

Palabra

1

Julio - Diciembre 2019
ISSN 2631-2727
Quito - Ecuador



10 años de
Reforma
Judicial

PALABRA

Revista de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Central del Ecuador
Número 1/Segundo semestre 2019/Quito-Ecuador
ISSN 2631-2727

COMITÉ EDITORIAL INTERNO:

César Muñoz Pazmiño-Director Carrera
Patricio Salazar Oquendo
Juan Montaña Pinto
Martha Valencia Valencia
Raúl Llasag Fernández
Héctor Tapia Ramírez
Sandra Chávez

COMITÉ EDITORIAL EXTERNO:

Antonio Carlos Wolkmer
Agustín Grijalva Jiménez
Raquel Yrigoyen Fajardo
María Luisa Rodríguez
Boaventura De Souza Santos
Jeanette Jordán Buenaño
Borman Vargas Villacrés
Alice Cruz
María del Mar Martín

Universidad Central del Ecuador
Facultad de Jurisprudencia
Avs. América y Universitaria
Teléfono: 2558846 / 2550606
<http://www.uce.edu.ec/web/fjcps>
fjcps.palabra@uce.edu.ec
Quito-Ecuador

Editor: Raúl Llasag Fernández
Diagramación: Editorial Universitaria / cxe
Corrección de estilo:
Portada: Diego Llasag Rosero

© Facultad de Jurisprudencia - Universidad Central del Ecuador
Primera edición
2019

REVISTA PALABRA

EVALUACIÓN DE LOS DIEZ AÑOS DE LA REFORMA JUDICIAL

ÍNDICE

I. Presentación	5
II. Introducción	7
III. Tema central: Evaluación de los diez años de la reforma judicial	
1. Plurinacionalidad y crisis de la justicia en el Ecuador. Juan Montaña Pinto.	17
2. Desconstitucionalización de la justicia indígena y retorno de prácticas coloniales. Raúl Llasag Fernández.	53
3. La independencia, la coordinación y la injerencia en la justicia ecuatoriana en los últimos diez años. Álvaro Román Márquez.	80
IV. Derecho y sociedad	
1. La administración pública en el nuevo régimen institucional. Santiago Machuca Lozano.	101
2. El estado de situación del derecho sindical en el sector público en Ecuador. Solimar Herrera Garcés.	128
3. El derecho constitucional a un ambiente sano. Radiografía del régimen jurídico ambiental promovido durante el gobierno de Rafael Correa (período 2007-2017). Viviana Morales Naranjo.	136

4. El estado de sitio y la libertad de expresión en las Constituciones del Ecuador. Patricio Salazar Oquendo.	156
------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

V. Arte y Derecho

1. Rashomon: Sobre la verdad y el derecho. Agustín Grijalva Jiménez.	189
-------------------------------------------------------------------------	-----

VI. Miradas exteriores

1. El trabajo esclavo y la distinción entre trabajo decente y trabajo indecente. Regina Duarte, Leticia Guimaraes Nascimento, André Turi Guimaraes.	196
--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

VII. Reseñas de libros y jurisprudencia

1. Constitucionalismo plurinacional desde los sumak kawsay y sus saberes. Plurinacionalidad desde abajo y plurinacionalidad desde arriba. Lucy Pinto.	224
2. Teoría del delito en el Ecuador. Brenda Guerrero Vela.	227
3. Métodos activos de la enseñanza - aprendizaje del derecho: un acercamiento a cómo debe enseñarse el derecho en las aulas universitarias. Franklin Vásquez Chicaiza.	229
4. Guía básica para el desarrollo de proyecto de investigación. La investigación desde otra perspectiva. Diana Vega Cocha.	232
5. Caso Satya: un análisis integral. Juan Montaña Pinto.	235

PRESENTACIÓN

Dr. Patricio Sánchez Padilla
Decano

En el último año del siglo XX, nació la idea de difundir el pensamiento jurídico de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Central del Ecuador, a través de la revista jurídica *Palabra*, en donde se publican diversos artículos producidos por varios docentes de la Facultad.

Palabra es una revista de derecho, con la idea de generar nuevos conceptos que vayan más allá de lo jurídico y de un solo derecho, y de reconceptualizar los existentes. Esos retos nacen de la necesidad de contribuir desde la academia a viabilizar las ideas plasmadas en la Constitución de la República del Ecuador, porque la misma no solo pone en cuestionamiento los conceptos tradicionales del derecho, sino que obliga a considerar nuevos elementos. Los conceptos tradicionales y hegemónicos no necesariamente retratan nuestras vivencias, las cuales son mucho más diversas que las que sirven de base a los conceptos dominantes, de ahí que *Palabra* es una revista de derechos y no solo de un derecho.

En este número el tema central es la *evaluación de la reforma judicial de la última década*, con cuatro artículos seleccionados. En la sección de derechos y sociedad, se han seleccionado seis artículos. En la sección arte y derecho, se publica un artículo. Y un artículo en las miradas exteriores.



INTRODUCCIÓN

Dr. Juan Montaña Pinto

Desde los tiempos en que Montesquieu diseñó la estructura del Estado liberal burgués, la justicia siempre ha sido la hermana fea entre las funciones del Estado, aquella cenicienta “ciega y muda” encargada de aplicar mecánicamente el derecho creado por el legislador a partir de una operación de subsunción lógica.

Este modelo se popularizó en América Latina y en gran parte del mundo de la mano del proceso de transnacionalización del modelo constitucional continental clásico, en sus distintas olas o etapas; la primera de las cuales ocurrió con ocasión de las revoluciones de independencia latinoamericanas de comienzos del siglo XIX. La historia constitucional de nuestro país demuestra que Ecuador no fue ajeno a ese proceso de transnacionalización del derecho, de tal suerte que desde los tiempos de la república oligárquica decimonónica en nuestro país la justicia y los jueces ecuatorianos han sido considerados como una función meramente instrumental útil para cuidar los intereses de los dueños del país; que durante más de 150 años se han comportado como gerentes propietarios de los tribunales y juzgados.

Precisamente uno de los propósitos políticos declarados del último proceso constituyente fue transformar la justicia y el Estado ecuatorianos en un poder y un Estado garantistas, donde toda la tuviera como norte y razón de ser la garantía efectiva de los derechos; y a los jueces en garantes últimos de la eficacia de los derechos humanos. No hay que olvidar que de acuerdo a las disposiciones del Pacto de San José, la obligación general de garantía de los derechos que la Constitución impone a

nuestro Estado se materializa en cuatro tareas fundamentales: El deber de **respeto de los derechos** de todas las personas que se encuentren en su jurisdicción sin distinción alguna, lo cual implica la obligación de abstenerse de cualquier acto que pueda conllevar la violación de los derechos humanos;¹ la obligación de **protección** que traduce en la exigencia de realizar todas las acciones requeridas para impedir que otras personas entorpezcan su disfrute; la obligación de **Garantía** que obliga al Estado adoptar medidas para lograr su plena efectividad y finalmente el mandato de **restituirlos** que no es otra cosa que garantizar la reparación de las vulneraciones a los derechos cuando estas se produzcan. Ni tampoco se puede soslayar que las obligaciones de respeto y protección de las que habla el sistema interamericano de derechos humanos conciernen prioritariamente a las autoridades administrativas del Estado, mientras que los deberes de garantía y restitución corresponden preferentemente a los jueces y autoridades de la función judicial como garantes últimos de la eficacia de los derechos en el Estado Constitucional.

Se supone que, en las democracias constitucionales avanzadas a los jueces se les entrega la responsabilidad de decidir, en última instancia, sobre la vigencia y validez de los principios éticos y de justicia encarnados en los derechos humanos. Lo cual supone, por supuesto, aceptar que nuestro modelo constitucional hace una valoración positiva y optimista de la capacidad de los jueces de defender los valores representados en los derechos humanos.²

Sin embargo, como lo muestran los tres artículos que abordan el tema central de este primer número de la revista Palabra, en el que proponemos hacer una evaluación de los diez años de la reforma judicial, una cosa es el país formal dibujado por la Constitución, en donde la justicia está empeñada en la materialización

1 Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Velásquez Rodríguez, *Sentencia de Fondo del 29 de julio de 1988, párrafo 165.*

2 Sobre el nuevo rol del juez en el modelo constitucional garantista Ver: “La Constitucionalización del ordenamiento jurídico: El caso italiano” en: *Estudios de Teoría Constitucional*, Ediciones Fontamara, 2001, pp.153 a 211.

del proyecto garantista de Constitución y, donde existen jueces activistas, sabios, e independientes políticamente; y otra cosa es el país real donde la gran mayoría de nuestros jueces, en la última década, se negaron a salir de la comodidad del formalismo ético y el paleopositivismo en la que fueron formados, y han seguido siendo servidores funcionales al poder de turno, una veces por temor a las sanciones y otras por comodidad y complicidad; lo que ha desembocado en que la Constitución en lugar de un instrumento de garantía de los derechos de los más débiles se haya convertido en estos diez años, en un remedo de sí misma al servicio de la acumulación de poder por parte del Estado, transformado en un fin en sí mismo.

En el primero de los tres artículos que conforman el dossier central de la revista, Juan Montaña, hace una serie de reflexiones sobre las consecuencias del papel de los jueces en el desmantelamiento de la agenda de la plurinacionalidad a partir de un análisis crítico del rol jugado por la primera Corte Constitucional en la eliminación de la autonomía política y jurisdiccional que la Constitución reconoció en su momento a las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, como pago de la deuda histórica que la sociedad mestiza mayoritaria tiene con los pueblos indígenas ecuatorianos. Y lo hace a partir de la exegesis de uno de los casos trágicos de la jurisprudencia ecuatoriana: el caso “la Cocha” donde esa Corte, por presión del anterior gobierno, utilizó la jurisprudencia para devolverle vigencia a la visión integracionista y colonialista de lo indígena, y para desarrollar una teoría estatalista y totalmente espuria de los derechos constitucionales como mecanismos de protección de la razón de Estado frente a los ciudadanos.

En el segundo de los artículos, el profesor Raúl LLasag titulado “Desconstitucionalización de la justicia indígena y retorno a las prácticas coloniales” el autor se pregunta si luego de diez años de vigencia de la Constitución, la interpretación constitucional y el desarrollo legislativo no han retornado a las prácticas coloniales en la administración de justicia. En opinión del autor, un análisis

sis crítico de las normas jurídicas aprobadas por la Asamblea Nacional y los pronunciamientos del órgano de control constitucional ecuatoriano en materia de en materia de justicia indígena demuestra que el país ha regresado a una visión integracionista de lo indígena a través de la generalización social y jurídica de un sinnúmero de prácticas coloniales y neocoloniales que se reflejan tanto en el trabajo legislativo como, especialmente, en las decisiones de la anterior Corte Constitucional.

De acuerdo al texto, si bien la Constitución de 2008 hizo posible un importante proceso de constitucionalización formal de la justicia indígena, esa supuesta adecuación del ordenamiento a los mandatos constitucionales respecto de las relaciones entre justicia indígena y justicia ordinaria, ha soportado paralelamente en la realidad desde los albores del modelo constitucional un intenso proceso de vaciamiento de sus pilares y contenidos creando un “estado de cosas” paradójico donde, si bien, se mantiene el reconocimiento formal de la autonomía indígena en materia jurisdiccional, las condiciones reales de su cumplimiento impuestas por la visión colonial del legislador y de la Corte Constitucional la transforman en una burla de sí misma o en un significativo vacío, con lo que se retorna a la vieja práctica castellana de *“se obedece pero no se cumple”*.

La alternativa a este estado de cosas inconstitucional, de acuerdo con el autor es retomar el proyecto de construcción del Estado plurinacional ecuatoriano a partir de la adopción de una visión crítica de la interculturalidad que nos lleve a un entendimiento adecuado de la Constitución y nos permita abandonar las prácticas coloniales del actual ordenamiento legal ecuatoriano, recuperando el potencial emancipatorio del derecho constitucional y poniéndolo al servicio de la construcción de un verdadero Estado Plurinacional.

En el último artículo que compone el tema central de la revista, el profesor Álvaro Román nos hace una radiografía breve e incisiva del principio de independencia judicial establecido en el artículo 168 de la Constitución a partir de la acción del cesado

Consejo de la Judicatura dirigido por Gustavo Jalhk que con la excusa de realizar una necesaria acción de coordinación termino subyugando a los tribunales y juzgados a las directrices políticas de un proyecto autoritario y antidemocrático.

El análisis y las categorías utilizadas por profesor Román sin embargo van más allá de una crítica a las prácticas autoritarias del correísmo intitucionalizado, dándonos pistas para que podamos realizar un examen ponderado de las características de la cultura judicial ecuatoriana, en la que con independencia de quien tiene el poder de turno, la justicia siempre actúa como martillo en favor de los intereses de las clases en el poder, dejando de lado las necesidades de acceso a la justicia de los sectores más desfavorecidos de la población.

En definitiva, lo que intenta hacer este primer número de la revista es un balance objetivo acerca del cumplimiento o no de las promesas del paradigma constitucional garantista a partir de un examen de la administración de justicia, su engranaje más importante; y, ante la evidencia de su fracaso, plantear una serie de tesis sobre la necesidad de construir – reconstruir el Estado Constitucional a partir de un balance más adecuado y realista entre la necesaria acción del Estado a través de las políticas públicas generales y específicas y las acciones de los jueces en favor de la garantía efectiva de los derechos y su reparación mediante la utilización de las garantías secundarias de carácter jurisdiccional.

Pero, el número 1 de la revista Palabra es más que un número monográfico sobre los desafíos y promesas incumplidas de la administración de justicia en la última década. Haciendo gala de la tradición democrática que ha caracterizado a la facultad de derecho de la Universidad Central desde su fundación, el consejo editorial ha definido a la revista como un espacio plural capaz de generar un puente entre el derecho como herramienta normativa del orden social y las necesidades emergentes de la sociedad ecuatoriana contemporánea. En ese marco, más allá de las discusiones en torno al tema central, la revista se propone ser un crisol

y una caja de resonancia de los debates académicos que se dan en su interior, y afuera de sus muros. Por ello se han recogido en este primer número de nuestra revista una buena cantidad de reflexiones teóricas sobre diferentes tópicos de la realidad jurídica.

En esta oportunidad, la sección derecho y sociedad recoge el debate sobre los retos de la administración pública en el nuevo régimen institucional ecuatoriano. Ello con ocasión a la entrada en vigencia del nuevo Código Orgánico Administrativo que reemplazo la antigua ley de lo contencioso Administrativo y el Estatuto de Régimen jurídico de la Función Ejecutiva (ERJAFE). A raíz de este importante acontecimiento normativo, la Revista palabra quiso realizar un homenaje al derecho administrativo ecuatoriano a partir de un examen crítico del libro 1 del COA.

En este artículo, de autoría del profesor de la facultad Santiago Machuca, se plantean una serie de interrogantes sobre el alcance de la organización administrativa del Estado ecuatoriano a partir de la confusa definición de administración pública estipulada en el artículo 44 del COA, según la cual *“la administración pública comprende a todas las entidades del sector público previstas en la Constitución”* lo que indicaría que de acuerdo con el COA la administración pública es todo el Estado, y la realidad normativa e institucional en la que el COA Sigue siendo un código que regula la actividad administrativa de la administración central del Estado. Todos estos elementos son analizados con rigor e inteligencia por el profesor Machuca y nos permitirán desde ya delinear una postura teórica crítica sobre el alcance y las posibilidades del derecho administrativo ecuatoriano en los próximos años.

Un siguiente texto, de la profesora Solimar Herrera, incorporado en la revista Palabra analiza críticamente el estado de la situación del derecho sindical en el sector público a partir de la vigencia de la Constitución de 2008. El artículo examina uno de los puntos negros de la Constitución y del proceso constituyente como es la pérdida progresiva y radical de los derechos laborales y sindicales en tiempos de la Revolución ciudadana.

En el artículo se demuestra, con argumentos sólidos e incontables, como lejos de la retórica gubernamental la Constitución y la legislación laboral ecuatoriana de los últimos diez años ha representado un serio retroceso en los derechos de los trabajadores, especialmente aquellos del sector público que han perdido prácticamente su derecho a la sindicalización y demás conquistas del derecho colectivo del trabajo, sin que hasta ahora la sociedad civil y la población en general hayan sido consientes de tal proceso.

El siguiente texto incluido en la sección derecho y sociedad de nuestra revista, de autoría de la profesora Viviana Morales, es también una interpelación muy profunda a la materialización de la Constitución en la realidad. En esta ocasión la profesora Morales nos invita a hacer un examen crítico de la salud del derecho ambiental ecuatoriano a partir de un análisis dogmático y sociológico del derecho humano a tener un ambiente sano en tiempos de la revolución ciudadana.

El artículo final, escrito por el profesor Patricio Salazar Oquendo, exdirector de la Carrera de Derecho de nuestra facultad, y docente de derecho administrativo de la misma examina analíticamente, desde una perspectiva histórica del derecho, el desarrollo de las instituciones del Estado de sitio (excepción) y la libertad de expresión en varias de las más importantes constituciones históricas del Ecuador.

El artículo permite examinar la evolución y las rupturas de las dos instituciones objeto de análisis pero también da importantes pistas sobre las continuidades que han cimentado la práctica del Estado de excepción y las dificultades de la libertad de expresión en nuestro país.

