado como un todo dentro de un sistema jurídico en lo abstracto y concreto, en la teoría y la práctica.

Simplificando, debe responder a las preguntas ¿Existe o no una idea de buen vivir en el ordenamiento jurídico? ¿Las personas, actores, instituciones de una sociedad gozan del buen vivir? ¿Se ha alcanzado el buen vivir? Y por oposición ¿Se mantiene un sistema jurí-

---

176 Ecuador.

dico arraigado en la estructura tradicional hegemónica del Derecho y la Política, por ejemplo, liberal o neoliberal?

La formulación de estas preguntas directrices no hace más que responder a una sencilla pero compleja pregunta general ¿Existe o no un buen vivir en Ecuador?

Para evitar a que se escape a subjetividades superficiales sobre la valoración de lo que sucede en la realidad jurídica ecuatoriana y no reducir a criterios efímeros y sin tanto fundamento como si se cumplió o no se cumplió se prevé de una estructura teórica de relacionamiento sobre un objeto de análisis como lo es la Teoría de la Motivación de Deci y Ryan<sup>177</sup>, debido a que está reflexiona desde la psicología al ser humano sobre los factores que inciden interna y externamente en la fuerza que impulsa a una persona a realizar ciertos actos.

Esto de alguna manera, por analogía, puede ser útil para entender qué ha incidido del buen vivir de forma interna y externa en el ordenamiento jurídico y en la cultura jurídica y social del Ecuador actual.

La Teoría de la Autodeterminación (en adelante, TAD) plantea lo siguiente:

Motivación intrínseca como capacidad de auto regulación y autodeterminación, quizá en la comprensión del Estado sobre el poder o soberanía que tiene y de ordenamiento jurídico corresponda su propio ejercicio de creatividad y construcción del conocimiento. Los fines que está persiguiendo como es el Buen Vivir. Sostener que este fin forma parte de la auto regulación y autodeterminación significa que ha de evitar en la medida de lo posible que se vea reflejado en todas las esferas del Derecho partiendo desde la Constitución, determine sus propios principios, valores y hasta una idea de derechos que pueden ser nuevos o distintos en alguna propiedad a los que tradicionalmente se defienden.

---

177 R. Ryan y Edward L. Deci, «La Teoría de la Autodeterminación y la Facilitación de la Motivación Intrínseca, el Desarrollo Social, y el Bienestar», *American Psychologist* 5, n.º 1 (2000): 68–78.

En el marco de esta motivación intrínseca se desarrollan otros elementos como curiosidad, persistencia y conciencia de objetivos. Para alcanzar un buen vivir deberían reforzarse estos elementos.

Por curiosidad, el Estado, el Derecho y la Sociedad no deberían tener miedo sino necesidad de explorar y experimentar este esquema de conocimientos y enunciados en sus prácticas y porqué no en la reformulación de las teorías o cuestionarlas en último término.

Por persistencia, el Estado, Derecho y Sociedad, no se rendiría ante los primeros tropiezos de su proyecto de vida o destino, sino que insistiría en poder alcanzar los objetivos que se ha planteado, alejándose de todo tipo de interferencia externa que pueda frenar su proceso, debe tener confianza en que podrá transformar la realidad.

Por conciencia de objetivos, tanto Estado, Derecho y Sociedad, han de caer en cuenta sobre la realidad a la que deben responder y los objetivos que se persiguen. Por ejemplo, en el Ecuador habrá que tomar conciencia de su carácter plurinacional, diverso, intercultural y con proyección de construcción normativa propia de algunos pueblos y comunidades, partiendo de este presupuesto el Buen Vivir y la defensa de sus fines, valores y principios deben ser claros y no confundirse con otros objetivos porque sino pierde eficacia y coherencia.

Por otra parte, la TAD, considera la motivación extrínseca, como aquella que sucede por incidencia de factores externos que pueden cambiar el rumbo de las acciones. Como en la motivación intrínseca, ésta presenta sus dimensiones propias que son: a) motivación extrínseca por reglamento interno; b) motivación extrínseca por introyección; c) motivación extrínseca por identificación; y, motivación extrínseca por integración.

Antes de explicar esta segunda parte de la TAD, resulta pertinente aclarar que lo ideal para el desarrollo de un ser humano sobre su auto realización corresponde a un elevado grado de incidencia de la motivación intrínseca y en un menor grado de la motivación extrínseca. Es decir, que la segunda, encierra un margen de probabilidad

de que afecta al desarrollo de la persona o potencia, pero no en el grado que lo hace la motivación intrínseca.

Es claro entender en este punto que existen factores externos que pueden debilitar en gran medida a un proyecto constitucional del buen vivir en la teoría y la práctica o que su grado de incidencia positiva no es significativo que no representa una gran contribución para el mismo.

Por motivación extrínseca por reglamento externo, ha de referirse a los factores externos formulados como reglas de obligación o deberes adquiridos de los que no se pueden prescindir a nivel de Estado, Sociedad y Derecho. El proyecto de Buen Vivir puede verse afectado en ese sentido por el Derecho Internacional de los Tratados y Convenios en los que los Estados se obligan a hacer o no hacer algo en relación a derechos humanos, aspectos económicos, comerciales, de interés mutuo, entre otros.

Para el Derecho, correspondería la adscripción a un tipo de concepción o corriente del Derecho como la positivista y al modelo político de Estado, que podría ser un Estado de Derecho, “la ley es la ley y hay que obedecerla” que es un mandato que se traslada a la convivencia social o como la definición tradicional de la norma jurídica es definida, a regular las relaciones entre particulares y el Estado.

Por motivación extrínseca por introyección, en el Derecho, Estado y Sociedad, el proyecto del Buen Vivir puede verse afectado en la medida que se asumen rasgos distintivos no propios del Buen Vivir para convertirlo en unos que aparenten serlo. El riesgo detrás de esto es que pierda significado de la génesis del Sumak Kawsay por otros conceptos que hasta puede ser contrarios.

Por motivación extrínseca por identificación, se entendería que, para el Estado, Derecho y Sociedad, no resulte una incidencia totalmente negativa porque deja a criterio de los actores un haz de posibilidades donde debe seleccionar aquellas que les parezcan las más pertinentes y adecuadas para llegar a los objetivos intrínsecos que se han planteado. El riesgo que se corre es que es un ejercicio de se-

lección y elección, pero no de explicación profunda de lo que se va a escoger y ahí puede o no coincidir, en este caso, con el proyecto de Buen Vivir.