En el afán de construir un espacio que permita el examen interdisciplinar del derecho, la revista ha creado una sección especial dedicada a la relación entre derecho y arte. En esta ocasión nos sentimos muy orgullosos de comenzar nuestra aventura con un ensayo del profesor Agustín Grijalva, profesor de la Universidad

Andina Simón Bolívar sobre la obra cinematográfica del realizador japonés Akira Kurosawa. En este caso el profesor Grijalva analiza, desde la óptica de un jurista profesional, la relatividad del concepto de verdad y las infinitas miradas a la realidad que se pueden dar en la vida. Y lo hace a partir del análisis de la película de 1950 del director japonés. El profesor Grijalva nos habla en su artículo del llamado “efecto rashomon” que no es otra cosa que la influencia de la subjetividad en la construcción de la realidad a partir de las versiones de tres personajes que se encuentran por casualidad en un templo y que hablan de una violación y asesinato cuya exacta y concreta verdad resulta imposible de dilucidar.

La revista palabra también quiere dar cabida a las miradas exteriores de autores extranjeros, y por tanto ajenos a la realidad y a la coyuntura jurídica ecuatorianos, para lo cual ha creado una sección dedicada exclusivamente al derecho comparado. En esta ocasión traemos a consideración del público ecuatoriano un interesante artículo sobre el trabajo esclavo en el mundo contemporáneo en donde los profesores brasileños Regina Duarte, Leticia Guimaraes y André Turi analizan la distinción, por momentos débil entre trabajo decente, trabajo indecente y las nuevas manifestaciones de la esclavitud en el contexto de la transnacionalización del derecho y el capital.

A pesar de no referirse directamente al Ecuador, este trabajo nos da claves de análisis muy significativas para examinar casos propios como el de la compañía japonesa Furokawa que a pesar de que estamos llegando a la segunda década del siglo XXI mantiene en pleno territorio ecuatoriano prácticas laborales absolutamente vulneratorias de los derechos humanos relacionadas con intimidación, violencia y trabajo esclavo.

Una última sección de la revista Palabra la hemos dedicado a la reseña de libros de reciente aparición y al análisis jurisprudencial. En lo que atañe a la reseña bibliográfica, en este primer número de la nueva época de la revista LA PALABRA distingui-

dos profesores de la universidad han realizado cuatro reseñas de nuevas obras jurídicas aparecidas en nuestro país.

En la primera reseña la profesora Lucy Pinto realiza examina críticamente la última obra del profesor Raul Llasag titulado constitucionalismo plurinacional desde el Sumak Kawsay y sus saberes. En la reseña se resalta el esfuerzo del autor por romper los paradigmas del lector tradicional e introducirnos en una visión epistemológica crítica de la construcción de nuestro Estado y nuestro Derecho.

Una segunda reseña de autoría de la directora del instituto de posgrado de la Facultad de derecho, la Doctora Brenda Guerrero Vela, analiza los trabajos realizados durante el 2018 por dos de los profesores más relevantes del área de derecho penal de nuestra facultad: Mauricio Pacheco y Álvaro Román, en los que se analizan algunos de los tópicos más importantes del debate penal contemporáneo aplicados a nuestra realidad.

En la siguiente reseña, el profesor Franklin Vásquez, examina elogiosamente el valioso libro de nuestro compañero y ex director de la carrera de Derecho Patricio Salazar titulado “*Métodos Activos de Enseñanza - Aprendizaje del Derecho*” en el que el autor indaga sobre los fundamentos teóricos y epistemológicos del proceso de aprendizaje del derecho en las aulas universitarias, y critica los métodos tradicionales escolásticos de enseñanza de lo jurídico proponiendo nuevas metodologías que ponen el acento en el desarrollo de competencias prácticas.

La última reseña analiza la guía para realizar proyectos de investigación desarrollada por el área de investigación de la Facultad. En dicho examen se resalta la importancia que para la universidad tiene el desarrollo de trabajos de investigación y exhorta la relevancia de que en nuestra facultad contemos con este tipo de obras de carácter didáctico que permiten a los estudiantes adentrarse en el difícil mundo de la investigación.

Palabra

Finalmente, el primer número de nuestra revista recoge el análisis realizado por el Profesor Juan Montaña de la sentencia de Corte Constitucional ecuatoriana 182 – 18 -SEP – CC en la que el máximo órgano de la justicia ecuatoriana resuelve el caso de la vulneración de derechos a la identidad a la familia, a la no discriminación y a la tutela judicial efectiva de la niña Satya Amani. El autor hace un análisis global de la sentencia tanto desde la lógica de la política como desde el plano estrictamente interno dogmático jurídico. Desde el primer punto de vista se valora positivamente la sentencia por ser una respuesta concreta a las demandas y necesidades de los grupos de atención prioritaria, como son los NNA y las personas que pertenecen a las diversidades sexuales y por otro lado desde el punto de vista jurídicos hace un análisis crítico de la estructura y los argumentos desarrollados por la Corte Constitucional en esta sentencia, donde se refleja una tensión y una transición que enfrentan los jueces constitucionales entre una estructura formal excesivamente rígida y todavía poco operativa para realizar un análisis sincrónico del derecho y de los derechos; y una convicción renovada sobre el papel fundamental que cumple la Corte Constitucional como defensora y garante definitivo de los derechos de las personas más vulnerables; tensión que refleja también un esfuerzo de la Corte por transitar desde la concepción idealista y iusnaturalista de los derechos humanos hacia una concepción materialista y solidarista de los mismos entendidos estos no como facultades subjetivas que definen el ámbito de la dignidad sino como respuestas sociales concretas a las necesidades específicas de las personas .

Desde el consejo editorial de la revista esperamos que esta nueva aventura editorial de la facultad de jurisprudencia y de sus profesores llegue a concitar el interés del público interesado en los temas jurídicos y se transforme en una plataforma de discusión tórica y practica sobre el devenir de nuestra sociedad y del derecho vigente.

Los lectores tienen la palabra.

Evaluación de los diez años de la reforma judicial Plurinacionalidad y crisis de la justicia en el Ecuador

Juan Montaña Pinto³

“Las crisis son una precondition necesaria para el surgimiento de nuevas teorías y de nuevos referenciales”

Thomas Kuhn

Resumen

El presente texto realiza un interesante análisis de la plurinacionalidad, el autogobierno y la justicia indígena en el Ecuador, tomando como punto de partida lo establecido en la Constitución del Ecuador de 2008, para posteriormente confrontar dichos principios y postulados con la realidad palpable de la vida de las comunidades indígenas y la verdadera vigencia de sus derechos colectivos. Con esta finalidad en mente, el autor desarrolla críticamente el estudio de la sentencia del caso La Cocha, quizá el más paradigmático en la materia, dado sus consecuencias jurídicas y prácticas en el país.

Palabras clave: plurinacionalidad, interculturalidad, derechos colectivos, autogobierno, justicia indígena, Corte Constitucional, caso ‘La Cocha’.

Sumario

Introducción, 1. El Estado plurinacional en términos teóricos, 2. La realidad política y constitucional actual, 3. La autonomía jurisdiccional de los pueblos indígenas en la teoría constitucional estándar, 4. La justicia indígena según la Corte Constitucional: el caso La Cocha, 5. Reflexiones finales sobre la necesidad de

³ Constitucionalista y profesor universitario, exasesor de la Corte Constitucional y Decano de la Escuela de Constitucionalismo y Derecho del Instituto de Altos Estudios Nacionales (IAEN).

preservar la memoria y el porvenir de la plurinacionalidad y de la justicia indígena.

Introducción

El Ecuador es, formalmente, un Estado plurinacional e intercultural. La plurinacionalidad e interculturalidad se expresa en dos condiciones: una reingeniería institucional, que garantiza la participación en igualdad de condiciones de los pueblos y culturas diferentes en la toma de las decisiones estatales, y el reconocimiento y garantía efectiva de los derechos colectivos de esas minorías étnicas y culturales. Pero, la constatación del incumplimiento sistemático de las obligaciones derivadas de la *Constitución plurinacional*, incorporada en el texto de Montecristi y la convivencia con tal incumplimiento, por parte de las instancias judiciales encargadas de tutelar los derechos, me lleva a plantear la tesis de que, *en el caso ecuatoriano, la consolidación del Estado plurinacional e intercultural, ha devenido en un proyecto inviable, cuando pese a los grandes cambios institucionales operados en estos últimos años, ha pervivido una visión integracionista y colonialista de lo indígena, fortalecida en un entendimiento de los derechos no como garantías ciudadanas frente al Estado sino como mecanismos de protección de la razón de Estado frente a los ciudadanos.*

La inviabilidad del Estado plurinacional e intercultural, en este artículo, se analiza a través de lo que podría denominarse un vaciamiento del derecho a la autonomía jurisdiccional. Para el efecto, se pone en discusión el contenido teórico y político de este derecho colectivo, frente a la realización del mismo por la Corte Constitucional ecuatoriana en el llamado caso La Cocha, un caso trágico, que puso en entredicho, tanto la vigencia de la Constitución como norma, como la propia razón de ser de la justicia constitucional en una sociedad democrática y pluralista.

El desarrollo de estos aspectos se da en torno a cinco epígrafes. En el primero, explico teóricamente los fundamentos del Estado plurinacional y repaso el contenido de los derechos colectivos

reconocidos constitucionalmente; en el segundo, analizo la realidad política y constitucional actual a partir de la idea de mutación radical en el bloque histórico hegemónico y la influencia que ha tenido para el destino de la agenda plurinacional la pérdida de hegemonía de los indígenas en la política ecuatoriana. En el tercero, reviso teóricamente el contenido del derecho colectivo a la autonomía y sus condiciones generales de desarrollo; en el cuarto, examino, como ejemplo paradigmático del discurso jurídico dominante y de la política judicial sobre la autonomía y la justicia indígena, la sentencia de la Corte Constitucional en el caso *La Cocha*. Finalmente, en un apartado final planteo una serie de reflexiones sobre las consecuencias de este *estado de cosas* constitucional para las posibilidades, tanto del proyecto de la plurinacionalidad e interculturalidad como de la justicia en el Ecuador.

1. El Estado plurinacional en términos teóricos

A pesar de que los hechos muestran que el territorio ecuatoriano cuenta con una diversidad de culturas, en el que conviven desde hace siglos distintas comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, así como pueblos afroecuatorianos y montubios, con identidad y formas de organización propias; a raíz de la independencia, el Ecuador, al igual que el resto de países latinoamericanos, acogió como suyo el modelo de Estado nación liberal burgués, construido sobre la idea de que en el actual territorio ecuatoriano existía una nación culturalmente homogénea. Ello se reflejó, por ejemplo, en el texto de la Constitución de 1830 donde los territorios de la antigua Audiencia de Quito se unieron “para formar una sola Nación”⁴ de varones blancos que tenían más de 300 pesos de renta y sabían leer y escribir.

Esta situación duró sin cambio perceptible en los siguientes 168 años pues, pese a sus diferencias, las 18 constituciones anteriores a la carta de 1998 comparten algo en común: ninguna reconoció la condición pluriétnica y pluricultural de la población

4 Cfr. Constitución del Ecuador de 1830, art. 2.

ecuatoriana, mucho menos el carácter plurinacional del Estado; pero comienza a cambiar en 1998 cuando se aprueba la Constitución, la que, en el contexto de la institucionalización en el Ecuador del neoliberalismo, promueve la integración de mercados, acumulación flexible del capital, y políticas generalizadas de privatización, y descentralización, entre otras.⁵ En el marco de la contracción del papel del Estado, esta Constitución reconoce también el carácter pluricultural y multiétnico del Ecuador, con el objetivo formal de reconocer la deuda histórica del Ecuador con sus poblaciones originarias, pero con la idea de incorporar a estas poblaciones y sus territorios al mercado mundial de las materias primas, sin la presencia incómoda del Estado.

Por ello, el reconocimiento de esa diversidad ocultada y postergada, se produce realmente solo 10 años después, cuando, anulada la influencia neoliberal en la discusión étnica, el artículo 1 de la Constitución ecuatoriana de 2008 establece la existencia de un Estado plurinacional e intercultural. Esta forma de Estado es, o habría sido, el resultado de la materialización de una agenda política impulsada por algunos sectores de los pueblos y organizaciones indígenas,⁶ que en ese entonces apoyaban el proceso constituyente promovido por la revolución ciudadana.⁷

La apuesta de parte de los pueblos y nacionalidades indígenas y de sus organizaciones construida a lo largo de casi 20 años era “Construir el Estado plurinacional e intercultural con la participación plena de las organizaciones del movimiento indígena, movimientos sociales y todos los sectores, no como un simple reconocimiento formal de las diferencias culturales, sino como

5 Cfr. Ramos Filho, Wilson (1999). *El fin del poder normativo y el arbitraje*. Sao Paulo, pp. 58-155.

6 El reconocimiento del Estado plurinacional es una reivindicación histórica de la CONAIE, mientras que la definición del Estado como intercultural es una demanda de sectores indígenas y campesinos vinculados a la FEINE y al partido Socialista.

7 Cfr. Montaña, Juan, 2011, pp. 7-30.

un cambio de modelo en el Estado”,⁸ apuesta que a la hora de redactar el nuevo marco constitucional se materializó en algunas disposiciones. Entre los muchos aspectos importantes planteados por quienes apostaron por este modelo de Estado, el texto constitucional aprobado en 2008 recogió dos cuestiones sustantivas: el reconocimiento del carácter plurinacional e intercultural del Estado ecuatoriano; y, la profundización y garantía efectiva de los derechos de los pueblos y nacionalidades indígenas.

En cuanto a la conversión del Estado ecuatoriano en un Estado plurinacional no se trataría de una fórmula retórica, sino que esta definición política implicaría teóricamente una ruptura copernicana en relación con el entendimiento de lo que es la sociedad y el Estado. El Estado plurinacional sería una forma institucional alternativa al Estado nación monocultural propuesto por el discurso moderno, el cual permitiría afrontar eficazmente las tensiones generadas por la coexistencia de grupos humanos culturalmente diversos en el territorio de un mismo Estado frente a la tradicional idea homogeneizadora que es propia del Estado republicano.⁹

Pero, en realidad, *¿qué es el Estado plurinacional?* Se trata, como cualquier ejemplo de Estado, de una forma de organizar políticamente y jurídicamente la sociedad; aunque ya no se trata como en los siglos XIX o XX de la organización de una sociedad monocultural, sino que este nuevo tipo estatal se basa en el reconocimiento de la existencia de una diversidad de culturas y pueblos dentro del territorio estatal. Este tipo de Estado, además, permite el reconocimiento no solo de derechos individuales, típico de los Estados liberales, sino que se incorporan y amparan derechos colectivos.

Formalmente en el caso ecuatoriano uno de los principales avances que se incluyó en la Constitución de 2008 fue el reconocimiento del hecho plurinacional, concepto que implica

⁸ Cfr. Barié, 2008, p. 110.

⁹ Cfr. Grijalva, 2008, p. 49.

una apuesta por la democratización del Estado desde el punto de vista étnico, dando participación a los distintos pueblos en la conducción del aparato estatal sobre la base de otorgar igual valor a las *lenguas, culturas, instituciones, y formas de vida de los indígenas*.

Pero, el Estado ecuatoriano actual también es intercultural, de lo que se desprende que coexistan comunidades, pueblos y nacionalidades con distintas culturas, las cuales en sí mismas tienen un valor similar por lo que un Estado intercultural sería aquel donde se garantiza el respeto, la conservación, la identidad, sentido de pertenencia, tradiciones ancestrales y formas de organización social propias de cada pueblo.

El principio de interculturalidad, enunciado en el artículo 1 de la Constitución y desarrollado en el artículo 66, numeral 1, de la LOGJCC, se basa en la convicción de que todas las culturas son esencialmente relativas e incompletas,¹⁰ y se concreta en la premisa del valor equivalente de las culturas que conviven en el territorio del Estado ecuatoriano, así como en la idea de que todas esas culturas y pueblos poseen una concepción sobre la dignidad comparable y que en tal virtud debe ser preservada y garantizada por el Estado. En definitiva, la interculturalidad apuntaría a las relaciones y articulaciones entre colectivos y pueblos heterogéneos con otros grupos sociales que coexisten en una gran *nación cívica*.

En lo que concierne al reconocimiento y profundización de los derechos colectivos, la Constitución del 2008 recoge, siguiendo la tradición abierta por la Constitución de 1998, un catálogo de derechos cuyos titulares son las comunidades, los pueblos y las nacionalidades indígenas, afros y montubias. Estos derechos pretenden servir a las comunidades diversas que comparten el territorio del Ecuador de parámetros de recreación de su identidad. La Constitución de 2008, siguiendo el derecho internacional de los derechos humanos hizo un importante reconocimiento

¹⁰ Cfr. Santos, Boaventura de Sousa, 2009, pp. 514 y sig.

de esa diversidad, a través de la introducción de una *legislación especial* para indígenas y afros en la propia Constitución que componen *una verdadera Constitución étnica dentro de la Constitución*.¹¹ Si se examina detenidamente el contenido de esta Constitución étnica, y particularmente nos detenemos en el catálogo de derechos establecidos en los artículos 57 a 60 de la Constitución, observamos que este listado obedece a una concepción excesivamente casuista de los derechos colectivos. Hay sin embargo un modo alternativo que permite examinar los derechos con un nivel de generalidad mayor y, por ende, con un mayor potencial explicativo y regulador, el cual hace posible agrupar los 21 derechos que aparecen desperdigados en el artículo 57 en 5 macro-derechos: el derecho a la identidad, el derecho a la autonomía, el derecho al territorio, el derecho a la participación y el derecho a tener un modelo de desarrollo propio.