Finalmente, por motivación extrínseca por integración, donde los factores externos no afectan el desarrollo del proyecto de manera negativa, sino que es probable que refuercen la idea intrínseca que hay que defender. Es una coincidencia de conocimiento y prácticas que se unen para volver viable y factible el proyecto de Buen Vivir. Puede coincidir un principio del Buen Vivir con un principio de la Teoría de los Derechos Humanos y conjugar su defensa, práctica y exigibilidad.

Hasta este punto se ha logrado establecer un esquema de funcionamiento de la categoría de análisis llamada Constitucionalismo del Buen Vivir, pero no se ha insistido en la explicación de su origen, filosofía, cosmovisión, fines, valores, principios y conceptos que sostiene. Esto rebasaría el objetivo de este artículo y sería la siguiente tarea a realizarse en el esquema propuesto.

A partir de esta herramienta teórica se podrá identificar si se ha cumplido o no con el Buen Vivir o Sumak Kawsay en Ecuador y en los países que lo han establecido como eje central de sus ordenamientos jurídicos.

El uso de esta categoría no solo que llegará a una conclusión cerrada y superficial, sino que ofrecerá los argumentos necesarios sobre los hechos y la pruebas que puedan aportarse a favor de una hipótesis sobre algún tipo de relación como aquella que sucede entre el ordenamiento jurídico por reglamento externo en afectación por responsabilidad del cumplimiento con el Derecho Internacional de los Convenios y Tratados.

Por otra parte, permitirá explorar en las posibilidades de proyección que tiene el Buen Vivir dentro de un Estado, Derecho y Sociedad, según sus propias características, reflejando los acercamientos y distanciamientos de un modelo político de Estado de otro y de un tipo de Derecho sobre otro.

## Conclusiones

1. Se determinó que las contribuciones a la propuesta de esquema desde el análisis de los modelos políticos de Estado solo pueden suceder de manera interdisciplinaria o transdisciplinaria debido a que incorporan elementos que se interrelacionan, pero tienen su explicación en otras ciencias, disciplinas o campos del conocimiento como la psicología, la historia, la filosofía, la epistemología, gnoseología, economía, sociología, entre otros., esto anclado a una matriz de Teoría Política, Teoría del Estado y Teoría del Derecho que modifican el tipo de concepción del Derecho Constitucional.
2. Se demostró que el paso del absolutismo al Estado Constitucional de Derechos y Justicia Social presente en la Constitución de la República del Ecuador del 2008 expresa un grado elevado de innovaciones en un sentido material y formal, pero que al mismo tiempo encierra un paradigma de momento constituyente al que se le puede atribuir dos teorías o doctrinas del Derecho Constitucional: a) Neoconstitucionalismo; y, b) Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano.
3. Se estableció una diferenciación entre doctrinas jurídicas instauradas y en configuración como propias de las Constituciones latinoamericanas de los últimos años, en donde predominan una fuente de justificación para creer que existe una construcción colectiva de conocimiento propia de la Región, como es el caso ecuatoriano al referirse a un Estado plurinacional e intercultural con base en una matriz filosófica del Buen Vivir entendida como un eje rector o transversal del sistema jurídico en la dimensión teórica, de ordenamiento jurídico –como norma jurídica en abstracto– y en la práctica o cultura jurídica también evidenciada en el pluralismo jurídico.
4. Se evidenció que el trabajo de construcción del esquema de una categoría de análisis resulta complejo, pero es pertinente y necesario hacerlo en ese sentido y de manera profunda abarcando un gran

número de relaciones a las que se les podrá dar explicación. No es un intento dicotómico de una respuesta breve sobre sí o no del cumplimiento de un paradigma constitucional como lo es el Buen Vivir, sino que la utilización de esta herramienta teórica permitirá argumentar sobre los hechos y las pruebas de cada hipótesis sobre casos fáciles y difíciles; y, permitirá realizar ejercicios de proyección sobre un Estado, Derecho y Sociedad desde sus propias características intrínsecas.

## Bibliografía

- Atienza, Manuel. *El Derecho como Argumentación*. Barcelona: Ariel, 2006.
- Carbonell, Miguel. «El neoconstitucionalismo en su laberinto». En *Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos*. Madrid: Trotta S.A., 2007.
- Ecuador. Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial 449 § (2008).
- Fuentes, Claudia. «MONTESQUIEU: TEORIA DE LA DISTRIBUCIÓN SOCIAL DEL PODER». *Revista de ciencia política (Santiago)* 31, n.º 1 (2011): 47–61.
- Gargarella, Roberto, y Christian Courtis. *El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes*. Santiago: CEPAL, 2009.
- Guastini, Ricardo. «La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano». En *Neoconstitucionalismo(s)*, Miguel Carbonell. Madrid: Trotta S.A., 2003.
- Prieto Sanchís, Luis. *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. Lima: Palestra Editores, 2007.
- Rocha, Milton Enrique, y others. «Interés nacional en el constitucionalismo del Buen Vivir». Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2016. <http://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/5312>.
- Real Academia Española. *Diccionario de la lengua Española*. 23.<sup>a</sup> ed. España: Asociación de Academias de la Lengua Española ASALE, 2017. <http://dle.rae.es/?id=EiYm9np>.
- Rocha, Milton Enrique. «Interés nacional: instrumento contra el pluralismo». En *Constitucionalismo y nuevos saberes jurídicos: Construcciones desde las diversidades*, editado por Claudia Storini, 488. Estudios Jurídicos 41. Quito: Corporación Editora Nacional: Universidad Andina Simón Bolívar, 2017.
- Ryan, R., y Edward L. Deci. «La Teoría de la Autodeterminación y la Facilitación de la Motivación Intrínseca, el Desarrollo Social, y el Bienestar». *American Psychologist* 5, n.º 1 (2000): 68–78.
- Viciano Pastor, Roberto, y Rubén Martínez Dalmau. «Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano». En *Política, justicia*

*y Constitución*, 1.<sup>a</sup> ed., 157-88. Crítica y Derecho 2. Quito: Corte Constitucional del Ecuador, 2012.