Cuando hablamos de *identidad* aludimos generalmente al conjunto de hechos y circunstancias que caracterizan a un sujeto y lo distinguen de los demás. En el plano jurídico dicha noción se transforma en un derecho subjetivo, de tal suerte que cuando decimos que un sujeto X tiene identidad nos referimos a la facultad que tiene ese sujeto de comportarse de acuerdo con sus características particulares y defenderlas de vulneraciones de terceros. En ese sentido, el derecho colectivo a la identidad ha sido construido e identificado a partir de los elementos que se deducen de sus múltiples aristas y manifestaciones. Las principales manifestaciones de este derecho son: la protección que la Constitución le otorga a la integridad y a la supervivencia étnica y cultural, la garantía constitucional a las cosmovisiones religiosas propias de los pueblos indígenas, el reconocimiento y protección de las prácticas médicas tradicionales y el derecho a la igualdad lingüística.

El segundo derecho colectivo es el *derecho a la autonomía*, el cual, junto con la devolución de sus territorios ancestrales, son la

11 Esta Constitución indígena o étnica está compuesta por los artículos 1, 2.2, 3.3, 3.7, 7.3, 11.2, 56, 57,58, 59, 60, 94 y 171 de la Carta de Montecristi.

principal reivindicación histórica de los pueblos indígenas quienes a lo largo de los siglos de colonialismo han exigido que se les devuelva su poder originario de gobernarse a sí mismos sin la intervención de terceros. Después de un olvido de casi dos siglos, en 2008, el ordenamiento constitucional asumió el compromiso de reconocer esta secular exigencia de las nacionalidades y pueblos indígenas y les reconoció capacidad autónoma de auto-organización en materia política, administrativa, jurídica y territorial.

En cuanto a la autonomía política su principal expresión es el reconocimiento constitucional y legal que el ordenamiento ecuatoriano hace a las autoridades tradicionales de los pueblos indígenas como autoridades con plena jurisdicción para resolver los más diversos asuntos relacionados con la vida interna de las comunidades indígenas; la autonomía jurídica por su parte tiene dos manifestaciones: en primer lugar está vinculada con la capacidad que tienen los pueblos indígenas de darse sus propias normas y administrar justicia de acuerdo con sus procedimientos en el contexto de sus territorios ancestrales; por su parte la autonomía territorial está relacionada con el manejo autónomo de sus tierras y territorios.

El *derecho al territorio* es para los indígenas, los afros y los montubios el antecedente de todos los demás. Para algunos se trata del derecho colectivo sin el cual los demás no pueden existir y el núcleo de las reivindicaciones históricas de las comunidades minoritarias frente a las mayorías mestizas, como lo demuestra en el caso ecuatoriano el hecho de que alrededor de la lucha por la tierra se hubieran organizado todas las movilizaciones indígenas de los años 90, y que 18 años después en pleno proceso constituyente el problema de la tierra y de la reforma agraria siguiera siendo primordial, especialmente para los pueblos de la Sierra, para los que ya no bastaba con obtener los títulos sobre las tierras, sino obtenerlas en cantidad y calidad suficientes para garantizar la soberanía alimentaria de las comunidades.¹²

¹² De la Cruz, 2007, p. 2.

Normativamente la primera referencia al derecho colectivo al territorio lo encontramos en el artículo 4 de la Carta que establece que el territorio del Ecuador constituye una unidad geográfica e histórica de dimensiones naturales, sociales y culturales, legado de nuestros antepasados y pueblos ancestrales. Este primer pronunciamiento constitucional se ve reforzado por la norma establecida en el artículo 57.5 sobre el derecho a recuperar y mantener los territorios ancestrales y el 60 de la misma Constitución que trata de la posibilidad de estructurar circunscripciones territoriales que atiendan al factor étnico. Estas normas tienen un hilo conductor vinculado a la idea defendida por la mayoría de los constituyentes indígenas de que la supervivencia de las nacionalidades, pueblos y comunidades y la conservación de su integridad cultural, su organización política y sus sistemas de representación estaban vinculados con la existencia y la integridad del territorio y las tierras en que se encuentran asentadas esas nacionalidades, pueblos y comunidades.

Estos enunciados revisten una importancia trascendental para la cultura de los pueblos indígenas dado que su reconocimiento y garantía es condición previa de los demás derechos constitucionales cuyos titulares son estos pueblos. La Corte Constitucional ecuatoriana, siguiendo a la jurisprudencia colombiana sobre la materia, reconoce además el carácter central del derecho a la propiedad colectiva de los grupos étnicos sobre sus territorios, en lo que atañe a la conservación de sus cosmogonías y substrato material para el desarrollo de su cultura.

En cuanto a la *participación como derecho colectivo*, el modelo democrático que desarrolla la Constitución ecuatoriana incorpora la existencia de una democracia comunitaria que va más allá de la democracia representativa y también supera las manifestaciones o formas de democracia directa reconocidas. En la Constitución existe un buen número de disposiciones que reconocen explícitamente el derecho colectivo de los pueblos indígenas a la participación, el cual tiene por lo menos dos manifestaciones principales que bosquejan su núcleo duro. Estas son: a) la parti-

cipación de los indígenas y de sus autoridades en la toma de decisiones que afectan directamente a sus territorios, y b) la participación indígena en la definición de la política pública general.

Respecto de la primera manifestación tenemos que en los términos del Convenio 169 de la OIT la primera de estas se consigue mediante el desarrollo cabal de la consulta previa y pre-legislativa establecidas en los artículo 57.7 y 57.17 de la Constitución, mientras que la segunda forma se expresa en la participación de los representantes directos de los indígenas en las distintas instancias de representación popular, la cual es posible a partir de la lectura del artículo 65, inciso 2, de la Constitución, que si bien no establece las circunscripciones electorales especiales sí determina que el Estado debe establecer medidas de acción afirmativa para garantizar la participación política y electoral de los sectores discriminados, entre los cuales están justamente los indígenas afros y montubios, según el artículo 10.2 constitucional.

2. La realidad política y constitucional actual

Los teóricos del derecho siempre han diferenciado el derecho como discurso de la realidad jurídica. Distinción que se materializa en la diferencia y la tensión entre la validez de las normas jurídicas y su eficacia. Desde el punto de vista de la vigencia el Estado plurinacional es una realidad en cuanto como tal aparece reconocido de forma extensa a lo largo de toda la Constitución ecuatoriana, pero la cuestión se vuelve más compleja si analizamos la salud del Estado plurinacional desde la lógica de la eficacia. Ciertamente de las cinco constituciones o agendas constitucionales que constituyen el núcleo duro del texto de Montecristi,¹³ la existencia real del Estado plurinacional y la eficacia de los derechos colectivos así como el resto de los propósitos políticos del movimiento indígena no se han desarrollado más allá de su mero reconocimiento formal.

¹³ Cfr. Montaña, 2011, p. 26.

Aún más, los posibles avances de la visión plurinacional del Estado se han visto seriamente limitados por el cambio en la correlación de fuerzas políticas y por la hegemonía alcanzada en estos años por sensibilidades políticas ajenas al discurso étnico, las cuales a la hora de definir la estructura del Estado, terminaron invalidando la idea de autogobierno y autonomía indígena en los términos en que era defendida históricamente por la mayoría de la dirigencia indígena, desde los tiempos de la primera movilización indígena en 1990.

Para entender esta afirmación, hay que incorporar al análisis de la coyuntura política. Según García Linera,¹⁴ el Estado, en tanto maquina política, está cimentado por tres pilares fundamentales: un *bloque histórico* capaz de generar hegemonía; una institucionalidad; y unas ideas, discursos y los símbolos característicos de ese bloque histórico y que se convierten en *leiv motiv* movilizador. En ese sentido, en un Estado que se autodefine como plurinacional e intercultural el bloque histórico, vale decir quien ejerce la hegemonía, estaría, en principio, representado ya no por los burguesías y/o pequeñas burguesías nacionales, ni tampoco por los obreros o campesinos, sino que estaría constituido por aquellas comunidades culturalmente diversas que tienen algún nexo con los pobladores originarios de nuestra América y con aquellos que vinieron como producto de la diáspora africana y por sus organizaciones.

La institucionalidad, esto es, el cómo se ejerce esa hegemonía, estaría marcada en un contexto proclive al reconocimiento de la plurinacionalidad, lo cual pasa por el intento de creación y recreación de una maquinaria, unas prácticas y unos procedimientos de toma de decisiones en donde los miembros y representantes de ese bloque histórico étnicamente compuesto puedan participar en igualdad de condiciones con los miembros de la sociedad mestiza mayoritaria en las definiciones y decisiones fundamentales de la sociedad y del Estado.¹⁵ El reconocimiento

14 Cfr. García Linera, 2009, pp. 9 y 10.

15 En el caso ecuatoriano esta institucionalidad está marcada por la redefinición

de esa institucionalidad diversa y alternativa se traduciría además en la existencia de una idea del desarrollo y de modelos y formas de educación, salud y justicia diversas, así como en la participación en igualdad de condiciones en las instituciones básicas del Estado.¹⁶

Finalmente, las ideas y el discurso propios del Estado plurinacional estarían vinculadas con la exteriorización de la lucha centenaria por la igualdad de oportunidades y el desenmascaramiento del racismo y el colonialismo propios del Estado republicano. Este proyecto o discurso decolonial y antipoder es y debe ser entendido como una manera diferente del pensamiento, que se ve a sí mismo como alternativa radical a los elementos centrales de la modernidad occidental y concretamente a la modernización capitalista a partir de la recuperación de la memoria y de la historia de los oprimidos desde la perspectiva de una alteridad, ideas discursos y símbolos que van en contravía de las grandes narrativas modernas y modernistas hegemónicas.¹⁷

La explicación de la inaplicación y el desprestigio del Estado plurinacional como idea tiene que ver con un cambio en los vientos y en las condiciones de la hegemonía ocurridos en el Ecuador entre 2005 y 2008. En efecto, la coincidencia temporal entre el auge del movimiento indígena y el apogeo neoliberal y especialmente la participación directa del movimiento indígena en el gobierno de Lucio Gutiérrez afectaron gravemente la legitimidad y capacidad política de las organizaciones indígenas y

del concepto de democracia que se traduce en tres experiencias democráticas diversas: la democracia representativa potenciada, la democracia directa o participativa y la democracia comunitaria.

16 En el caso ecuatoriano, pero más aún en el caso de Bolivia, esa nueva institucionalidad está representada en las cinco funciones del Estado y los organismos constitucionales autónomos del Estado central, pero también y predominantemente en las instituciones locales y regionales que deben asumir una forma que permita incorporar las formas y las lógicas de la toma de decisión propias de las comunidades y pueblos étnicamente diferenciados.

17 Cfr. Escobar, 2003, pp. 51-86.

concretamente de la CONAIE, quienes llegaron a la Constituyente de 2007-2008 habiendo perdido su condición de bloque histórico que habían mantenido en los anteriores 15 años, y sin capacidad de movilización en torno a sus ideas y su discurso; al punto que la mayoría de los avances plasmados en la Constitución en materia de interculturalidad y plurinacionalidad se dieron más por inercia que por la fortaleza del movimiento indígena y su agenda política.

Y esto se ve más claramente en términos de desarrollo legislativo y de políticas públicas. Si alguien revisa la agenda legislativa en las dos legislaturas que han transcurrido desde la emergencia de la Constitución de Montecristi observará que el desarrollo normativo de las políticas públicas tan solo reflejan las urgencias de la agenda desarrollista; mientras los otros proyectos políticos incluidos en la Constitución se han ido progresivamente quedando marginados del proceso político, cuando no son directamente objeto de una contrarreforma normativa, como ocurre por ejemplo con la propuesta de la educación intercultural bilingüe o la salud intercultural que han sido prácticamente desarticuladas por el gobierno de la Revolución Ciudadana.

El Estado ecuatoriano, como el ave fénix, ha renacido de sus cenizas, pero lo hizo a partir de una visión centralista y centralizadora del poder, no sobre la idea de la construcción de un Estado verdaderamente descentralizado que respete la autonomía de las entidades territoriales indígenas y no indígenas. Por otra parte, el nuevo bloque histórico hegemónico de la revolución ciudadana, a pesar de su heterogeneidad, está constituido esencialmente por fracciones políticas nacionalistas o provenientes de la izquierda tradicional y por sectores urbanos pertenecientes a la clase media profesional que tienen en común la idea de la necesidad de construir un Estado nacional y su rechazo atávico al discurso etnicista propio de los defensores de la plurinacionalidad al considerarlo una amenaza contra el proyecto de construcción de un Estado post neoliberal.

En lo que atañe al desarrollo de los derechos colectivos el panorama no es más alentador. Aparte de declaraciones retóricas de algunos responsables políticos del Estado ecuatoriano, si observamos el nivel de desarrollo de los principales derechos la situación es igualmente precaria. Si tomamos, por ejemplo, el caso de la consulta previa, a pesar de la existencia de unos procedimientos relativamente claros y sencillos definidos jurisprudencialmente a partir de las recomendaciones del antiguo relator de Naciones Unidas para los derechos de los pueblos indígenas, James Anaya, el Estado ecuatoriano apenas si ha aplicado estos procedimientos en el desarrollo de proyectos o en el trámite de leyes (Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 001–10–SIN–CC.). Así también en lo que atañe a la justicia indígena no solo que se ha dejado de lado el mandato expreso del artículo 171.2 de la Constitución que manda garantizar desde el Estado “que las decisiones de la justicia indígena sean respetadas y respaldadas por las instituciones y autoridades públicas”, sino que se ha tolerado la criminalización del ejercicio de la justicia por parte de las comunidades indígenas,¹⁸ como demuestra la propia acción de la Corte Constitucional, quien en la mayoría de los casos en lugar de garantizar este derecho colectivo lo ha terminado *mutilando* a partir de una interpretación controvertida y súper restrictiva del texto constitucional.

3. La autonomía jurisdiccional de los pueblos indígenas en la teoría constitucional estándar

Ya se dijo que el autogobierno es una de las principales reivindicaciones históricas de las minorías étnicas. A lo largo de la era republicana los indígenas de nuestro país han exigido que la sociedad mestiza les devuelva el poder de gobernarse a sí mismos según sus tradiciones, usos y costumbres, sin que hasta ahora

¹⁸ Este es el caso del exfiscal general del Estado, Washington Pesantes, quien interrogado por los hechos del caso La Cocha manifestó públicamente que las autoridades indígenas solo pueden resolver pequeñas causas, lo que significaría que las autoridades indígenas solo tendrían competencia para resolver conflictos relativos a cuestiones menores relacionadas con riñas entre familias, robos, menores o problemas de linderos. Ver Diario La Hora, 30 mayo de 2010.

sus requerimientos hayan tenido una respuesta positiva más allá de cambios puntuales promovidos desde el Estado, a efectos de lograr incorporar al mercado las tierras ancestrales, comunales y comunitarias.¹⁹

Sin embargo, a fines de los años 80 del siglo pasado, a partir de fuertes movilizaciones esta situación comienza a cambiar, especialmente en el plano normativo. Este cambio se evidencia, por ejemplo, en la política de adjudicación de tierras, la aprobación del Convenio 169 de la OIT y la incorporación en la Constitución de 1998, de una serie de derechos colectivos; situación que se consolida hoy día con la Constitución de 2008.

Entre los derechos colectivos enunciados más arriba, uno de los más importantes es el derecho a la autonomía que se manifiesta según vimos en la autonomía política, la autonomía territorial, y la autonomía jurisdiccional (Montaña, 2009: 251 y sig.) La autonomía política se expresa en la capacidad de autogobernarse que se reconoce tanto en el artículo 8 de la Ley de Comunas de 1937,²⁰ como en la Constitución de 1998;²¹ y por supuesto en la Constitución actualmente vigente, que de acuerdo con el artículo 57, numerales 1 y 9, garantiza el derecho colectivo a desarrollar formas propias de convivencia y organización social y de ejercicio de la autoridad en los territorios legalmente establecidos y en las tierras comunitarias de posesión ancestral.

La autonomía territorial esta igualmente reconocida en el ordenamiento jurídico ecuatoriano a partir de la expedición de la Constitución de 1998 que concedía a los pueblos indígenas y

19 Como se sabe esta es la finalidad política y económica que subyace a la expedición de la Ley de Comunas de 1937.

20 De acuerdo con el artículo 8 de la Ley de Comunas de 1937, codificada en el 2004, “El órgano oficial y representativo de la comuna es el Cabildo, integrado por cinco miembros, quienes ejercerán las funciones de presidente, vicepresidente, tesorero, síndico y secretario”.

21 El artículo 84, numeral 7, de la Constitución de 1998 reconocía el derecho que tienen los pueblos indígenas a conservar y desarrollar sus formas tradicionales de autoridad y organización social.

a sus autoridades la facultad de conservar la propiedad de las tierras comunitarias, que según esa norma tenían la condición de imprescriptibles, inalienables, inembargables e indivisibles; así como en el artículo 57, numerales 4, 5 y 6, que reconocen el derecho de los pueblos a la imprescriptibilidad de sus tierras comunitarias; a mantener la posesión de las tierras y territorios ancestrales y a obtener su adjudicación por parte del Estado; así como el derecho al uso, usufructo y administración de los recursos naturales que se encuentren en sus tierras.

Finalmente, la autonomía jurisdiccional, que es la que para los propósitos de este escrito más nos interesa, se manifiesta en la obligación, reconocida por la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos, que tienen las autoridades indígenas de administrar justicia y ejercer funciones jurisdiccionales. De acuerdo con los artículos 57, numeral 10, y 171 de la Constitución esa autonomía jurisdiccional se desarrolla a partir del mandato que tienen las autoridades indígenas de ejercer funciones jurisdiccionales y de sus elementos estructurales.

El primer elemento que identifica a la justicia indígena ecuatoriana actual es su naturaleza constitucional; lo que quiere decir que esta justicia está amparada por la garantía por los principios de supremacía y aplicación directa de la Constitución, lo que implica que la justicia indígena tiene la condición de *garantía institucional* y que su ejercicio no depende de la existencia o no de una ley de coordinación y armonización entre jurisdicciones. El segundo fundamento es su carácter obligatorio. A diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, en Colombia, donde ejercer justicia es una *facultad discrecional* (Sentencias T-349 de 1996 y C-139 de 1996) de las autoridades indígenas (Constitución colombiana de 1991, art. 246); en el Ecuador la administración de justicia en los territorios indígenas es una obligación constitucional a la que las autoridades indígenas no se pueden sustraer, pues el artículo 171 de la Constitución emplea la expresión imperativa *ejercerán* que indudablemente expresa un mandato ineludible, so pena de incurrir en responsabilidad constitucional.

El tercer componente estructural de la justicia indígena en Ecuador tiene que ver con la competencia para ejercer esta atribución constitucional. De acuerdo con la Constitución y el Convenio 169 de la OIT, los llamados a ejercer la justicia indígena son las autoridades indígenas legítimas, esto es, socialmente reconocidas por los miembros de la comunidad, pueblo o nacionalidad; lo cual significa que deben haber sido designadas mediante los procedimientos propios de cada comunidad o pueblo y con la participación generalizada de los miembros de esta comunidad o pueblo. El cuarto elemento es de carácter material y se refiere al derecho aplicable al interior de la justicia indígena. Al respecto, y como reflejo del pluralismo jurídico,²² tanto el artículo 57, numeral 10, de la Constitución como el artículo 171 constitucional nos dicen que cuando ejerzan funciones jurisdiccionales las autoridades indígenas deberán aplicar *sus tradiciones ancestrales y su derecho propio*, constituido por los sistemas de control y regulación social y los procedimientos de toma de decisiones comunitarias.

El quinto componente de este tipo de justicia es el ámbito territorial en el que es aplicable la justicia indígena. Según dispone el artículo 171 de nuestra Constitución, las autoridades indígenas solo podrán aplicar su justicia dentro de los límites de su territorio. La cuestión sin embargo no termina de aclararse por cuanto

22 En virtud de la existencia del pluralismo jurídico en el Ecuador se tiene 3 órdenes normativos o sistemas de derechos: 1. Los miembros de los pueblos indígenas en calidad de ciudadanos gozan de todos los derechos y están sujetos a similares obligaciones que los demás nacionales. Se debe comprender que debe existir un relativo grado de adecuación cultural en la aplicación del Derecho general; 2. La legislación indígena compuesta por los convenios y tratados nacionales versan sobre derechos de los pueblos indígenas y demás grupos étnicos y por normas constitucionales, legales y reglamentarias; 3. Los sistemas jurídicos propios constituyen sistemas de derecho reconocidos constitucionalmente, por lo que su aplicación es válida en el territorio de los indígenas. Estos se encuentran integrados por normas, instituciones, usos, costumbres, procedimientos y métodos de control y regulación social que es propio de su tradición cultural. Además, se encuentra establecido su concepción espiritual, su historia, mitología y cosmovisión.

la carta constitucional no define cuál es el territorio indígena. Aun así, en el ordenamiento jurídico ecuatoriano hay suficientes elementos para definir lo que es el territorio indígena: en primer lugar el Código Orgánico de Ordenamiento Territorial Autonomía y Descentralización (COOTAD) establece claramente, a partir de su artículo 93 y siguientes, qué son y cómo funcionan las circunscripciones territoriales indígenas; a estas circunscripciones, allí donde existan, se deberá aplicar el derecho indígena propio del pueblo o nacionalidad que viva en esa circunscripción; en el caso de que no exista o no se pueda desarrollar una circunscripción indígena en los estrictos términos que establece la ley, el territorio al que se refiere el artículo 171 es el territorio ancestral reconocido a una determinada comunidad, o bien, en el peor de los casos el territorio que corresponda a la comuna o comunidad indígena, según los parámetros establecidos en la Ley de Comunas de 1937 codificada en el 2004.

El sexto dispositivo de la justicia indígena es la intervención obligatoria de las mujeres en los procesos de decisión relacionados con esta atribución constitucional. Si bien este no es un componente que provenga claramente de las tradiciones indígenas, particularmente de los pueblos de la Sierra ecuatoriana, en donde las mujeres no han tenido tradicionalmente un papel público relevante, no obstante es un mandato constitucional que refleja una voluntad de cambio cultural por parte de los pueblos indígenas, producto de su compromiso político con los fundamentos de los derechos humanos de las mujeres y particularmente con su derecho a la participación; mandato que fue discutido y aceptado por representantes indígenas en la Asamblea Constituyente de Montecristi, y que fue aprobado en referéndum por la inmensa mayoría de los ecuatorianos, incluidos los miembros de los pueblos indígenas. En ese contexto, hoy en día la justicia indígena, para que sea constitucionalmente legítima, debe contar con la participación activa de las mujeres indígenas, en igualdad de condiciones con los varones.

El séptimo componente de la justicia indígena, en su versión ecuatoriana, es el carácter interno o intraétnico de los conflictos que pueden resolver las autoridades indígenas;²³ y, el último elemento de la justicia indígena reconocida por la Constitución de 2008 se refiere a los márgenes o límites de actuación material de las autoridades indígenas cuando ejercen funciones jurisdiccionales.

Adicionalmente, tanto el Código Orgánico de la Función Judicial, como la propia Corte Constitucional en una sentencia muy importante (Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia, 008-09-SAN-CC, jueza sustanciadora Nina Pacari Vega) han dicho que la administración de justicia indígena debe orientar su resolución en base a los principios de continuidad histórica, legalidad, jurisdicción y competencia, interculturalidad, autonomía (Código Orgánico de la Función Judicial, arts. 7 y 24); y debido proceso (Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, arts. 66.3 y 66.4).

El primero hace referencia a la necesidad de que el juzgador tome en cuenta el derecho propio de los pueblos como un elemento esencial del mantenimiento y promoción de su identidad histórica, cultural, ancestral. El segundo tiene que ver con la aceptación por parte de las autoridades indígenas de que la jurisdicción y la competencia que ejercen en sus territorios nacen de la Constitución y en ese sentido las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán las funciones jurisdiccionales que les están reconocidas por la Constitución, la ley y la jurisprudencia. El siguiente principio es un mandato de cooperación y hace referencia a que en toda actividad de la Función Judicial, quienes administran justicia ordinaria en un caso en el que estén involucrados indígenas, afros o montubios deberán considerar elementos de la diversidad cultural relacionados con las costumbres, prácticas, normas y procedimientos

23 Alrededor de este mandato constitucional en la academia y en el foro judicial se ha generado un intenso debate sobre el alcance de la expresión *solución de conflictos internos*.

de las personas, grupos o colectividades que estén bajo su conocimiento. En estos casos el juez debe buscar el verdadero sentido de las normas aplicadas de conformidad a la cultura propia del participante.

Por otra parte, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional complementa esta noción de autonomía cuando dictamina que, en uso del derecho propio, las autoridades de las comunidades y pueblos indígenas gozarán de un máximo de autonomía y un mínimo de restricciones en el ejercicio de su actividad jurisdiccional en el ámbito del territorio comunitario.

Finalmente, en una aplicación real y efectiva de la interculturalidad que promueve la Constitución se tendría que hacer una *lectura intercultural* del debido proceso, que implica que en el juzgamiento de casos por parte de las autoridades indígenas y en aquellos casos en que la justicia ordinaria juzgue a un miembro de un pueblo o comunidad indígena o afro la noción de debido proceso sea contextualizada de acuerdo con el derecho propio de las nacionalidades, pueblos y comunidades indígenas y afro, con lo que se lograría evitar la imposición de visiones literalistas y normativistas de los derechos humanos en general y del derecho penal en particular.

Esto es la teoría, pero otra cosa es la práctica de la justicia indígena, derivada de la política judicial que han implementado los jueces de la Corte Constitucional desde la expedición de la Constitución.

4. La justicia indígena según la Corte Constitucional: el caso La Cocha

a) Los hechos del caso

Entre mayo y agosto de 2010 la sociedad ecuatoriana se vio envuelta en un escándalo mediático a raíz de un caso de justicia indígena desarrollado en la comunidad ‘La Cocha’, en la Sierra central ecuatoriana. Los hechos ocurrieron más o menos así: a comienzos de mayo de ese año, en una riña ocurrida en la pa-

roquia Zumbahua, se produjo la muerte de un miembro de la comunidad indígena La Cocha a manos de 5 jóvenes indígenas pertenecientes a otra parcialidad cercana. Ocurrido el hecho, la asamblea comunitaria de la comunidad La Cocha²⁴ juzgó el caso, y condenó a los responsables de conformidad a las normas, usos, costumbres y procedimientos propios del derecho indígena kichwa.

La sanción fue la siguiente: al autor material las autoridades indígenas lo condenaron a hacer trabajos comunitarios durante 5 años; se le bañó con agua helada y se le ortigó. Además, se le conminó a pedir perdón públicamente a los familiares y a la Asamblea, y se le obligó a dar, desnudo, una vuelta a la plaza pública cargando un quintal de tierra. También se le condenó a dar una indemnización de 5.000 dólares a la madre del fallecido. En cuanto a los otros involucrados igualmente se les condenó a un baño de agua helada con ortiga; se les obligó a cargar tierra y piedras; y se les impuso caminar desnudos por la plaza central del poblado recibiendo las amonestaciones de toda la comunidad. También se les expulsó de la comunidad durante dos años y se les prohibió participar en las fiestas, y actividades sociales y culturales a la parroquia de Zumbahua por el mismo lapso. Finalmente, se les condenó a pagar, entre todos, una indemnización de 5.000 dólares a la organización indígena a la que pertenecen las autoridades de la comunidad.

Estos hechos fueron conocidos por los medios de comunicación mestizos y denunciados como un caso de tortura, tratos crueles, inhumanos y degradantes, por lo que las autoridades nacionales *rescataron* a los responsables de las manos de la comunidad y fueron procesados por la justicia ordinaria, imponiéndoseles prisión preventiva.²⁵ Por su parte los miembros del Cabildo de la comunidad fueron detenidos acusados de secuestro y retención ilegal. La Corte Constitucional conoció el caso por distintas vías

24 En el caso del pueblo indígena Panzaleo la asamblea comunitaria es la autoridad legítima que administra justicia al interior de las comunidades.

25 Fueron reclusos en la cárcel 4 de Quito.

procesales,²⁶ pero en definitiva, más allá de tecnicismos, debía resolver el conflicto de jurisdicciones estableciendo si la actuación de la comunidad en el caso había sido un ejercicio legítimo de justicia, o si por el contrario, como aseguraban los medios de comunicación y las autoridades nacionales, implicaba una vulneración de los derechos humanos inaceptable en una sociedad democrática.

b) Los argumentos de la Corte Constitucional

Ante la presión pública y gubernamental la Corte asumió a regañadientes el caso y lo resolvió después de casi 4 años a través de una sentencia organizada argumentalmente en torno a la respuesta a dos macro cuestiones, divididas a su vez en otros problemas. La primera cuestión resuelta por la Corte gira en torno a si las decisiones tomadas por las autoridades indígenas en el caso fueron adoptadas bajo el ejercicio de competencias habilitadas, aplicando derecho propio y dentro de los límites constitucionales marcados por la defensa de los derechos humanos; es decir que implicaba un examen de las condiciones de aplicación del artículo 171 constitucional en el caso concreto. El segundo problema planteado por la Corte se relacionaba con si las actuaciones de las autoridades nacionales en el caso habían respetado la autonomía de la justicia indígena ejercida por la comunidad.

En relación con el primer macro tema, la primera cuestión abordada por los jueces constitucionales es la relativa al alcance del derecho que tienen las nacionalidades y pueblos a conservar sus costumbres e instituciones propias, “siempre que estas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional y el derecho internacional de los derechos humanos”. El primer reto era entonces establecer cuándo esos procedimientos y ese derecho propio respetaban los límites marcados por los derechos humanos y cuándo no, para lo cual había que definir la noción aplicable de derechos humanos. No

26 Una acción extraordinaria de protección interpuesta por los familiares del fallecido y una consulta de norma presentada por el presidente de la República, entre otras.

hay que olvidar que una primera lectura literal y formalista del artículo 171 de la Carta y del artículo 8 del Convenio 169 de la OIT, podría indicar que la justicia indígena debía ajustarse estrictamente a los enunciados literales de la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos. Esto nos llevaría a que las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas deberían adaptar estrictamente sus mecanismos de control y regulación social a los procedimientos e instancias constitucionales, particularmente en lo que tiene que ver con la administración de justicia, lo cual sería tanto como, *ordinarizar* la jurisdicción indígena.

Una segunda respuesta posible a la pregunta formulada, menos restrictiva del enunciado constitucional, implica hacer una interpretación finalista de la Constitución y del Convenio 169 de la OIT. En tal virtud cuando el artículo 171 determina que la justicia indígena tiene su único límite en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, nos está diciendo que su alcance está definido por la propia finalidad de los derechos humanos como instrumentos de garantía de la dignidad humana. A pesar del innegable avance que implica esta interpretación finalista de la disposición, sin embargo, tendría el inconveniente de que podría entenderse como la aceptación de la superioridad cultural del mundo mestizo a partir de la definición de un ámbito intangible o indecible por parte de las autoridades indígenas, lo cual pondría en serio entredicho el carácter intercultural del Estado ecuatoriano.

Ahora bien, si la Corte hubiese sido sensible a esas críticas podría haber realizado una interpretación basada en tomarse en serio y aplicar estrictamente el principio de interculturalidad. El resultado sería totalmente diferente: el principio de interculturalidad, enunciado en el artículo 1 de la Constitución y desarrollado en el artículo 66, numeral 1, de la LOGJCC, se asienta en la convicción democrática y pluralista, de que todos los conceptos y las culturas son esencialmente relativas e incompletas (De Sousa, 2009: 514 y sig.) y se concreta en la premisa del valor

equivalente de todas las culturas que conviven en el territorio del Estado, así como en la idea de que todas las culturas y pueblos poseen una concepción sobre la dignidad que tienen igual jerarquía frente a las otras y que en tal virtud debe ser preservada y garantizada por el Estado.

La Corte en este caso se decantó por la posición intermedia y si bien, por lo menos en la primera parte de la sentencia, desechó formalmente la lectura liberal extrema de los derechos humanos, también dejó inexplicablemente de lado la interpretación intercultural de los derechos acogiendo la definición intermedia de mínimos éticos establecidos normativamente.

Hecho esto, la Corte definió quién es la autoridad legítima entre los pueblos indígenas del Ecuador. Para hacerlo se sirvió de tres mecanismos distintos: utilizó, en primera instancia, las referencias históricas que pudo encontrar en los archivos nacionales y respondió utilizando una cédula real de 1580 expedida por Felipe II en la que se dice que “los indios naturales de esa provincia no son gobernados por leyes nuestras, sino por la de estos reinos y sus caciques y señores naturales” (Cit: Sentencia 113–14–SEP–CC, en revista *Umbral* No. 4, número extraordinario, Tomo 2, junio–diciembre 2014, 245). De esta exploración histórica la Corte dedujo que la existencia de autoridades indígenas, rol y facultades precede a la estructura del propio estado republicano, pero a la vez preciso que esas estructuras de autoridad, esos roles y facultades han sufrido cambios a lo largo del tiempo. En segundo lugar la Corte apeló a la Ley de Comunas y planteó otra posible solución vinculada al derecho positivo vigente, de tal suerte que la autoridad indígena sería el cabildo, es decir, “aquella que es nombrada por la comunidad indígena para conformar su órgano de representación”.²⁷

Pero la Corte finalmente recurrió a los instrumentos de la antropología jurídica y nos dijo que, de acuerdo a dos peritajes

27 Cfr. Corte Constitucional del Ecuador Sentencia 113–14–SEP–CC, en revista *Umbral* No. 4, número extraordinario, Tomo 2, junio–diciembre 2014, 245.

antropológicos contratados para el caso, la instancia que legítimamente podía conocer y resolver el conflicto, era la asamblea comunal.

Este análisis multivariable, histórico, normativo y antropológico, le permitió a la Corte afirmar una primera regla de solución del caso: la comunidad de La Cocha, perteneciente al pueblo kichwa Panzaleo, tiene formas de autoridad, existencia y reconocimiento previo al comienzo de la era republicana y en la actualidad ese ejercicio de autoridad es compartida por las formas de representación reconocidas en la Ley de Comunas y por formas propias de la comunidad.