— ——. «El proceso constituyente venezolano en el marco del nuevo constitucionalismo latinoamericano». *Ágora, Revista de ciencias sociales*, n.º 13 (2005): 55-68.

Villabella Armengol, Carlos Manuel. «Constitución y democracia en el nuevo constitucionalismo latinoamericano». *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.*, n.º 25 (2010): 49-76.

## Capítulo XII

# EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN UN ESTADO DE EXCEPCIÓN. EL GARANTE DEL GARANTISMO

*Esteban Morales ■ Alejandro Calderón*

### **Introducción**

El denominado *garantismo* fue en su momento un hito de la Constitución del 2008, que ingresaba con fuerza para entregar la idea de un mundo jurídico distinto donde los juristas serían expertos en derecho constitucional y sus pseudo nuevas corrientes; donde los ciudadanos estarían protegidos por autoridades públicas conscientes de su rol de garantes de los derechos constitucionales y de sus obligaciones como receptores del poder delegado; y, donde el esquema presidencialista -que algunos han calificado como “hiper”, daría la tranquilidad de un primer mandatario como garante del cumplimiento de la Constitución.

Aquello no es más que un utópico escenario que depende de aquellos que integran el ámbito público, entienden su papel en la sociedad y deciden ejercerlo de modo desinteresado. Esto, es poco común, incluso en épocas de pandemia, se ha demostrado capacidad en la búsqueda de riquezas en el clamor desgarrador ajeno.

Justamente, durante una crisis económica, sanitaria o de cualquier otro tipo, la sociedad voltea al primer mandatario esperando una adopción de decisiones consecuente con la radicalidad de los tiempos que se viven, inclusive al punto de reclamar el uso de las facultades excepcionales que otorga la Constitución, pues el precio de restringir ciertos derechos -se entiende- lo merece, frente a la posibilidad de un manejo adecuado de la crisis.

En el país, la declaratoria de emergencia sanitaria generada por la pandemia del SARS – CoV-2 y el conocimiento paulatino sobre el comportamiento del virus y sus formas de contagio, dieron paso a la necesidad de replicar los modelos aplicados en el epicentro del virus para ralentizar la propagación de la enfermedad, a consecuencia de lo cual, el Presidente de la República mediante Decreto Ejecutivo No. 1017 decidió “SUSPENDER el ejercicio del derecho a la libertad de tránsito y el derecho a la libertad de asociación y reunión.”

Tal suspensión de derechos está plenamente autorizada por la Constitución en su artículo 165, con la particularidad de que, a diferencia de cualquier otra facultad del poder público, la naturaleza de los poderes excepcionales del Presidente impiden su delegación para la determinación del alcance de la restricción de los derechos. En contraposición, el Decreto 1017 resuelve que será el Comité de Operaciones de Emergencia Nacional el organismo que disponga los “horarios y mecanismos de restricción” para los derechos suspendidos.

Vale hacer notar al lector, desde lo jurídico, nuestros derechos fueron suspendidos, mas no limitados, y sin embargo, se aplica el concepto de limitación, por tanto, un concepto distinto al que se resolvió, y se trata a los ciudadanos como si las figuras jurídicas insertas en la Constitución fuesen sinónimos elaborados para aplicación abierta a gusto de quien lo requiera, o mera retórica inútil que se le ocurrió a algún romántico de las letras, pues para quienes creen esto, el fin ya no solo justifica los medios, sino que el fin enaltece cualquier violación o inobservancia de la Constitución.

Con estos criterios, se ha posicionado a fuerza de repetición vacía y como argumento para cualquier improductivo pensamiento que se atreva a reflexionar sobre la seguridad jurídica y su aplicabilidad en épocas de crisis, el aforismo de que la realidad supera la legalidad, casi suplicando al Estado que decida por encima de los principios, normas y derechos con tal de que logre el cometido, sea éste cual fuere.

La esperanza entonces se vuelca al órgano de control constitucional, la Corte Constitucional, llamada a defender a la supremacía de la Constitución, el respeto estricto de los derechos, la vigencia de los principios constitucionales y el resguardo ante cualquier abuso de los poderes que otorga el estado de excepción y que algunos rostros políticos no temen en interpretar la excepcionalidad como una *pausa del sistema democrático*, donde todo vale y las normas no son más que preceptos rimbombantes que quedan para los ilusos que con temor reflexionamos sobre la seguridad jurídica como esencia fundamental de la vida diaria.

Así las cosas, los derechos se suspenden aunque en realidad lo que se hace es limitarlos; el Presidente ejerce su facultad constitucional solamente para anunciar la suspensión de derechos pues para su limitación, aunque es su potestad, la encarga a un ente de mera coordinación técnica y territorial subordinado de una Secretaría de Estado y que funciona sobre la base de un manual; a su vez, estos entes derivan la facultad delegada a sus pares cantonales aunque la facultad es exclusiva del Presidente, la limitación de derechos se enmarca en la consideración de las municipalidades; y, la Corte Constitucional aunque lo advierte entrelíneas solo pide atentamente que recuerden respetar la Constitución pues si no, pueden haber sanciones, aunque no se conoce por parte de quién, ni cuáles, ni si le interesa realmente a quienes está dirigida la advertencia.

Estos serán los elementos a valorar en el presente artículo, procurando hacer hincapié en el ámbito técnico jurídico, pero sin caer en observaciones burdas que pretendan maximizar minucias, sino invitando a la reflexión al lector en torno al imperativo del respeto estricto de los enunciados normativos, los cuales, no serán más que enunciados irreales si su garante decide guardar silencio.

## **1. Un Olimpo sin Zeus: La historia como muestra de la necesidad de una Corte Constitucional**

Cuando el Ecuador se dotó de un nuevo pacto social, económico y político que se concretó con la adopción de la Constitución de 2008, desde un enfoque de derecho constitucional, se inauguraba en

el país, un nuevo modelo de Estado que se lo denominó de derechos y justicia. Esta definición de Estado, implica o debería implicar, la supremacía de los derechos reconocidos en la Constitución, los Tratados y Convenios Internacionales, y el principio de la cláusula abierta, como cúspide fundamental que justifica, limita o habilita el accionar de los poderes constituidos.