Hecho esto la Corte define cual es el procedimiento propio aplicable al caso. En este punto los jueces constitucionales nos describen el procedimiento haciendo una equiparación o traducción de éste a las fases del proceso penal ordinario. De acuerdo con la Corte el procedimiento propio, vale decir el debido proceso, está conformado por los siguientes pasos: A) El ruego o solicitud denominado *Willachina*, que consistiría en el requerimiento de intervención de la instancia o autoridad socialmente reconocida para que intervenga en la solución del conflicto; B) La determinación del hecho concreto que se debe juzgar o investigar; C) La investigación previa (*Tupuykuna o Tapuna*), que permite establecer los presuntos responsables del hecho, que son considerados enfermos sociales que deben ser sanados para poder vivir en comunidad; D) El juicio propiamente dicho (*Chimbapurana*) que consiste en una confrontación colectiva (en una Asamblea General de la comunidad en pleno) de la información y las versiones de los involucrados y el establecimiento de las recomendaciones (sanciones) correspondientes que le permitan purificarse y volver a la vida colectiva; y, E) Las recomendaciones (sanciones), entre las que las más comunes son el baño de agua fría, el *ortigamiento*, el trabajo comunitario y la compensación económica a favor de la comunidad y las víctimas.²⁸

²⁸ *Ibíd.*, p. 247.

El siguiente paso que dio el juez constitucional para establecer si las decisiones de las autoridades de La Cocha en el caso fueron o no legítimas fue puntualizar cuál es la finalidad de las sanciones impuestas a los involucrados en la muerte del comunero. La respuesta en este caso es clara: según la Corte Constitucional, “cuando se comete una infracción que afecte las relaciones personales, familiares, económicas y de convivencia comunitaria es necesario conseguir la *restitución del orden para devolver el equilibrio a la comunidad*, para lo cual purifican al infractor aplicando sanciones, reprimendas o consejos de un alto contenido simbólico” (Ibíd, 248).

Y aquí llegamos a uno de los argumentos centrales de la sentencia que tiene que ver con la aplicación del principio de reparación de la armonía comunitaria a infracciones que en el derecho penal ordinario son considerados graves. En el caso la Corte se pregunta ¿qué ocurre con la reparación por el hecho de la muerte y la consecuencia responsabilidad subjetiva de quienes la provocaron? La solución está en una comparación entre los bienes protegidos en la justicia indígena y la justicia ordinaria. De acuerdo con la sentencia, “lo que busca la runa justicia es la protección de la comunidad o *ayllukuna allí kawsay*”, es decir, el buen vivir entre las familias y el estar integrados a la comunidad, y aplicando este principio a la vida, de acuerdo con el texto de la sentencia, al individuo indígena no se le da un valor en sí mismo como un ente individual, sino en cuanto es partícipe de la familia (*ayllu*) o comunidad, y lo que se busca es proteger la vida en cuanto un valor de convivencia en común, de entendimiento social y de armonía con los que les rodean” (Ibíd, 250). *De tal manera que, mientras la noción de responsabilidad en la justicia ordinaria es individual y subjetiva en la justicia indígena adquiere una dimensión colectiva* (Ibíd).

A partir de estos argumentos la Corte remata que “la justicia indígena del pueblo kichwa Panzaleo no juzga ni sanciona la afectación a la vida, en tanto derecho subjetivo, sino que lo asume, lo juzga y lo sanciona en tanto genera un conflicto múltiple entre

las familias y en la comunidad, el cual debe ser resuelto para restaurar la armonía de la comunidad” (Ibíd). Pero determina que las actuaciones de la Asamblea Comunitaria en ejercicio de la justicia indígena en el llamado *caso La Cocha*, fueron legítimas y reconoce que cumplen cabalmente con los requisitos establecidos en el artículo 171 de la Constitución.

Respecto al papel cumplido por las instituciones del Estado en el caso, los jueces concluyeron que las instituciones estatales, y concretamente la Fiscalía y la justicia penal ordinaria, habían actuado en el caso dentro del marco de sus competencias. Para llegar a esta *conclusión* los jueces comenzaron haciendo un excursus teórico sobre el alcance general del derecho a la vida, resaltando las dos dimensiones de este derecho.²⁹ De esta dimensión positiva la Corte deduce la obligación genérica del Estado de defender y garantizar los derechos frente a todos los ecuatorianos incluyendo a los miembros de los pueblos indígenas.

Por otra parte, en un curioso giro del entendimiento estándar de la teoría de los derechos vigente en Ecuador y de su propia interpretación del principio de interdependencia e igual jerarquía de los derechos³⁰ la Corte concluye que la vida es el más importante de los derechos constitucionales y el punto de arranque para el ejercicio de los demás derechos, por lo que constituye la máxima obligación del Estado sancionar todo acto que atente contra la vida. Esta interesante aseveración merece ser analizada más despacio: cuando la Corte define que la vida es *el “prius lógico y ontológico”* para la existencia de todos los demás derechos, está creando jurisprudencialmente una jerarquía de derechos inconstitucional y está retornando hacia posiciones que los consti-

29 Por una parte, la dimensión negativa que implica la obligación de no atentar o afectar la vida de las personas y en segundo término la dimensión positiva que obliga a los poderes públicos a crear un sistema de protección y sanción de las agresiones a la vida.

30 El artículo 11.6 de la Constitución de 2008 determina que “Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles interdependientes y *de igual jerarquía*”.

tuyentes de Montecristi habían abandonado hace 7 años cuando proclamaron la muerte de todas las generaciones de derechos y la ausencia de jerarquía entre derechos constitucionales. Está, además, estableciendo el carácter absoluto de al menos uno de los derechos constitucionales: el derecho a la inviolabilidad de la vida. Pero la segunda premisa del argumento es más preocupante si se quiere: de la resucitación de la jerarquía del derecho y en un *salto lógico* estatalista inexplicable, la sentencia concluye que es obligación exclusiva del Estado perseguir, juzgar y sancionar cualquier acto que atente contra este derecho humano (Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 113-14-SEP-CC, en revista *Umbral* No. 4, número extraordinario, Tomo 2, junio-diciembre 2014, 254.) con lo que incurre en un nuevo error de interpretación y aplicación de la teoría estándar de los derechos que ha reconocido que el sujeto pasivo de los derechos ya no es solamente el Estado sino también cualquier particular que tenga capacidad de mando o subordinación frente a las personas.

El segundo argumento importante de esta sección de la sentencia asegura que la protección de los derechos humanos, en general, y la protección de la vida, en particular, es una norma imperativa de carácter internacional *ius cogens*, y como tal de ineludible cumplimiento por parte del Estado. La sentencia asegura como tesis central que la garantía efectiva de las normas del *ius cogens* corresponde exclusivamente al Estado, por lo que el juzgamiento y sanción de las vulneraciones al derecho a la vida en tanto parte del *ius cogens* corresponderían, según su razonamiento, exclusivamente al Estado.

Dicha facultad exclusiva del Estado frente a los derechos humanos justificaría la limitación del ámbito de aplicación de la justicia indígena debido a que, pese a que las autoridades indígenas gozan de autonomía jurisdiccional, no podrían juzgar los atentados contra la vida en sus territorios so pena de vulnerar normas imperativas de carácter internacional. El premio de consolación según la Corte es el *reconocimiento* a las autoridades indígenas como auxiliares de la justicia pues “en caso de que ocurra un

delito contra la vida en una comunidad o territorio indígena, no habría más opción que la aplicación del derecho penal ordinario” (Ibíd, 255).

La sentencia evidentemente confunde la protección efectiva de la vida como norma del *ius cogens* con el procedimiento de protección de ese derecho y le extiende interesadamente la condición de norma imperativa de carácter internacional al procedimiento penal ordinario. Sin embargo, en ninguna parte del derecho internacional convencional o consuetudinario se dice que en el contexto de un Estado diverso y plurinacional las instituciones estatales sean las únicas legitimadas para proteger y defender los principios del *ius cogens*, ni se dice que el derecho penal occidental, ni mucho menos el procedimiento penal ordinario sea efectivamente una norma del *ius cogens*, por lo que perfectamente una comunidad indígena en el marco de su territorio, cumpliendo con el debido proceso, podría en nombre de una sociedad plurinacional y diversa, investigar y sancionar los atentados contra la vida de conformidad con su derecho propio, sin que ello implique que ni la comunidad ni el Estado han dejado de cumplir sus obligaciones o peor aún están dejando en la impunidad este tipo de vulneraciones graves a las normas imperativas de carácter internacional.

Y aquí llegamos al tercer argumento de los jueces constitucionales. Según la Corte: “las comunidades, pueblos y nacionalidades están en la obligación de precautelar la vida en todas sus dimensiones garantizando la no impunidad de los delitos en casos de muerte” (Ibíd, 256). Esto es tanto como decir que la administración de justicia indígena es un modelo que aplicado a ciertos casos graves propicia la impunidad porque no protegen prioritariamente la dimensión subjetiva del derecho a la vida como si en otros asuntos menos graves no importara la impunidad³¹ y, lo que es peor, si el juzgamiento que hacen las autoridades indíge-

31 Corte Constitucional, Ibíd, p. 255.

nas de las faltas comunitarias³² no fuera administración legítima de justicia.

El desenlace es claro: debido a que en el derecho propio de los pueblos indígenas la vida es protegida solo en tanto aporta a la defensa de la comunidad, mientras que en el derecho ordinario la vida es protegida en sí misma,³³ cualquier juzgamiento que haga la justicia indígena de actuaciones en contra de la vida dejarían en la impunidad el delito. Este tipo de afirmaciones aparte de contradecir el tenor literal y el espíritu de la Constitución refleja el mantenimiento o por lo menos el renacimiento de visiones jurídicas profundamente etnocéntricas, que conciben a la justicia indígena como una justicia de rango ínfimo destinada a la resolución de *pequeñas causas*.

Finalmente, lo más grave de la decisión de la Corte de validar las actuaciones de las autoridades judiciales ordinarias en el caso limitando el ámbito de aplicación de la justicia indígena, con el pretexto de que esta no juzga la dimensión subjetiva de los atentados contra la vida ocurridos en los espacios comunitarios, representa una peligrosa interpretación del principio *non bis in idem* puesto que si bien reconoce que las autoridades indígenas en el caso concreto juzgaron el caso y ese juzgamiento era legítimo lo era sólo en cuanto se refería a las consecuencias comunitarias de la muerte del comunero, pero nunca en cuanto a la responsabilidad subjetiva de los autores del delito. Sin embargo, si preguntáramos a cualquier penalista mínimamente informado sobre el tema, y le dijéramos como asegura la Corte que la asamblea comunitaria tenía competencia, que existía un derecho preexistente conocido y aceptado por todos los involucrados y que las sanciones impuestas no vulneraban los derechos humanos, este penalista de buena fe debería responder que la decisión

32 Entre las cuales pueden existir y de hecho existen en la realidad atentados contra la vida y la integridad personal de los miembros de la comunidad.

33 Cfr. Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 113-14-SEP-CC, en revista Umbral No. 4, número extraordinario, Tomo 2, junio-diciembre 2014, pp. 254.

comunitaria es una *resolución definitiva con fuerza de sentencia* y, por lo tanto, que no cabía ninguna intervención de la justicia ordinaria y si lo hiciera, como efectivamente lo hizo, el resultado sería la violación flagrante de la prohibición del doble juzgamiento por un mismo hecho. Por otra parte vale reconocer que esta es la lectura que hizo el juez disidente en el voto salvado.³⁴

Resueltos estos problemas centrales la Corte resolvió el caso otorgando competencia a la comunidad para conocer del caso, determinando que ésta no cometió ninguna vulneración de derechos constitucionales, pero también, aplicando la tesis de que la razón de Estado está por encima de los derechos, concluyó que las actuaciones judiciales de las autoridades nacionales no habían vulnerado ningún derecho. Además, avaló el doble juzgamiento de una misma conducta con el insólito argumento de la distinción entre los efectos comunitarios objetivos de la muerte del comunero y los efectos subjetivos relacionados con la responsabilidad individual de los autores del homicidio.

Para llegar a esa solución, la Corte asumió que la comunidad al juzgar el caso no resolvió en su integridad el conflicto porque supuestamente no se pronunció sobre el bien jurídico vida, como es definido en el derecho penal ordinario; sino tan solo se pronunció respecto de los efectos sociales y culturales y comunitarios de esta muerte; mientras que la justicia ordinaria actuó para investigar y juzgar la responsabilidad individual de los presuntos implicados en la muerte.

Finalmente, en cuanto a los efectos de la sentencia, como se dijo más arriba, la Corte no se limitó como debería haber hecho, a resolver el caso concreto; sino que utilizando sus competencias de generación de derecho objetivo petrificó la interpretación constitucional y cerró cualquier posibilidad de volver a plantear el tema, convirtiendo a la justicia indígena, a través de las reglas³⁵ que impuso como de obligatorio cum-

34 Jaramillo, Marcelo, 2014, pp. 293 y sig.

35 La más importante de estas reglas es la que indica que la jurisdicción

plimiento para todos los pueblos y nacionalidades, en una justicia de menor nivel solo útil para la solución de pequeñas causas.

5. Reflexiones finales sobre la necesidad de preservar la memoria y el porvenir de la plurinacionalidad y de la justicia indígena

Más allá de los problemas de concordancia y de las inconsistencias jurídico constitucionales en las que incurre la Corte en la sentencia de La Cocha, dificultades que por otra parte han sido comentados por diversos expertos jurídicos nacionales y extranjeros, lo importante es hacer una valoración teórica y política de las consecuencias que la política judicial de la Corte, representada fielmente en esa sentencia, tiene frente al propio futuro de la justicia indígena y del Estado plurinacional ecuatoriano.

En lo que toca a la vigencia de los derechos colectivos el pronunciamiento de la Corte marca oficialmente el retorno a una comprensión radicalmente integracionista, liberal y etnocéntrica de la diversidad y de la plurinacionalidad en Ecuador. Esta interpretación, sustentada en la importación descontextualizada y a destiempo de la teoría normativa de los mínimos éticos,³⁶ desconoce el principio de interculturalidad y anula la posibilidad de generar un debate necesario al interior del discurso de los derechos humanos en relación con los límites del liberalismo ético y del *estatalismo*, pues cierra cualquier posibilidad de hacer interpretaciones interculturales de los derechos.

y competencia para resolver y sancionar los casos que atenten contra la vida de toda persona *es facultad exclusiva y excluyente del derecho penal ordinario*, aun en los casos en que los presuntos involucrados y responsables sean ciudadanos pertenecientes a comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, o los hechos ocurran dentro del territorio indígena.

36 Esta teoría que proviene de la jurisprudencia colombiana (Sentencia T-254 de 1994) ha sido recogida por la Corte Constitucional a través del peritaje realizado por Esther Sánchez para el caso La Cocha. Sobre el particular: Corte Constitucional Colombiana, Sentencia T-254 de 1994.

Menosprecia además el valor de la lucha centenaria de los pueblos indígenas ecuatorianos por recuperar su lugar en la historia (Clavero, 1994: 3-7) y lo hace por razones profundamente equivocadas: por un lado se pliega a la hegemonía política de un movimiento político y a las convicciones particulares del líder de la revolución ciudadana, sin pensar en el rol institucional que la justicia constitucional debiera cumplir en un Estado democrático constitucional, olvidando que quizás esta revolución por importante y profunda que sea, nunca será tan significativa como para autorizar la desatención de los derechos de las minorías, o la inversión de sus fines, como tampoco justifica olvidar la deuda histórica que la mayoría mestiza tiene contraída con los pueblos originarios de Nuestra América a causa del racismo, el colonialismo y la marginalidad que han soportado.

La política judicial de la Corte tampoco es sensible, consecuente o mínimamente agradecida con la lucha emprendida por los sectores populares y las organizaciones indígenas ecuatorianas en contra del neoliberalismo entre 1990 y 2005, lucha que en buena medida preparó a la sociedad ecuatoriana para la emergencia política de las clases medias urbanas, primeras adjudicatarias de los éxitos de la revolución ciudadana.

La situación generada por la justicia constitucional no sería tan grave si no implicara lanzar una carga de profundidad contra la idea de autonomía que han construido los pueblos indígenas en los últimos 30 años y que es elemento fundamental de su autogobierno; si no encubriera una visión estatalista y trasnochadamente etnocéntrica de la realidad ecuatoriana; visión que, parapetada en la defensa de la igualdad y en la lucha contra la pobreza, oculta el mantenimiento de un colonialismo interno inicu de cualquier proyecto político progresista o emancipatorio como pretende ser la revolución ciudadana.

El desconocimiento jurídico y político de los derechos de los pueblos y nacionalidades indígenas, que han hecho las instituciones del Estado ecuatoriano en estos últimos 7 años se promueve en defensa de la institucionalidad y de la lucha contra

el fantasma del corporativismo que ha gobernado al país en los últimos 175 años; olvidando que si bien el Estado corporativo existió y existe en el Ecuador, no se puede legítimamente poner en el mismo saco ni mucho menos confundir el corporativismo de las élites dominantes con la defensa de la comunidad por más que los dos reivindiquen intereses que van más allá del individuo o de la clase social.

Los derechos colectivos de los pueblos indígenas no son ni una trampa neoliberal ni la defensa corporativa de unos privilegios, sino son los mecanismos que los pueblos y comunidades han arrancado al constitucionalismo contemporáneo para garantizar la igualdad de oportunidades, y no se los puede, o mejor no se los debe anular en la búsqueda de una supuesta igualdad construida por decreto desde las instituciones del Estado. Esa igualdad, construida desde las políticas públicas con base en la asignación de recursos fiscales, por necesaria que sea, es profundamente volátil ya que su consolidación depende del flujo de estos recursos y no se respalda en las ideas, los deseos, las necesidades y las acciones políticas de la gente y, además, encubre el desconocimiento de la identidad cultural de millones de personas.