El numeral 9 del artículo 11 de la Constitución de la República del Ecuador, dispone: "...El más alto deber del Estado consiste en respetar y en hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución...". Respetar significa el deber de los órganos competentes de realizar un control de carácter primario, lo que implica la obligación a la hora de ejercer sus atribuciones y competencias de realizarlo en el marco de la normativa legal vigente. Este principio fundamental del gobierno de las leyes para evitar el poder arbitrario de los poderosos, fue instituido desde las revoluciones liberales de finales del siglo XVIII. En este sentido, a través de un proceso constituyente, una determinada sociedad que se encuentra en un territorio delimitado, a través del ejercicio de la soberanía se dota de un gobierno impersonal, es decir, del gobierno de las leyes. Todo lo demás, es arbitrariedad y abuso del poder.

Como se ha manifestado en líneas anteriores, en el 2008 el país se instituyó como un Estado garantista, y para ello, por primera vez en la historia del constitucionalismo ecuatoriano, se establecía a la Corte Constitucional como el máximo órgano de control, interpretación y de administración de justicia en materia constitucional. Hasta ese momento, de alguna u otra forma, todos los textos constitucionales habían otorgado en última instancia al Congreso la facultad de interpretación final, elemento que comenzó a cambiar con la reforma de 1992 y finamente se consolidó con la Constitución de 2008 (AYALA, 2014).

El proceso con el cual los diferentes Estados llegaron a la consolidación de supremacía constitucional ha sido complejo y azaroso. Es bien conocido el caso *Marbury versus Madison* con el cual la Corte estadounidense sentó el precedente de que todo aquello que sea

contrario o que no se ajuste a la Constitución, simplemente es contrario al Estado de derecho y por tanto no válido (OYARTE, 2016).

En nuestro país, este principio no ha sido de comprensión sencilla, como lo demuestra la sentencia de la Corte Suprema Marcial de Quito en relación al caso Irigoyen, misma que se adoptó incluso ochenta y cuatro años después de lo establecido por la Corte estadounidense, pronunciándose de la siguiente forma:

“...aun cuando la citada ley del 10 de julio de 1886 fuere inconstitucional, el Poder Judicial no podría dejarla sin efecto, rehusando darle aplicación; pues, si es cierto que el Poder Legislativo no puede excederse de sus atribuciones, como lo haría al dar una ley inconstitucional, tampoco el Judicial puede, sin excederse de las suyas, declarar que esa ley carece de fuerza obligatoria, ya que para esto era menester que estuviese facultado por la Constitución...”. (PÉREZ, 1937).

De esta argumentación se extrae que aun cuando se reconoció la existencia de una ley contraria a la Constitución, la misma no podía ser inaplicada al no existir una instancia con facultades para hacer valer lo estipulado en la misma, lo cual es lo mismo que decir, que en el funcionamiento jurídico real, se trataba de un Estado legal y no constitucional.

De tal forma, el único mecanismo que permite la garantía de los derechos establecidos en la Constitución, esto quiere decir, el paso de la política al derecho, son las garantías Constitucionales y la Corte Constitucional, o dicho de otra manera, un Estado de Derechos y Justicia, un ordenamiento garantista, una interpretación iusnaturalista que privilegie el principio de la dignidad por encima de todas las cosas, sin una Corte Constitucional que desempeñe sus competencias y atribuciones, es como un Olimpo sin Zeus, algo irrealizable.

Entre 1830 y 1945 el control constitucional se realizaba entre el Congreso, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, aunque manteniendo como se manifestó anteriormente, el Congreso la función de intérprete final. En estos años prevaleció sin cuestionamiento el principio de soberanía parlamentaria. En 1929 se con-

figuró al Consejo de Estado como un órgano dotado de mayores atribuciones para el control constitucional, atribuyéndole incluso la competencia de declarar nulos por inconstitucionales, decretos y reglamentos. Entre 1945 y 1996 podemos observar otra etapa de consolidación del principio de supremacía constitucional. En este periodo encontramos que por primera vez se crea el Tribunal de Garantías Constitucionales en 1945, mismo que con la irrupción de la dictadura de Velasco Ibarra solo pudo estar vigente hasta 1946. (LÓPEZ, 1999).

La Constitución de 1946 pasa al Consejo de Estado las atribuciones otorgadas al Tribunal de Garantías Constitucionales, aunque despojándolo del control constitucional de la ley y acentuando el principio de soberanía parlamentaria. El hecho de que con la dictadura se haya dejado sin fuerza al órgano garante de la supremacía constitucional, es una muestra de que resulta al menos incómodo para las estructuras de poder, contar con una institución que establezca como límites los acuerdos políticos instrumentalizados a través de un cuerpo normativo de carácter constitucional. Tras el retorno a la democracia en 1978, las reformas de 1995, 1996 y la Constitución de 1998 supusieron pasos importantes para conseguir la supremacía constitucional, al establecer, por ejemplo, el amparo, el habeas data, el Defensor del Pueblo y el Tribunal Constitucional.

En 2008 establece grandes avances en relación al control de constitucionalidad. Para empezar, por ejemplo, se amplía la legitimación activa, misma que consiste en que cualquier ciudadano individual o colectivamente de forma directa, sin necesidad de informe positivo del Defensor del Pueblo, como sí lo estipulaba el texto constitucional de 1998. De esta forma, el artículo de la Constitución de la República del Ecuador establece: "...Las acciones constitucionales podrán ser presentadas por cualquier ciudadana o ciudadano individual o colectivamente...".

El desarrollo fundamental para la consolidación del principio de supremacía constitucional, lo supuso sin duda el establecimiento de la Corte Constitucional como órgano de control final a fin de asegu-

rar el principio de supremacía constitucional, lo cual incluye, entre otras cosas, la atribución de este órgano de establecer la inconstitucionalidad por omisión, el desarrollo del contenido de los derechos y en relación al tema en estudio, la atribución que en realidad debiera ser considerada como obligación, de observar y controlar el estricto ejercicio de las facultades otorgadas al Presidente en estado de excepción.

## **2. Naturaleza, límites y rol de la Corte Constitucional como órgano de control**

Como queda anotado, la existencia de un Estado constitucional de derechos y justicia, depende de un órgano que permita su efectivo cumplimiento en el caso de que existan normas, actos, políticas o actuaciones que vulneren o sean contrarios a lo establecido en el texto constitucional. Sin un garante que vigile con capacidades de control y sin la consolidación del principio de supremacía constitucional, seguiremos viviendo en un Estado de carácter legal, o aún peor, en un Estado donde los derechos importen poco con tal de obtener los resultados políticos de la época.

La diferencia entre un modelo y otro es crucial desde varios puntos de vista, pero sobre todo desde el punto de vista de la legitimidad. La diferencia entre el tipo de normativa que se puede adoptar en el Ecuador, estriba en el nivel de consensos que necesita para cada uno, así como de la materialidad o especificidad que desarrollen. En este caso, cuando un país decide dotarse de un nuevo marco Constitucional, supone que desde el punto de vista político, social y económico se están llegando a nuevos acuerdos como país; nuevos acuerdos que se plantean además a largo plazo, con visión de futuro, para lo cual las diferentes fuerzas de representación aceptan unos mínimos fundamentales compartidos por todos (BOSANO, 1985).

Por esta razón es que se convoca a un proceso de elecciones de representantes que van a participar en la elaboración de este documento atendiendo al nuevo pacto político, y con el único cometido de desarrollar el texto constitucional. Una vez que terminan con la misión para lo cual fueron elegidos, pierden evidentemente su con-

dición de asambleístas constituyentes. En cambio, para la adopción de una norma, ya sea de carácter orgánico u ordinario, se requiere de una legitimidad con menos consensos y apoyos que los necesarios para adoptar una Constitución. Esta diferencia sustancial entre Ley y Constitución como ya se podrá entrever, requiere, por tanto, de dos tipos de órganos de carácter jurisdiccional con naturaleza diferente, pues su ámbito de competencias es en relación a instrumentos jurídicos de una naturaleza muy distinta. Así lo comprendieron los señores Asambleístas en 2017 y es por esta razón que por primera vez se contempla un órgano que reemplaza a la función legislativa, como garante último de la Constitución y cuyos dictámenes y resoluciones son de cumplimiento obligatorio.

El artículo 429 de la Constitución de la República del Ecuador, inicia con una hermosa disposición, sosteniendo lo siguiente: "... La Corte Constitucional es el máximo órgano de control, interpretación constitucional y administración de justicia en esta materia...". Como se puede observar, la naturaleza de la Corte en este sentido es el de control. Si bien los intérpretes son varios, esto es, ciudadanos, grupos de interés, la Asamblea Nacional, la administración de justicia y todos quienes tienen facultades y potestades normativas, el órgano con potestad exclusiva de control en este caso es la Corte Constitucional. De tal forma le corresponde competencia exclusiva para resolver acciones extraordinarias de protección, acción por incumplimiento, declara la inconstitucionalidad de aquellas normas que sean contrarias a la Constitución, resolver anomías a través de los principios de aplicación de derechos constitucionales, pero sin lugar a dudas, el rol más importante que tiene este órgano de control, es garantizar que se cumplan con los derechos establecidos en la estructura dogmática de la Carta de Montecristi.

Que la Corte Constitucional sea el órgano de control, significa que actúa sobre las entidades públicas o las funciones del Estado, de manera constante. En un contexto de Estado de excepción la Corte debe actuar específicamente en el control de las actuaciones de los poderes públicos y debe actuar de oficio.

De conformidad con el artículo 64 de la CRE, este estado se lo puede declarar en casos de agresión, conflicto armado, grave conmoción interna, calamidad pública, o desastre natural. Durante el mismo, el Presidente de la República solo podrá suspender o limitar el derecho a la inviolabilidad del domicilio, inviolabilidad de correspondencia, libertad de tránsito, libertad de reunión y asociación y libertad de información. Esta declaración deberá ser notificada a la Asamblea Nacional, la Corte Constitucional y a los organismos internacionales (en este caso de manera prioritaria a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en virtud que la Convención Interamericana de 1978 es un instrumento internacional de carácter vinculante).

Como en un estado de excepción el gobierno central cuenta con facultades tan particulares como las de limitar o suspender derechos fundamentales, es precisamente por este motivo que se convierte aún en más relevante el actuar de la Asamblea Nacional, la Corte Constitucional y los organismos internacionales con competencia para el efecto. En tal sentido, Fix Zamudio manifiesta que: "...la judicialización de los estados de excepción es la única manera efectiva de evitar la arbitrariedad en las declaraciones de emergencia; la revisión judicial puede utilizarse durante las situaciones de emergencia o de excepción, para examinar la concordancia y proporcionalidad de las medidas generales que se adoptan...incluyendo las declaraciones mismas...".

De esta forma para este autor, enfoca la acción de la Corte Constitucional, en la judicialización constitucional cuando los estados de excepción carecen de cumplimiento y al control de la proporcionalidad y pertinencia de las decisiones.

En un estado de excepción existen límites como los mencionamos anteriormente, y éstos solo pueden ser establecidos de manera jurídica a través de la Corte Constitucional. Con el fin de superar situaciones de peligro público, es que el Ejecutivo y solo el Ejecutivo en nuestro país, puede limitar los derechos antes mencionados, durante 60 días y hasta por 30 días adicionales en el caso de persistir la situación que originó el estado de conmoción. Es en este momento

más que en cualquier otro, que el rol de la Corte cobra mayor relevancia, ya que de este órgano depende que no exista un mal manejo de los recursos públicos, un uso arbitrario del poder coercitivo del Estado, un ejercicio ilegítimo del poder excepcional o una duración no justificada del estado de excepción.

En el desarrollo del Estado liberal, uno de los avances más importantes que supuso el mismo, fue el desarrollo de los derechos individuales, civiles y políticos que pertenecen a los seres humanos sin otro requisito más que el de su propia existencia y de los cuales no podía en ninguno de los casos disponer el Estado. De esta forma se establecían límites al poder del gran Leviatán absolutista configurado por Thomas Hobbes, en el cual el poder y la arbitrariedad tenían el límite de los derechos fundamentales. En un estado de excepción, cuando no existe este límite es cuando se torna más importante el rol de los órganos de control como la Corte Constitucional, pues si no actúa, nos encontraremos con un garantismo sin garante, con un poder desbocado, en la mayor arbitrariedad, en un Estado sin derechos y por lo tanto, sin legitimidad (BERLIN, 1988).