Por otra parte, como han reivindicado algunos dirigentes indígenas (Macas, 2011: 2) el ejercicio de la justicia indígena en el ámbito de los territorios ha sido el símbolo más claro del autogobierno indígena, un autogobierno construido sobre el rescate de la memoria de los pueblos originarios y expresión más cierta de la fortaleza comunitaria. Por ello, atacar a la justicia indígena rebajando su alcance o dejando que la equiparen o la confundan con manifestaciones de barbarie y fascismo social como los linchamientos populares de delincuentes,³⁷ no solo recusa el proyecto ético de vida en común que encarna la Constitución sino que constituye un peligrosísimo ejercicio de anulación de la memoria que radica en suprimir o negar el hecho y el valor de la diversidad. Guardadas las proporciones esa forma de construir

37 O la indiferencia estatal contra el racismo que está renaciendo en algunos sectores de la población ecuatoriana.

hegemonía negando la existencia o el valor de los pueblos indígenas es equivalente a acciones contra la memoria tan graves como el incendio de la biblioteca de Alejandría ordenada por el emperador cristiano Teodosio el Grande en el año 391 de la era cristiana,³⁸ o por la acción simbólica desarrollada por los conquistadores castellanos cuando erigían sus capitales y especialmente sus iglesias encima de las ruinas de los centros ceremoniales indígenas. También se puede relacionar con el ejercicio sistemático de reescritura de la historia soviética realizada en los años 30 por la academia de ciencias de la URSS a instancias de Stalin. Ninguna institución estatal podría decir *usted no tiene derecho a buscar por sí mismo la verdad de los hechos*.

Pero además no se puede olvidar que el ejercicio de la justicia indígena es en sí mismo acto subversivo de recuperación de la identidad de unas comunidades y unos pueblos que se niegan a desaparecer, y por lo tanto controlar, limitar o, peor aún, suprimir la justicia indígena como se ha propuesto por algunos funcionarios públicos ecuatorianos desde 2010, es tanto como intentar suprimir la capacidad de recreación social; y eso, como ha demostrado Tzvetan Todorov,³⁹ es la primera muestra de la aparición del totalitarismo, porque implica impedir a un grupo importante de la población, en este caso a la minoría indígena, afro y montubia, crear y recrear su historia.

Por ello la existencia del Estado plurinacional e intercultural y su realización material son tan importantes, porque más allá de que en el actual momento político ecuatoriano sus impulsores no tengan, como por otra parte nunca tuvieron, una mayoría electoral, su existencia refleja la posibilidad de reconocer la existencia del otro y su entorpecimiento impide a muchos ecuatorianos expresar institucionalmente sus proyectos de vida.

38 Este emperador romano, alentado por el obispo de Alejandría ordenó incendiar lo que quedaba de la famosa biblioteca para no dejar sobre la tierra memoria del conocimiento de los infieles.

39 Cfr. Todorov Svetan, 2008, pp. 13-20.

Palabra

Pero como la historia es cíclica no todo está perdido, parafraseando a Thomas Kuhn,⁴⁰ quien creía que las crisis son la anticipación de nuevas teorías, esperemos que la crisis estatalista de la justicia indígena, representada en la satanización de la diversidad y en el actual entendimiento negativo del papel de los pueblos indígenas en la resolución de los conflictos jurídicos de la sociedad ecuatoriana sea el prólogo de una nueva era de impulso definitivo al Estado plurinacional y al autogobierno indígena, y sobre todo la ocasión para que estos pueblos por fin sean protagonistas de su propia historia, esa que tanto la conquista española, anglosajona y nórdica, como la república mestiza, le expropiaron a estas comunidades y se niegan con tozudez a devolver.

40 Cfr. Kuhn, Thomas, 1975, p. 30.

Desconstitucionalización de la justicia indígena y retorno de prácticas coloniales

⁴¹Raúl Llasag Fernández
rllasag@hotmail.com

Resumen

A partir de un análisis sintético del reconocimiento constitucional formal de la justicia indígena, este artículo analiza la práctica desconstitucionalizadora de la Función Legislativa con respecto al tema de la justicia indígena y cómo la Corte Constitucional ecuatoriana retoma las prácticas coloniales en relación a los colectivos indígenas, lo cual incide en el retorno de esas prácticas coloniales en la Función Judicial.

Palabras clave: desconstitucionalización, retorno de prácticas coloniales, justicia indígena, derecho propio.

Introducción

La constitucionalización de la justicia indígena en el Ecuador se concretó en la Constitución de 1998, ratificada en la Constitución del 2008. Después de casi diez años de esa constitucionalización, es imperioso hacer un balance crítico sobre el problema de su desconstitucionalización y los procesos de subordinación al cual ha sido sometido por parte de la justicia ordinaria. De ahí la pregunta que pretendo contestar en este artículo es la siguiente: ¿existe un proceso de desconstitucionalización de la justicia indígena y el retorno de las prácticas coloniales? Me li-

41 Raúl Llasag Fernández, abogado kichwa de Cotopaxi, Doctor (PhD) en Pos-colonialismo y Ciudadanía Global por la Universidad de Coimbra-Portugal, Doctor en jurisprudencia por la Universidad Central del Ecuador, Magíster en Derecho Constitucional por la Universidad Andina Simón Bolívar, sede en Ecuador. Docente de la Universidad Central del Ecuador y profesor invitado de varias universidades dentro y fuera del país.

mitaré a la justicia indígena, sin que ello signifique que no exista el reconocimiento constitucional formal de la administración de justicia de otros colectivos como los pueblos afroecuatorianos y pueblos montubios.

Para contestar a la pregunta antes indicada, realizaré un análisis crítico a las normas jurídicas que han sido aprobadas por la Asamblea Nacional con posterioridad a la aprobación de la Constitución de 2008, de manera básica el Código Orgánico de la Función Judicial⁴² (COFJ) y la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional⁴³ (LOGJCC); examinaré también las resoluciones de la Corte Constitucional del Ecuador (en adelante Corte Constitucional o simplemente Corte), relacionados con el tema de la administración de justicia indígena, de manera preferente el caso de La Cocha; y, también recurriré a la bibliografía que analiza el problema planteado. Es decir, metodológicamente utilizaré el análisis e interpretación hermenéutica normativa y jurisprudencial, pero también la crítica socio-jurídica.

Este artículo lo divido en tres partes: en la primera parte sintetizaré los elementos básicos que reconoce la Constitución ecuatoriana sobre el tema de la justicia indígena; en una segunda analizaré la desconstitucionalización de la justicia indígena en el desarrollo normativo; en una tercera miraré el retorno de las prácticas coloniales en las resoluciones de la Corte Constitucional; y, terminaré con la conclusión.

1. Constitucionalización formal de la justicia indígena

Por constitucionalización formal entiendo al análisis de las normas constitucionales como un deber ser y como la única fuente de razones que justifican el actuar tanto de la institucionalidad del Estado como de la sociedad en general. Por tanto, en este

42 Código Orgánico de la Función Judicial (COFJ) (Ecuador), 9 de marzo de 2009, R.O. Sup. No. 544.

43 Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC) (Ecuador), 22 de octubre de 2009, R.O. 52.

epígrafe analizaré los elementos básicos que contiene las normas constitucionales relacionadas con la justicia indígena, elementos que deberían ser observados por toda la institucionalidad del Estado ecuatoriano y la sociedad en general.

1.1 Sujetos de derecho: colectivos indígenas

La Constitución del 2008 trae al menos tres novedades con respecto a los sujetos de derechos:⁴⁴ primero, que a más de los sujetos individuales y personas jurídicas de tradición liberal, de manera expresa constitucionaliza a los sujetos de derechos colectivos en general (colectivos indígenas, afroecuatorianos, montubios y otros); segundo, la Naturaleza es constitucionalizada como sujeto de derecho; y, tercero, como sujetos colectivos indígenas se determina a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades.⁴⁵

Los sujetos colectivos indígenas no son lo mismo o equivalente a personas jurídicas. Las personas jurídicas son un invento de la tradición liberal. La tradición liberal solamente admitía como sujeto de derecho a la persona humana individual y para ser coherente con esa concepción admitió que varias personas se unan con fines específicos y formen otro ente denominado “persona ficticia”.⁴⁶ La personería jurídica lo otorga el Estado a través de su institucionalidad previo al cumplimiento de varios requisitos establecidos en las leyes. Por tanto, su existencia depende de la vida jurídica que le otorga la institucionalidad del Estado y

44 Por sujeto de derecho lo estoy asumiendo como los titulares o destinatarios de derechos.

45 Para conocer sobre las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, ver en Llasag, Raúl, “La jurisdicción indígena en el contexto de los principios de plurinacionalidad e interculturalidad”, en Andrade, Santiago y otro (eds.), *La nueva Constitución del Ecuador, Estado, derechos e instituciones*, Serie Estudios Jurídicos (Corporación Editora Nacional, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2009), pp. 186-189.

46 Código Civil (Ecuador), 19 de junio de 2015, R.O. Sup. 46, art. 564.

termina su existencia cuando se haya cumplido su objetivo o se encuentre incurso en una de las causales determinada en la ley.

Los colectivos indígenas: comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas son entes históricos que incluso la mayoría de ellos precedieron a la invasión española y al nacimiento del Estado ecuatoriano, tienen sus propias formas de organización social, económica y política, sus territorios; autoridades e instituciones, idiomas y sistemas de producción y transmisión de conocimientos. Al ser entes históricos, su existencia, nacimiento y extinción no dependen de la autorización de la institucionalidad del Estado, en otras palabras, para existir no dependen de la personería jurídica que otorga la institucionalidad del Estado. Estos sujetos colectivos indígenas conviven entre ellas, con el resto de la sociedad y la institucionalidad del Estado, por ello entre estos colectivos y la institucionalidad del Estado deben coordinar y cooperar mutuamente. Tampoco son entes que se extinguen por el cumplimiento de sus objetivos, porque los objetivos se van actualizando y readecuando a las necesidades de cada momento histórico que viven. Tampoco se extinguen por las causales que las leyes hayan contemplado para las personas jurídicas.

Por esas consideraciones la Constitución vigente afirma que las comunidades, comunas, pueblos y nacionalidades indígenas forman parte del Estado ecuatoriano,⁴⁷ es decir, la Constitución no reconoce, sino que constitucionaliza como sujetos de derechos colectivos que forman parte del Estado como organización social.

Justamente por ello, la Ley de Régimen de las Comunas que fue dictado en 1937 se convirtió en una norma inconstitucional para las comunas y comunidades indígenas y dejó de regir para esos sujetos colectivos por la disposición derogatoria de la Constitución del 2008.

Esos sujetos colectivos gozan de ciertos derechos que están desarrollados en los artículos 57 y 171 de la Constitución ecuatoriana.

47 Constitución (Ecuador), 20 de octubre de 2008, R.O. No. 449, art. 56.

riana y las disposiciones del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independiente (en adelante Convenio 169 de la OIT), la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas (Declaración de Naciones Unidas) y la Declaración Americana sobre los derechos de los pueblos indígenas (en adelante Declaración Americana), en este artículo me limitaré únicamente al tema de la justicia indígena:

1.2. Autonomía legislativa de los colectivos indígenas

De acuerdo con la Constitución ecuatoriana, las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, tienen el derecho a “Crear, desarrollar, aplicar y practicar su derecho propio, que no podrá vulnerar los derechos constitucionales, en particular de las mujeres, niñas, niños y adolescentes”.⁴⁸ Eso significa que estos colectivos tienen autonomía legislativa.⁴⁹

La autonomía legislativa implica: a) la libertad para crear normas que cada una de las colectividades requieran para el desenvolvimiento de la vida en su integralidad; b) la libertad para derogar las normas que a criterio de la colectividad ya no son aplicables; c) la libertad para adecuar sus normas a las necesidades de cada momento histórico, social y político que viven las colectividades; d) la libertad para determinar los procedimientos y los órganos para la creación, derogación y actualización de sus normas; y, e) la libertad para aplicar y practicar esas normas propias en cada una de las colectividades. En conclusión, la autonomía legislativa significa que al interior de cada de una de las colectividades indígenas no rige las normas que hayan dictado o que dictaren en la Función Legislativa a través de la Asamblea Nacional.

48 Constitución supra n. 7, art. 57.10.

49 La autonomía legislativa y jurisdiccional se fundamenta en los derechos contemplados en los numerales 1 y 9 de la Constitución ecuatoriana del 2008 y el derecho a la libre determinación reconocidos en los artículos 3, 4 y 5 de la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas.

Esa autonomía legislativa genera resistencia por parte de la institucionalidad del Estado, porque ésta ve reducido su poder y esa parte del poder es trasladada a las colectividades indígenas. De ahí que el reconocimiento de la autonomía legislativa para los colectivos indígena implica una nueva forma de organización social.

El único límite que tiene, tanto la autonomía legislativa de las colectividades indígenas como la autonomía legislativa del Estado como institución, es la obligación de no vulnerar los derechos constitucionales, enfatizando los de las mujeres, niñas, niños y adolescente. Pero como se trata de un Estado plurinacional e intercultural, se impone la necesidad de que los derechos humanos sean interpretados de manera intercultural, es decir, a partir de las cosmovisiones, formas de pensar y derechos de cada colectividad involucrada en el caso.

1.3. Autonomía jurisdiccional de los colectivos indígenas

La autonomía jurisdiccional deriva del reconocimiento constitucional, que dice: “Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales”.⁵⁰ Esa autonomía implica la libertad para definir cuáles son los conflictos internos, determinar sus autoridades, establecer los procedimientos para conocer, investigar, resolver y ejecutar las resoluciones, determinar las reglas de competencia y la libertad para establecer todas las garantías necesarias para mantener la armonía en interrelacionalidad de todo lo existente.

1.3.1. Conflicto interno

Según la Constitución ecuatoriana, los colectivos indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, aplicando su Derecho Propio.⁵¹ El Derecho Propio no es solamente normas, es todo un sistema de vida, en los cuales se incluye las instituciones, normas adje-

⁵⁰ Constitución *supra* n. 7, arts. 57.10 y 171.

⁵¹ Constitución *supra* n. 7, art. 171.

tivas, normas de procedimiento y las normas que determinan lo que se ha entender por conflicto interno.

En consecuencia, quien determina en qué consiste el conflicto interno, son los derechos propios de cada uno de los colectivos indígenas en ejercicio de su autonomía legislativa y jurisdiccional. Por tanto, ni la Corte Constitucional ni la justicia ordinaria están habilitados para definir el conflicto interno de una comunidad. En otras palabras, cada colectivo indígena determinará lo que es un conflicto interno para su respectivo colectivo.

1.3.2. Reglas de competencia

En ejercicio de la autonomía legislativa y jurisdiccional, los mismos colectivos determinarán las reglas de la competencia, con la única condición de que no se vulnere derechos constitucionales. La Constitución ecuatoriana y los instrumentos internacionales de derechos de los pueblos indígenas no limitan la competencia de las autoridades indígenas. Si la Constitución no limita la competencia no puede hacer esa labor la Corte Constitucional. Por otro lado, la misma Corte Constitucional tiene límites y esos son los derechos humanos. Los derechos humanos no se pueden restringir, porque éstos deben desarrollarse de manera progresiva y será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos.⁵²

En el derecho anglosajón u ordinario la competencia se determina por la materia, el territorio y la persona. Esas reglas de competencia no existen en la justicia indígena. De ahí que:

... jurídicamente, pueden regular y conocer todas las materias, sin límite alguno de cuantía o gravedad. Es más, el Convenio 169 de la OIT especifica que se respetarán los métodos de control penal de los pueblos indígenas, por lo cual inclusive es claro que la materia penal (si se pretendiera dividir por materias) es de co-

⁵² Constitución *supra* n. 7, art. 11.8.

nocimiento del Derecho Indígena. A diferencia del sistema colonial y del modelo republicano integracionista, no se limita las materias que pueda conocer el Derecho Indígena a casos de menor gravedad o de mínima cuantía. En síntesis, el derecho y la justicia indígenas están facultados para regular y resolver situaciones y conflictos en todo tipo de materias, sin importar la gravedad o cuantía de las mismas.⁵³

En cuanto a la competencia territorial, la Constitución ecuatoriana es mucho más amplia y abierta, porque dice que las autoridades de las colectividades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales “dentro de su ámbito territorial”.⁵⁴ Esto significa que el proceso de administración de justicia lo ejercerá dentro de su ámbito territorial, pero no está limitado a los conflictos surgidos dentro de ese ámbito territorial. Esta posición es coherente con el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de Naciones Unidas, que no limitan la competencia de las autoridades de los pueblos indígenas a los conflictos surgidos dentro del territorio indígena. Además, la jurisdicción indígena tiene su razón de ser, porque pretende un control social de los miembros de los colectivos indígenas, para garantizar el derecho a vivir como colectivo diferente y mantener su cultura.

Desde la concepción de los colectivos indígenas, el territorio no se limita únicamente al espacio geográfico donde se asienta el colectivo. El Convenio 169 de la OIT define como el espacio “que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera”,⁵⁵ con los componentes cultural, religioso y filosófico de los colectivos indígenas. Por ello, la Corte Constitucional colombiana, al

53 Yrigoyen, Raquel, *Pautas de coordinación entre el derecho indígena y el derecho estatal* (Guatemala, Fundación Myrna Mack, 1999), p. 90.