### **3. Restricción de derechos mediante estado de excepción en pandemia del SARS-CoV-2:**

El mundo entero ha recibido el impacto del SARS-CoV-2, no solo en el ámbito de la salud, sino también, en lo que respecta al ejercicio de derechos, pues para evitar la propagación de contagios, ha sido generalizada la decisión de decantarse por el denominado “aislamiento”, el cual, jurídicamente se traduce como la restricción de los derechos de libertad de tránsito y libertad de reunión.

El profesor Héctor Fix-Zamudio refiere a la historia de los estados de excepción diciendo:

“La creación de disposiciones jurídicas para regular las situaciones graves de conflictos internos o externos surgieron en forma definida en el derecho romano, en cuanto se establecieron normas de duración temporal con el fin de que las autoridades públicas pudiesen superar las situaciones de peligro derivadas de insu-

rrecciones internas o de guerra exterior. En efecto, el destacado jurista alemán Cari Schmitt señaló que durante la República se estableció la dictadura comisarial, la que consistía en la designación por el cónsul a solicitud del Senado, de un funcionario durante un periodo de seis meses con atribuciones para hacer frente a la emergencia, pero en la práctica, si la situación se normalizaba antes de concluir dicho plazo, el comisario debía dejar su cargo. El mismo autor distinguía entre esta dictadura temporal (comisarial) y la permanente (soberana), que se transformaba en tiranía como las ejercidas por Sila y por César.” Fix-Zamudio, H. (2004). Los Estados de Excepción y la Defensa de la Constitución, <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/3805/4727>.

Esta referencia sitúa la fragilidad entre el ejercicio estricto de las facultades excepcionales y su abuso o desviación hacia otros fines distintos de la esencia para la cual se concibe el estado de excepción. Es por ello que la necesidad de un respeto fiel al principio de legalidad, tiene una connotación vital, pues solo esta podría permitir que el sistema constitucional sea preservado.

La forma de restricción de dichos derechos en Estados constitucionales, solamente encuentra asidero en sus propias constituciones que prevé la figura del estado de excepción, sus requisitos, alcance y controles. Estos criterios a más de las condiciones propias de cada mandatario y su decisión de la forma de enfrentar el contagio, son los que han matizado el ejercicio de esta figura de excepción.

En torno a lo dicho vale explicitar que el mundo se ha dividido en aquellos casos donde la decisión gubernamental, por una parte, ha sido el aislamiento que implica la restricción de la libertad de tránsito para reducir la propagación del virus, mientras que, por otra, ha significado la no restricción con la esperanza de una ciudadanía respetuosa y comprensiva de las formas del ahora llamado distanciamiento y la priorización de la economía.

Ecuador recibió la decisión de restricción de derechos mediante Decreto Ejecutivo No. 1017<sup>178</sup>, el cual resolvió “suspender” los derechos de libertad de tránsito y libertad de asociación y reunión, ante esto cabe realizar varias precisiones jurídicamente relevantes en relación con la seguridad jurídica en el respeto de los derechos constitucionales.

Primero, hay que precisar el alcance constitucional otorgado por el constituyente al Presidente en estado de excepción, de lo cual se obtendrá que el primer mandatario tiene la potestad de limitar o suspender ciertos derechos. Nos enfrentamos entonces a tres terminologías elementales pero que suponen una gran diferencia conceptual para el caso que nos atañe: restricción, limitación y suspensión de derechos.

Para abordar estos elementos se torna interesante la reflexión en torno a las modalidades existentes en la Ley Fundamental de Bonn y la Constitución española que diferencian el concepto según el grado de intensidad de la afectación al derecho fundamental, por tanto, la gravedad de las circunstancias define el efecto y necesidad de la decisión que motiva restringir derechos en mayor o menor grado. Una explicación en este sentido la plantea Benito Aláez Corral de la siguiente manera:

“Una primera modalidad regulativa consiste en que el texto constitucional afronte el reto de autoinmunizarse frente a situaciones excepcionales que se produzcan en el futuro y regule de forma detallada los presupuestos y efectos jurídicos de la situación de crisis, y, con ello, de considerarlo necesario, los supuestos y extensión de la suspensión de ciertos derechos fundamentales. Dos fórmulas bien distintas de desarrollar este modelo son las que están presentes en la Ley Fundamental de Bonn de 1949 y en la Constitución española de 1978. Mientras la Constitución alemana, tras la reforma operada por la Ley de 4 de junio de 1968, ha prescindido de introducir una auténtica suspensión de los derechos fundamentales y ha optado por fórmulas de limitación más

178 Presidencia de la República. 2020, 17 de marzo, Decreto Ejecutivo 1017. Suplemento Registro Oficial 163. <https://www.finanzas.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2020/04/ANEXO-No.-1-DECRETO-ESTADO-DE-EMERGENCIA-1017-MARZO2020.pdf>.

intensa de aquéllos, que ni siquiera llegan a permitir su desfundamentalización, la CE de 1978 se inclina, como se verá, por la más delicada operación de la suspensión de determinados derechos fundamentales para dos de los estados de crisis más graves (el estado de excepción y el estado de sitio).

En efecto, la LFB prevé la posibilidad de limitaciones más intensas de los derechos fundamentales durante la vigencia de los estados de crisis (Notstandsverfassung). Básicamente distingue entre el estado de necesidad interna (Innere Notstand), que puede derivarse tanto de catástrofes o infortunios naturales (art. 35 LFB) como de una amenaza interna contra la existencia de la Federación, de un Estado o del orden democrático-liberal de una y otro (art. 87a.4 y art. 91 LFB), y el estado de necesidad exterior o de defensa (Verteidigungsfall), presente únicamente cuando la República Federal sea militarmente agredida desde el exterior o amenace semejante agresión (art. 80a y 115a-115m LFB).” Aláez, B. (2004). La defensa del Estado (primera edición). Tirant lo Blanch.

El mismo autor plantea la reflexión en torno a la desconstitucionalización y desfundamentalización de los derechos constitucionales suspendidos, para lo cual plantea como ejemplo la figura de suspensión de derechos prevista en la Constitución española en su artículo 55 numeral 1; ante ello, resulta adecuado para nuestro estudio el siguiente planteamiento del precitado profesor Benito Aláez Corral:

“La suspensión a que hace referencia el art. 55.1 CE ha de ser entendida en un sentido estricto, y además formal, como la temporal supresión de la vigencia de las normas constitucionales sobre determinados derechos fundamentales, y no como una mera limitación suspensiva de los mismos, por muy intensa que ésta quiera ser entendida.” (ídem).

Los criterios entregados permiten diferenciar con mayor certeza entre restricción, limitación y suspensión de derechos, los cuales conciben conceptos por sus efectos devenidos por un grado de mayor o menor afectación acorde a las circunstancias en que se apliquen, pues en torno a esto, nuestra Constitución es mucho más simplista

y sin caracterizar estados diferentes (como en la Ley Fundamental de Bonn) otorga la discrecionalidad al Presidente para motivar la forma en que afectará a los derechos que el constituyente le ha permitido hacerlo.

Dicho esto, podemos entender que la restricción implica una forma genérica de referir a la afectación ocasionada a un derecho constitucional, la cual puede darse, bien por vía de limitación, que implica la reducción del alcance, ámbito y discrecionalidad en el ejercicio de un derecho, o bien por vía de suspensión que implica imposibilitar temporalmente el ejercicio de un derecho.

Siendo así, cuando el Decreto Ejecutivo 1017<sup>179</sup> determinó la suspensión de derechos, aquello significaba la imposibilidad de ejercer la libertad de tránsito, asociación y reunión; en contraposición, el propio Decreto delegó al Comité de Operaciones de Emergencias Nacional para que sea éste el que disponga “los horarios y mecanismos de restricción a cada uno de estos derechos”. Ergo, si bien se resolvió suspender los derechos, en el mismo párrafo decisorio del Decreto se refiere al concepto de limitación, lo cual, como se ha explicado, no es coherente con el concepto mismo de las figuras de restricción.

Segundo, la suspensión de derechos resuelta se dirigió a los la libertad de asociación y reunión, como si ambos derechos fuesen sinónimos equiparables, no obstante, existen claras diferencias entre ambos que permitirán meditar en torno a la exigencia de restringirlos, para lo cual acudiremos a la definición entregada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación mexicana que ante esto resolvió:

“El derecho de libertad de asociación consagrado en el artículo 9o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no debe confundirse con la libertad de reunión prevista en el mismo artículo constitucional. El primero es un derecho complejo compuesto por libertades de índole positiva y negativa que implica entre varias cuestiones la posibilidad de que cualquier

---

179 Op. Cit.



Tercero, se debe precisar que la esencia misma del estado de excepción implica el otorgamiento de facultades exclusivas al Presidente de la República, para que sea éste quien las adopte conforme a las circunstancias del caso. Cabe entonces preguntarse ¿Es posible delegar el ejercicio de la facultad de suspensión o limitación de derechos?

La pregunta planteada debe ser respondida en dos momentos, el primero de estos exige aclarar que conforme se explicó, aunque la decisión presidencial fue suspender derechos en realidad su contenido y aplicación práctica fue la limitación de derechos; el segundo segmento nos obliga a tomar en consideración que no estamos discutiendo de modo sencillo si el Presidente decidió o no la limitación de un derecho, sino que, si es éste quien realmente lo decide y ejecuta.

De modo más claro y enfático diremos que nuestra reflexión pretende valorar si es posible que el Presidente de la República encargue al Comité de Operaciones de Emergencias Nacional, la regulación del alcance en la restricción de derechos.

La Corte Constitucional al abordar esta temática califica a este acto como una decisión adoptada para complementar las disposiciones presidenciales, es decir, se entiende que el Presidente se apoyaría en el organismo técnico para la ejecución de sus disposición, sin embargo, lo dicho no está escrito en el Decreto 1017, y al contrario, se indica expresamente que quien decidirá los mecanismos y horarios de restricción es el Comité de Operaciones de Emergencias Nacional.

A lo dicho hay que agregar que, si bien el Decreto indica que dicho organismo es el llamado a establecer la forma y alcance de restricción de derechos, en sus artículos 4 y 9 constan determinaciones adicionales donde la Autoridad Sanitaria Nacional tiene la potestad de influir en la restricción de derechos de segmentos específicos de la población.

Para la libertad de tránsito la limitación de derechos solamente era aplicable “con la finalidad específica de mantener una cua-

rentena comunitaria obligatoria”, mientras que, para la libertad de asociación y reunión, su alcance se y consideración se dividió por competencias, esto es, por una parte, la Autoridad Nacional de Salud definiría los “grupos poblacionales en alto riesgo” dentro del cerco epidemiológico, y por otra, el Comité de Operaciones de Emergencias Nacional establecería los criterios para la ciudadanía en general “y respecto de todos eventos de afluencia y congregación masiva”.

La Corte Constitucional refiere la normativa que regula al Comité de Operaciones de Emergencias Nacional, y en el numeral 72 de su precitado Dictamen No. 1-20-EE/20, solamente refieren al Reglamento de la Ley de Seguridad Pública y del Estado, pero se omite tomar en cuenta la caracterización que realiza el Código Orgánico de Entidades de Seguridad Ciudadana y Orden Público, en su artículo 245 dentro del Título II denominado “Estructura de las Entidades Complementarias de Seguridad” y que establece lo siguiente:

**“Art. 245.-** Mando técnico en caso de emergencia.- En caso de emergencia, eventos adversos o de riesgo, en el que concurrieran varias fuerzas de socorro, el mando técnico general lo asumirá el Comité de Operaciones de Emergencia Nacional, Provincial, Cantonal o Metropolitano, según sea el caso y las operaciones estarán a cargo de la Policía Nacional en coordinación con las máximas autoridades de las entidades complementarias de seguridad. Para estos casos, todas las instituciones del Estado previstas en el artículo 225 de la Constitución de la República, están obligadas a colaborar y coordinar acciones de manera inmediata.” Asamblea Nacional del Ecuador. (2017, 21 de junio. Última modificación, 2018, 27 junio). Código Orgánico de Entidades de Seguridad Ciudadana y Orden Público. Registro Oficial Suplemento 19. <https://www.gob.ec/sites/default/files/regulations/2019-11/COESCOPE.pdf>.