54 Constitución *supra* n. 7, art. 171.

55 Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y tribales en países independiente (Convenio 169 de la OIT), 27 de junio de 1989, entrada en vigencia 5 de septiembre de 1991, ratificado el 15 de mayo de 1998, art. 13.2.

referirse a los territorios de los colectivos indígenas, entiende además a “aquellas que constituyen el ámbito tradicional de sus actividades económicas y culturales”.⁵⁶

En cuanto a la competencia por persona, los Derechos Indígenas “están destinados a la regulación ordinaria de la vida social y la vida interna de los pueblos indígenas, sus comunidades y miembros como partes del derecho a la propia vida cultural”,⁵⁷ en este sentido debe tenerse en cuenta, que es fundamental la pertenencia al colectivo para determinar la competencia de la autoridad indígena, pero sin que sea exclusivo.

¿Cómo se determina la pertenencia a un colectivo? Lo determina el colectivo indígena, aplicando el Derecho Propio de cada uno de los colectivos indígenas. Generalmente se verifica por la autoidentificación de la persona como miembro o parte de un colectivo indígena y que ese colectivo indígena le acepte como miembro. Los colectivos indígenas generalmente le consideran miembro a aquellas personas que participan activamente en la vida comunitaria, que son fundamentalmente: mingas, reuniones, aportes económicos e intelectuales y actos sociales.⁵⁸

Al momento de determinar la competencia por la pertenencia al colectivo, se pueden presentar varios casos en combinación con la competencia territorial y otras circunstancias, que debe ser dilucidada por el derecho indígena⁵⁹ en ejercicio de su derecho a la autonomía.

En la justicia indígena, además, la competencia se determina por acuerdo de las partes o de las autoridades, generalmente en los

56 Corte Constitucional (Colombia), Sentencia SU-039/97, 3 de febrero 1997, caso T-84771.

57 Yrigoyen, *supra* n. 12, p. 91.

58 Véase más en Llasag, *supra* n 5, pp. 195 y 196.

59 Ver Llasag, Raúl, “Jurisdicción y competencia en el derecho indígena o consuetudinario”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* (Konradenauer, Uruguay, 2006, Tomo 2), pp. 749-760.

conflictos intercomunitarios o cuando los infractores sean de diferentes comunidades.

En consecuencia, la competencia se determina fundamentalmente por la pertenencia a un determinado colectivo, pero también se puede determinar por varios factores o en combinación de varios de ellos, como es el territorio y acuerdo de las partes o de las autoridades.

1.3.3. Autoridades legitimadas para resolver los conflictos

El derecho a “conservar y desarrollar sus propias formas de convivencia y organización social, y de generación y ejercicio de la autoridad...”⁶⁰ y la autonomía jurisdiccional constitucionalizada a favor de los colectivos indígenas habilitan para que los Derechos Propios de éstos determinen qué autoridades resolverán los conflictos internos.

En los derechos propios, generalmente, existen tres clases de autoridades habilitadas para resolver los conflictos: “las autoridades tradicionales, las autoridades de elección y la autoridad comunitaria o asamblea”.⁶¹

1.3.4. Procedimientos para conocer, investigar, resolver y ejecutar las resoluciones

La autonomía jurisdiccional y autonomía legislativa, también, habilitan a los colectivos indígenas para determinar sus propios procedimientos, de tal manera que el debido proceso que deben cumplir las autoridades indígenas para conocer, investigar, resolver y ejecutar las resoluciones serán los determinados en sus Derechos Propios.⁶² Estos no necesariamente están escritos, lo

60 Constitución *supra* n. 7, art. 57.9.

61 Llasag, Raúl, “Justicia indígena ¿delito o construcción de la plurinacionalidad?: La Cocha, en Santos, Boaventura y Grijalva, Agustín, *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en el Ecuador* (Ecuador, Abya Yala, 2013), pp. 334; ver más Llasag *supra* n. 5, pp. 192-193.

62 La Corte Constitucional (Colombia) Sentencia No. T523/97, 15 octubre

fundamental es que sean aceptados y conocidos por sus miembros y sus autoridades.

Si bien cada Derecho Propio tiene particularidades, al mismo tiempo tienen reglas comunes como la oralidad del proceso, agilidad en las resoluciones, garantía del derecho a la defensa, ejecución inmediata, reparación integral y recuperación de la armonía personal, familiar y comunitaria.⁶³

1.4. Deber de la institucionalidad del Estado de respetar las resoluciones de la justicia indígena y acción extraordinaria de protección

Como una consecuencia directa de la autonomía legislativa y jurisdiccional constitucionalizada en favor de los colectivos indígenas, la institucionalidad del Estado se ha impuesto el deber de garantizar “que las decisiones de la justicia indígena sean respetadas por las instituciones y autoridades públicas”.⁶⁴ Esto significa que ninguna juez o tribunal de la justicia ordinaria, ni otra autoridad pública pueden cuestionar la validez de las resoluciones de la justicia indígena; tampoco pueden volver a conocer y resolver sobre los hechos, actos u omisiones que han sido juzgados por la justicia indígena, por ello de manera expresa la misma Constitución prohíbe el doble juzgamiento y “los casos resueltos por la justicia indígena deberán ser considerados para este efecto”.⁶⁵

Solo en el evento de que la resolución de la justicia indígena hubiere violentado derechos humanos, la Corte Constitucional realizará el control de constitucionalidad,⁶⁶ y en sentencia

de 1997, expediente T-124907.

63 Ver más en Llasag *supra* n. 20, pp. 338-343.

64 Constitución *supra* n. 7, art. 171 inciso segundo.

65 Constitución *supra* n. 7, art. 76 numeral 7, literal i.

66 Constitución *supra* n. 7, art. 171 inciso segundo.

determinará si la resolución sometida a su conocimiento violentó o no los derechos humanos, para ello tiene la obligación de interpretar interculturalmente los derechos.

1.5. Coordinación y cooperación de los colectivos indígenas con la institucionalidad del Estado

En virtud de la autonomía jurisdiccional y legislativa de las que gozan los colectivos indígenas, “la coordinación y cooperación está pensada bajo el principio de igualdad de sistemas jurídicos. Si partimos de la idea de igualdad, los diferentes sistemas jurídicos no se superponen, ni se subordinan, sino se dialogan y en ese diálogo de iguales se coordinan y cooperan”.⁶⁷

Por ello, “la coordinación y cooperación tiene por objetivo la no vulneración de la autonomía legislativa y jurisdiccional reconocida a favor de los colectivos indígenas”.⁶⁸ Dos principios se vuelven importantes en la coordinación y cooperación como garantía de la autonomía legislativa y jurisdiccional: el respeto en igualdad de condiciones y el diálogo de interlegalidades. El respeto en igualdad de condiciones significa que tanto la justicia ordinaria como las justicias indígenas tienen la misma validez e importancia y que está prohibido imponer visiones y concepciones. De ahí que, el diálogo de interlegalidades es posibilidad para salir de la ignorancia colonial y abrirse a lo desconocido, “que permita conocer las diferentes visiones y concepciones de las justicias indígenas, y en ese conocimiento mutuo permitirá acuerdos y los acuerdos obviamente implican compromisos de cambio”.⁶⁹ En otras palabras ese nivel de coordinación y cooperación implica descolonizarnos mental y materialmente.

67 Llasag Fernández, Raúl, “Experiencias de coordinación y cooperación formal de la justicia ordinaria con los sistemas jurídicos indígenas en el Ecuador”, en Ávila, Ramiro, *Estado, derecho y justicia* (Quito, Corporación Editora Nacional, 2013) p. 210.

68 Llasag, *supra* n. 26, p. 210.

69 Llasag, *supra* n. 26, p. 210

Desde esa perspectiva la

... coordinación y cooperación es amplia, que se genera en el diario actuar de los sistemas jurídicos, ya sea vía políticas públicas, jurisprudencia, legislativa, etc. Por tanto, no es solamente materia de una ley e inclusive una ley puede ser un obstáculo para el nivel de coordinación y cooperación planteado como el caso de Bolivia con la Ley de Deslinde de Jurisdicciones, que formalmente ha eliminado a la justicia indígena, limitando materialmente a casos que no estén tipificados en la ley. En consecuencia, la coordinación y cooperación se pueden dar en contextos formales e informales, los mismos que pueden fortalecerse mutuamente o subordinar una sobre otra.⁷⁰

2. Desconstitucionalización de la justicia indígena

La desconstitucionalización puede tener varios significados.⁷¹ En este artículo, parto de la idea que tenemos un ordenamiento constitucionalizado, en donde la Constitución se convierte en la “extremadamente invasora, entrometida, capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos así como las relaciones sociales”.⁷² En ese sentido los derechos constitucionales son los límites para toda la institucionalidad del Estado, las personas individuales, los colectivos, las empresas nacionales y transnaciona-

⁷⁰ Llasag, *supra* n. 26, p. 210.

⁷¹ Desconstitucionalización como reducción de la constitución a la parte orgánica; como abandono de los principios políticos liberales del constitucionalismo; como pérdida de rango constitucional de normas constitucionales; como derogación sociológica de normas constitucionales; como desmontaje de la Constitución; entre otros. Véase más en Sagüés, Néstor Pedro, “El concepto de desconstitucionalización”, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Uruguay*, número 2 (2007), 181-195.

⁷² Guastine, Riccardo, “La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano” (traducción de José Ma. Lujambio), en Carbonell, Miguel, (ed.) *Neoconstitucionalismo (s)* (4ta. Edición, Madrid, Trotta-UNAM, 2009) p. 153.

les. En esa virtud, por desconstitucionalización entiendo como el vaciamiento y regresión de los derechos constitucionales por parte de la institucionalidad del Estado en el desarrollo de las actividades legislativas, judiciales, reglamentarias, de control de constitucionalidad y otras actividades. Para analizar la desconstitucionalización de la justicia indígena como un derecho de los colectivos indígenas, voy a remitirme al COFJ, a la LOGJCC y a las sentencias de la Corte Constitucional del Ecuador.

2.1. De la autonomía legislativa a tener en cuenta la diversidad

Si la autonomía legislativa es la libertad para crear, derogar y adecuar las normas e instituciones, libertad para determinar los procedimientos, significa que toda la institucionalidad del Estado, sus funcionarios e incluso las personas individuales, colectivos, las empresas nacionales y transnacionales tienen la obligación de respetar y acatarlas.

Sin embargo, el COFJ, cuando determina los principios que deben aplicar los jueces, fiscales, defensores, policías, otros servidores judiciales y demás funcionarios públicos en sus actuaciones y decisiones que tengan relación con los colectivos indígenas, se menciona, entre otros, el principio de la diversidad y ordena que “han de tener en cuenta el derecho propio... con el fin de garantizar el óptimo reconocimiento y realización plena de la diversidad cultural”.⁷³

Tener en cuenta no va más allá de considerar, acordar recordar y pensar en el Derecho Propio. Pero, en la lógica de las autonomías legislativas y jurisdiccionales, no se trata solamente de tener en cuenta el Derecho Propio, sino de respetar y acatar, es decir, si la justicia ordinaria por cualquier motivo conoce el caso en donde se encuentre involucrado una persona de un colectivo indígena, en principio deberá ser procesado y resuelto aplicando el Derecho Propio del colectivo al cual pertenece.

⁷³ COFJ, *supra* n. 2, art. 344.

En el momento en que el COFJ, ordena solamente tener en cuenta el Derecho Propio, se evidencia el proceso de desconstitucionalización, porque el respeto y acatamiento del Derecho Propio implica garantizar la autonomía legislativa, jurisdiccional y de autogobierno de los colectivos, y no solamente a tener en cuenta el Derecho Propio.

2.2. De la autonomía jurisdiccional a la autonomía de mínimas restricciones

Tanto la autonomía jurisdiccional como la legislativa están limitadas por el respeto a los derechos constitucionales interculturalmente interpretados. La única autoridad que puede realizar el control de constitucionalidad es la Corte Constitucional, sin limitar la justicia indígena más de lo que la Constitución ha limitado, porque los derechos son progresivos y no regresivos.

A pesar de lo anterior, la LOGJCC, al determinar los principios y al referirse a la autonomía dice: “Las autoridades de las nacionalidades, pueblos y comunidades indígenas, gozarán de máxima autonomía y un mínimo de restricciones en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales...”⁷⁴

¿Qué es el mínimo de restricciones? Es una ventana abierta para que la Corte Constitucional pueda violentar derechos constitucionales, pretendiendo restringir la autonomía jurisdiccional y legislativa:

- a) La jurisdicción y competencia para conocer, resolver y sancionar los casos que atente contra la vida de toda persona, es facultad exclusiva y excluyente del sistema del Derecho Penal Ordinario, aun en los casos en que los presuntos involucrados y los presuntos responsables sean ciudadanos pertenecientes a comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas.

⁷⁴ LOGJCC, *supra* n. 3, art. 66.3.

- b) La administración de justicia indígena conserva su jurisdicción para conocer y dar solución a los conflictos internos que se producen entre sus miembros dentro de su ámbito territorial y que afecten a sus valores comunitarios.⁷⁵

Es decir, por un lado, sostiene que es de competencia exclusiva de la justicia ordinaria conocer y resolver los casos que atenten contra la vida. Pero, por otro lado, dice que la justicia indígena conserva la jurisdicción para conocer y dar solución a los conflictos internos. Esto quiere decir que, pese a la exclusividad de la justicia ordinaria para conocer y resolver los casos que atente contra la vida, si el Derecho Propio de una comunidad indígena X dice que lo conocido en la justicia ordinaria como “delitos contra la vida” son de competencia de la autoridad indígena, éstas conservan la jurisdicción para conocer y resolver esos casos.

Consecuentemente la posibilidad de “un mínimo de restricciones en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales”, es inconstitucional porque es una norma restrictiva de derechos constitucionales.

2.3. Del deber de respetar las resoluciones de la justicia indígena a la implementación del doble juzgamiento.

Constitucionalmente la institucionalidad del Estado y sus funcionarios públicos están obligados a respetar las decisiones de la justicia indígena. Por tanto, ningún juez o tribunal de la justicia ordinaria, ni otra autoridad pública pueden cuestionar la validez de las resoluciones de la justicia indígena y tampoco pueden volver a conocer y resolver sobre los hechos, actos u omisiones que han sido juzgados por la justicia indígena. En el evento de la violación de derechos humanos, la Corte Constitucional puede realizar el control de constitucionalidad de esas resoluciones.

El control de constitucionalidad también tiene límites, esos límites son los derechos humanos, es decir, la Corte Constitucional no puede restringir los derechos humanos y menos violentarlos.

⁷⁵ Corte Constitucional,

Sin embargo, la Corte Constitucional, cuando resuelve el caso conocido como La Cocha, pone en vigencia el doble juzgamiento,

Que la Asamblea General Comunitaria del pueblo Kichwa Panzaleo, cuando conoció este caso de muerte, no resolvió respecto de la protección del bien jurídico vida como fin en sí mismo, sino en función de los efectos sociales y culturales que esa muerte provocó en la comunidad, estableciendo diversos niveles de responsabilidad que son distribuidos, en distinto grado, entre los directamente responsables y sus respectivas familias, mientras que por su lado, el ministerio público y la justicia penal ordinaria actuaron bajo la obligación constitucional y legal de investigar y juzgar, respectivamente, la responsabilidad individual de los presuntos implicados en la muerte, por lo que esta Corte declara que no se ha configurado el *non bis ídem* o doble juzgamiento.⁷⁶

Bajo ese argumento, la Corte Constitucional es clara en cuanto a dejar sentada la vigencia del doble juzgamiento, porque sostiene que la comunidad La Cocha al resolver el asesinato no violó ningún derecho humano en el procedimiento y la sentencia; y la justicia ordinaria tampoco violentó el principio de *nos bis ídem*, al volver a conocer el mismo hecho que ya fue resuelto por la comunidad La Cocha.

En otras palabras:

... si una persona es juzgada en una comunidad indígena por asesinato, el juez ordinario puede volver a juzgar porque la comunidad no resolvió respecto a la afectación del bien jurídico vida individual, sino únicamente las consecuencias que generó el asesinato, que según la Corte sería la desestabilización de la vida comunitaria. Lo inverso, si la justicia ordinaria conoce y juzga un caso de asesinato ocurrido en una comunidad indígena, la justicia indígena puede volver a conocer y juzgar porque la justicia ordinaria solamente resolvió con respecto

76 Corte Constitucional (Ecuador), Sentencia No. 113-14-SEP-CC, de fecha 30 de julio de 2014, caso 0731-10-EP.

a la afectación del bien jurídico vida individual, pero no resolvió las consecuencias del asesinato, esto es, la desestabilización o armonía de la comunidad.⁷⁷

Por tanto, la sentencia número 113-14-SEP-CC, de fecha 30 de julio de 2014 emitida por la Corte Constitucional, no solo desconstitucionaliza los derechos constitucionales, sino además violenta derechos humanos, y ello le convierte en una sentencia que carece de eficacia jurídica.

2.4. De la coordinación y cooperación a la declinación de competencia subordinada a la justicia ordinaria

Como se explicó *supra* 1.5, la coordinación y cooperación tiene por objetivo la no vulneración de la autonomía legislativa y jurisdiccional reconocida a favor de los colectivos indígenas, porque esa coordinación y cooperación está pensada bajo el principio de igualdad de oportunidades de los sistemas jurídicos. Esa coordinación y cooperación se da en el diario actuar de los sistemas jurídicos, sea en la elaboración y ejecución de políticas públicas, en la emisión de jurisprudencias, en la actividad legislativa, etcétera. Y la declinación de competencias es uno de los mecanismos de coordinación y cooperación entre justicias.