La norma citada es de suma relevancia pues permite observar que la instancia a la que se le ha delegado la decisión de limitación de derechos constitucionales, es un mero espacio de coordinación de seguridad ciudadana, por consiguiente, ni siquiera se trata de

un organismo decisorio con facultades de determinación de actos jurídicos, sino de coordinación operativa para la ejecución de las políticas, directrices o normas que disponga el Ministerio rector de la seguridad ciudadana.

El Comité de Operaciones de Emergencias Nacional, es un espacio de coordinación operativa, sumamente relevante, sin embargo, no es un espacio de decisión, pues ni siquiera cuenta con una estructura competencias y obligaciones normativas, lo cual es obvio, pues esta instancia implica una coordinación técnica que inclusive brinda asesoría esencial pero que no puede tomar decisiones jurídicas, menos aún limitativas de derechos constitucionales. Esto se obtiene de la lectura del artículo 246 del citado Código Orgánico de Entidades de Seguridad Ciudadana y Orden Público que establece:

**“Art. 246.- Ejecución Operativa.-** Corresponde a las entidades complementarias de seguridad, la ejecución operativa de las políticas, planes, programas, proyectos y directrices emitidos por la institución rectora nacional y local de cada entidad.” (idem).

Nos encontramos entonces ante una delegación de la facultad de limitación de derechos constitucionales hacia un ente técnico operativo que no tiene personería jurídica propia y que en sus decisiones, podría incluso ponerse en duda una responsabilidad derivada de cualquier lesión de derechos ocasionada ya que como se indica, ni siquiera tiene personería propia.

Aunque se considere que sí es posible delegar la facultad de limitación de derechos, no estamos ante un órgano complementario para el Presidente como se ha caracterizado por la Corte Constitucional, como probablemente lo podría haber supuesto la autoridad sanitaria nacional, sino ante un espacio de articulación interinstitucional de organismos de seguridad.

Aún sin ser exegéticos con la norma constitucional del artículo 165 que expresamente indica que el Presidente será quien pueda decidir la suspensión o limitación de derechos, queda claro que no

se configura el supuesto de una entidad complementaria al primer mandatario.

Hay que ser enfáticos al decir, que ya no solo se trata de aquella absurda aseveración que refiere que la realidad haya superado la legalidad o la constitucionalidad, sino que incluso, éstas anomalías de concepto (y esenciales) no han sido observadas por quien está llamado al resguardo de la supremacía constitucional.

Los ecuatorianos en estado de excepción no dependemos de la decisión del Presidente de la República, sino de un ente de coordinación técnica, y es aún más grave, el que en la actualidad el delegado, a su vez delega (parcialmente) las facultades que recibió (aunque no le correspondía) a sus similares del nivel cantonal.

El estado de excepción se vive entonces a partir de la consideración del alcance de la limitación de derechos establecidos en cada uno de los Municipios del país, por lo tanto, el llamado a respetar y hacer respetar la Constitución, decidió entregar su potestad a un ente de coordinación técnica que a su vez la derivó hacia a espacios seccionales, poniendo en grave riesgo la facultad que le ha sido otorgada para los estados de excepción, pues ya no se encuentra en sus manos como ordenó el constituyente, sino que lo ha entregado para su definición a otros espacios que no dependen de sí mismo.

Lo dicho muestra que, aunque la *nueva* Constitución haya llegado con corrientes valiosas y esperanzadoras del resguardo de derechos, la realidad muestra que el garantismo se encuentra sin garante.



## Bibliografía:

### Libros:

- Aláez, B. (2004). La defensa del Estado (primera edición). Tirant lo Blanch
- Ayala, E. (2014). Historia Constitucional, Quito, Corporación Editora Nacional.
- Berlín, I. (1988). Cuatro ensayos sobre la libertad, Madrid, Alianza.
- Bosano, G. (1985). Evolución del Derecho Constitucional Ecuatoriano, Quito, Editorial Universitaria.
- Fix-Zamudio, H. (2004). Los Estados de Excepción y la Defensa de la Constitución, <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/3805/4727>.
- Pérez, J. (1937). Vargas Torres, Editorial Jouvin, Guayaquil.

### Legislación:

- Asamblea Constituyente. (2008, 20 de octubre). Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial 449. <https://www.ambiente.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2018/09/Constitucion-de-la-Republica-del-Ecuador.pdf>.
- Asamblea Nacional del Ecuador. (2017, 21 de junio. Última modificación, 2018, 27 junio). Código Orgánico de Entidades de Seguridad Ciudadana y Orden Público. Registro Oficial Suplemento 19. <https://www.gob.ec/sites/default/files/regulations/2019-11/COESCOPE.pdf>
- Presidencia de la República. 2020, 17 de marzo, Decreto Ejecutivo 1017. Suplemento Registro Oficial 163. <https://www.finanzas.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2020/04/ANEXO-No.-1-DECRETO-ESTADO-DE-EMERGENCIA-1017-MARZO2020.pdf>.

### Jurisprudencia:

- Corte Constitucional del Ecuador. (2020, 19 de marzo) Caso No. 1-20-EE. (Dictamen de constitucionalidad de estado de excepción). <http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/>

SpacesStore/0753708f-17ba-4a7b-a818-d93769a77b3a/Dictamen\_1-20-EE-20\_(0001-20-EE).pdf.

Corte Constitucional del Ecuador (2020, 25 de marzo). Caso No. 1-20-EE, Dictamen No. 1-20-EE/20A. [http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/50462fc4-131a-4061-8a61-e6754087b515/Dictamen\\_1-20-EE-20A\\_\(0001-20-EEA\).pdf](http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/50462fc4-131a-4061-8a61-e6754087b515/Dictamen_1-20-EE-20A_(0001-20-EEA).pdf).

Corte Constitucional del Ecuador (2020, 22 de mayo). Caso No. 2-20-EE, Dictamen No. 2-20-EE/20. [http://sacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10\\_DWL\\_FL/e2NhcNBlDGE6J3RyYW1pdGUnLCB1dWlkOidIMmY5NWY1Yi1jMzNILTRINDgtYjE1YS0xZWl3YzEzYzIyZDcucGRmJ30=](http://sacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcNBlDGE6J3RyYW1pdGUnLCB1dWlkOidIMmY5NWY1Yi1jMzNILTRINDgtYjE1YS0xZWl3YzEzYzIyZDcucGRmJ30=).