Por varias razones históricas, sociológicas, antropológicas e incluso por preservar la unidad de la comunidad, habrá casos que las autoridades de los colectivos indígenas dejen de conocer y sometan el mismo a la autoridad ordinaria o podemos encontrar colectivos que simplemente perdieron la capacidad de resolver sus conflictos, sin que ello signifique que estas comunidades no puedan recuperar su capacidad de resolución de conflictos. Por consiguiente, se pueden dar, al menos cinco situaciones:

77 Llasag Fernández, Raúl, “Cuando el derecho sirve para eliminar derechos: Sentencia de la Corte Constitucional, caso La Cocha”, en Dirección Nacional de Comunidades, Pueblos y Nacionalidades de la Defensoría Pública del Ecuador, *Cuadernos para la interculturalidad 10* (Quito, Defensoría Pública del Ecuador, 2014), p. 36.

- a) Que los miembros de los colectivos indígenas sometan sus conflictos a sus propias autoridades y éstas resuelvan.
- b) Que los miembros de los colectivos indígenas sometan sus conflictos a sus autoridades y éstas remitan el caso a la justicia ordinaria;
- c) Que los miembros de los colectivos indígenas sometan sus conflictos a la justicia ordinaria y las autoridades de la justicia ordinaria conozcan y resuelvan el conflicto, sin que la autoridad indígena reclame su competencia;
- d) Que los miembros de los colectivos indígenas sometan sus conflictos a la justicia ordinaria y la autoridad indígena reclame competencia;
- e) Que los miembros de los colectivos indígenas sometan sus conflictos a los jueces de la justicia ordinaria y estos devuelvan la competencia a la autoridad del colectivo indígena, sin que exista petición de la autoridad indígena.

El COFJ regula la autolimitación de la justicia ordinaria respecto de los sistemas de justicia indígena o la declinación de competencia, previsto como caso d); pero, además deja algunos principios que debe aplicar en el caso c).

La declinación de competencias, según el referido Código⁷⁸ y la sentencia de la Corte Constitucional,⁷⁹ está subordinada a la justicia ordinaria y limitada por la Corte Constitucional, porque exigen algunos presupuestos, al parecer, sin los cuales no procedería:

- a) Debe llegar a conocimiento de los jueces y juezas la existencia de un proceso sometido al conocimiento de las autoridades indígenas.

⁷⁸ COFJ, *supra* n. 2, art. 434

⁷⁹ Corte Constitucional (Ecuador), Sentencia No. 008-15-SCN-CC, 5 de agosto del 2015, casos 0005-11-CN. 0058-11-CN. 0021-12-CN v 0003-13-CN.

- b) Debe existir una petición de la autoridad indígena solicitando la competencia.
- c) La autoridad indígena, deben demostrar la pertinencia de la petición y la calidad de autoridad indígena bajo juramento.
- d) Que no se trate de delitos contra la vida.
- e) Que el conflicto sea entre indígenas.

Exigir que la autoridad indígena solicite competencia, es desconocer la realidad de los colectivos indígenas empezando por la distancia hasta la carencia de recursos económicos para la movilización. No considera que la justicia ordinaria se encuentra en ventaja frente a la justicia indígena, pues ésta tiene toda una institucionalidad a su servicio, con personal judicial y operadores de justicia por todo el país, así como ingentes recursos económicos. En tanto que la justicia indígena, aparte de ser relegada, ha sido perseguida y penalizada durante toda la época colonial, republicana y hasta el momento, sin que cuente con personal remunerado y dedicado exclusivamente a la administración de justicia. En esa perspectiva, no siempre las autoridades de los colectivos indígenas podrán recurrir ante la autoridad ordinaria y reclamar la competencia, pero esa falta de posibilidad de recurrir ante la autoridad ordinaria para reclamar la competencia no debe considerarse que la autoridad ordinaria deba resolver el caso de manera unilateral.

No se conforma con exigir que la autoridad indígena solicite la declinación de competencia, sino, además, le obliga a probar la pertinencia de la petición y la calidad de autoridad. Esta es una violación al principio de igualdad material que debe considerar la situación de desventaja en que se encuentra la justicia indígena en relación a la justicia ordinaria.

Además, quien termina calificando la pertinencia de la petición y la prueba de calidad de autoridad, son los jueces y juezas de la justicia ordinaria y bajo parámetros de la visión del derecho

anglosajón. Esto es retomar las prácticas coloniales, en donde hay una justicia superior y otra inferior que toma decisiones de manera unilateral. De igual manera sucede con la exigencia de que los conflictos sean entre indígenas y no se trate delitos contra la vida, es una práctica colonial bajo la idea de inferioridad e incapacidad de los colectivos indígenas.

Lo más coherente sería que la declinación de competencia se produzca cuando los jueces y juezas tengan conocimiento de la existencia de un proceso sometido a conocimiento de las autoridades indígenas o llegaren a conocer que uno de los involucrados en el conflicto sometido a su conocimiento es miembro de un colectivo indígena y el juez o jueza de oficio debería verificar la existencia de la autoridad indígena y que la misma acepte la competencia.

Incluso la declinación de competencia debería proceder a petición de los involucrados en el conflicto, caso no previsto por el COFJ.

Solo en el evento de que las autoridades indígenas decidan remitir el caso a la justicia ordinaria o no reclamen la competencia, los jueces, fiscales y otras autoridades judiciales debería resolver, pero aplicando el derecho propio del colectivo al cual pertenece el involucrado en el conflicto y no solamente tomando en consideración como dice el COFJ, además deberán aplicar los otros principios: de igualdad, de projusticia indígena, *non bis in ídem* y de interpretación intercultural de los hechos y del derecho.⁸⁰

Consecuentemente, el COFJ y las sentencias de la Corte Constitucional han procedido a desconstitucionalizar los derechos de los colectivos indígenas.

⁸⁰ COFJ, *supra* n. 2, art. 344.

3. Retorno de prácticas coloniales

El neocolonialismo está relacionado con la dependencia económica, política, cultural, ideológica e, incluso, epistémica de un país con respecto a otro, reproduciendo prácticas coloniales como de sometimiento, dominación, deslegitimación, marginación, imposición, explotación y subordinación en todos los aspectos. Pero, en este artículo, estoy hablando de prácticas coloniales que se reproducen al interior de un país, en donde “Surgen testaferreros y dictadores [en los países dominados] encargados de mantener el orden que mejor conviene a la expansión y desarrollo del nuevo imperialismo”,⁸¹ es decir, es una especie de neocolonialismo interno.⁸² Por tanto, el retorno de prácticas coloniales que trataré aquí se refiere a las prácticas coloniales de la institucionalidad de estado con respecto a la justicia indígenas.

3.1. *La justicia indígena siempre y cuando la justicia ordinaria lo permita*

En la colonia “el Derecho Indiano permitía la existencia de autoridades indígenas... y pluralismo legal, esto es, el fuero indígena y la aplicación de sus “usos y costumbres” en tanto no contradigan la religión o las leyes.”⁸³ Por tanto, se admitía que las autoridades indígenas resuelvan los problemas internos, pero siempre y cuando el Derecho Indiano lo permita.

Como se pudo apreciar antes *supra* 2.4, el COFJ exige una serie de requisitos, que debe presentar la autoridad indígena, para que el juez de la justicia ordinaria proceda a declinar la competencia, pero al mismo tiempo tiene que probar la calidad de autoridad.

81 Zea, Leopoldo, *Latinoamérica: emancipación y neocolonialismo* (Caracas: Tiempo Nuevo, 1971) p. 16.

82 Rivera, Silvia, *Violencias (re) encubiertas en Bolivia* (La Paz, Editorial Piedra Rota, 2010).

83 Yrigoyen, Raque (2006) “Hitos del reconocimiento del pluralismo jurídico y el derecho indígena en las políticas indigenistas y el constitucionalismo andino”, en Mikel Berraondo (coord.) *Pueblos indígenas y derechos humanos* (Bilbao, Universidad de Deusto, 2006) p. 540.

Y finalmente quien califica la pertinencia de la petición de la autoridad indígena y las pruebas de la calidad de autoridad son los jueces y juezas de la justicia ordinaria. Es decir, la justicia indígena está a merced de la autorización de la justicia ordinaria, ésta es la que decide si declina o no la competencia.

Incluso la Corte Constitucional del Ecuador llega a sostener expresamente que la justicia indígena no es una función autónoma, sino que está circunscrita a la Función Judicial:

... El Constituyente ha agrupado normativamente tanto a la jurisdicción ordinaria como a la indígena dentro de un mismo capítulo en el texto constitucional; evidenciando su intención de circunscribir a la jurisdicción indígena dentro del ámbito de la Función Judicial, esto con el objeto de no crear paralelismos en donde se conciba a la jurisdicción indígena como una función autónoma dentro de la estructura constitucional ecuatoriana.⁸⁴

Lo anterior evidencia que la justicia indígena está subordinada a la justicia ordinaria, lo cual reproduce la práctica colonial de considerar a la justicia indígena como inferior y la justicia ordinaria como superior.

3.2. *La justicia indígena solo entre indígenas*

“Según las Leyes de Indias, los alcaldes de *pueblos de indios* así como los curacas o caciques tenían jurisdicción civil y criminal, pero solo para pleitos entre indios”.⁸⁵ Esa marginación de la justicia indígena solo para indios fue superado formalmente por la Constitución de la República del Ecuador del 2008, pues hoy se habla de conflictos internos y estos deberían ser determinados por el Derecho Propio de cada uno de los colectivos indígena en ejercicio del derecho a la autonomía.

84 Corte Constitucional (Ecuador), Sentencia No. 001-18-SDC-CC, 07 de febrero de 2018, caso 0003-10-DC, p.15.

85 Yrigoyen, *supra* n. 42, p. 540.

Contrario a lo dispuesto por la Constitución vigente, la Corte Constitucional ecuatoriana retoma la práctica colonial de que la justicia indígena procede solo entre indígenas, así: “La administración de justicia indígena conserva su jurisdicción para conocer y dar solución a los conflictos internos que se producen entre sus miembros dentro de su ámbito territorial y que afecten sus valores comunitarios”.⁸⁶ Por tanto, según la Corte el conflicto interno, sería los problemas surgidos entre miembros de las comunidades indígenas. Es decir, es una justicia segregada para y entre indígenas y borra la perspectiva intercultural de un Estado plurinacional, que justamente cuestiona las prácticas coloniales de segregación, marginación y superposición, y obliga a construir sociedades y prácticas interculturales, en donde las culturas y los saberes son al mismo tiempo conocimiento e ignorancia, donde no hay superiores ni inferiores.

La Corte, para segregar a la justicia indígena, asume como noción de interculturalidad el concepto de multiculturalidad liberal que reconoce las diversidades culturales, su integración al Estado e interrelación entre culturas, pero sin cuestionar las prácticas coloniales y capitalistas, de ahí que la interculturalidad para la Corte,

... más que una categoría con el Estado, está vinculada directamente con la sociedad, en la medida en que la interculturalidad no apunta al reconocimiento de grupos étnicos-culturales, sino a las relaciones y articulaciones entre éstos pueblos heterogéneos y con otros grupos sociales y entidades que coexisten en la relación cívica.⁸⁷

86 Corte Constitucional (Ecuador), Sentencia No. 113-14-SEP-CC, de fecha 30 de julio de 2014, caso 0731-10-EP; y, Sentencia No. 008-15-SCN-CC, de fecha 5 de agosto del 2015, casos 0005-11-CN. 0058-11-CN. 0021-12-CN v 0003-13-CN.

87 Corte Constitucional (Ecuador), Sentencia No. 113-14-SEP-CC, de fecha 30 de julio de 2014, caso 0731-10-EP; y, Sentencia No. 008-15-SCN-CC, de fecha 5 de agosto del 2015, casos 0005-11-CN. 0058-11-CN. 0021-12-CN v 0003-13-CN.

En ese sentido, según la Corte Constitucional, la justicia indígena no solo está subordinada a la justicia ordinaria, sino además es segregada solo para indígenas y entre indígenas, poniendo en vigencia el reconocimiento de las diversidades, pero bajo los principios de inferioridad y superioridad.

3.3. *La justicia indígena para casos menores*

En la Colonia, la justicia indígena solo resolvía “casos que no ameriten penas graves”,⁸⁸ porque los europeos, para justificar los asesinatos, la invasión, los robos y apropiar de las tierras, se inventaron que los habitantes del Abya Yala eran personas con menor capacidad y se les concedió el estatus de rústico, miserable y menor. Lo *rústico* tenía relación con la falta de conocimiento y de acceso a la información, por tanto, era un estado de abandono, desentendimiento, de discriminación y de marginación. Lo *miserable* no solo se trataba de una miseria física y abandono, sino una condición que requería un amparo, el cual le correspondía prestar a los misioneros de la religión, a los ministros de estado y al monarca. La *minoría*, aludía a la presunción de limitación de la razón humana, es decir, que no estaba capacitado para un ejercicio pleno de la patria potestad, necesitando por tanto siempre de una tutela familiar, pero no de sangre sino de religión.

Esa práctica colonial es retomada por la Corte Constitucional, porque esta sigue tratando como personas de menor capacidad:

... Esta Corte encuentra, y así lo declara, que la justicia indígena del pueblo kichwa Panzaleo no juzga ni sanciona la afectación a la vida... en ese sentido, no se juzga el atentado contra la vida considerada individualmente... sino en función de las afectaciones que este hecho provoca en la vida de la comunidad.⁸⁹

⁸⁸ Yrigoyen, *supra* n. 42, p. 540.

⁸⁹ Corte Constitucional (Ecuador), Sentencia No. 113-14-SEP-CC, de fecha 30 de julio de 2014, caso 0731-10-EP; y, Sentencia No. 008-15-SCN-CC, de

Palabra

En otras palabras, los colectivos indígenas, al decir de la Corte Constitucional ecuatoriana, no tienen la suficiente capacidad para comprender la afectación a la vida individualmente considerada y por ello resuelve la muerte en cuanto afecte a la paz o armonía de la comunidad. La Corte Constitucional confunde entre el objetivo o la razón final de la justicia indígena con la concepción del *llaki*.⁹⁰ El objetivo o razón final de la justicia indígena es buscar la paz comunitaria y eso lo consigue al resolver el *llaki* y el retorno de la paz comunitaria; mientras que el *llaki* es la infracción que comete una persona o personas por efectos del desequilibrio de sus diferentes cuerpos, con el resto de los miembros de la comunidad o el cosmos, esa infracción puede cometerse en contra de otra persona, comunidad o cosmos. Esto no significa que las comunidades indígenas no juzguen el bien jurídico muerte individual, una cosa muy diferente es que el bien jurídico muerte individual en la justicia indígena adquiere otras connotaciones, porque el ser humano no es únicamente cuerpo físico sino cuerpo espiritual y astral, pero también es parte de una familia, comunidad y cosmos. Por eso la justicia indígena cuando resuelve un conflicto, no solo se reduce a proteger el bien jurídico individual, sino se extiende a la familia, comunidad y cosmos, es decir, a diferencia de la justicia ordinaria, la justicia indígena es integral.

Pero, según la Corte, la justicia indígena no solo no entiende el concepto de vida individual, sino además no tiene capacidad para conocer, investigar y resolver los delitos contra la vida bajo esa figura de bien jurídico vida individual, pasando a ser “competencia... exclusiva y excluyente del sistema de Derecho Penal Ordinario”, pero sí puede conocer, investigar y resolver el mismo caso bajo la figura de muerte como afectación al colectivo.

fecha 5 de agosto del 2015, casos 0005-11-CN. 0058-11-CN. 0021-12-CN v 0003-13-CN, p. 24

90 *Llaki* es desarmonía de los diferentes cuerpos del ser humano o también tristeza por esa desarmonía que le llevó al cometimiento de la infracción.

En definitiva, la Corte pone en vigencia el doble juzgamiento y reproduce prácticas coloniales de marginación, subordinación, segregación del derecho propio de los colectivos indígenas.

4. Conclusiones

El Ecuador vive un proceso de desconstitucionalización, vaciando el contenido de las normas constitucionales que garantizan de vigencia de la justicia indígena y poniendo en vigencia el doble juzgamiento que ha sido prohibido por la Constitución de la República del Ecuador y los instrumentos internacionales de derechos humanos. A la par con la desconstitucionalización, la Corte Constitucional ecuatoriana ha retomado prácticas coloniales, colocando a la justicia indígena en posición de subordinación frente a la justicia ordinaria, segregando para casos entre indígenas y declarando incapaces de resolver casos relacionados a delitos contra la vida. Esa posición de la Corte Constitucional incide en el retorno de las prácticas coloniales en la Función Judicial del Ecuador.

La independencia, la coordinación y la injerencia en la justicia ecuatoriana en los últimos diez años

Alvaro Roman Márquez⁹¹

Resumen

El presente artículo tiene como finalidad explicar los problemas y aciertos de la justicia ecuatoriana en los últimos años, en cuanto a los temas de independencia como elemento democrático necesario entre las funciones del Estado, la coordinación que debe existir para disminuir el desgaste de recursos y la injerencia que debe ser evitada en la toma de decisiones afectando a la primera. Por ello se realizará una breve aproximación, por la extensión del trabajo no será profunda sino puntual para que sirva más bien como un insumo al debate académico y social.

Palabras clave: democracia, Función Judicial, independencia, injerencia.

Sumario: 1. El Estado democrático. Sus elementos. 2. La función judicial. Su independencia importancia y la coordinación entre las funciones del Estado. 3. La independencia y la injerencia en la Función Judicial. 4. Conclusiones. 5. Bibliografía.

1. El Estado democrático. Sus elementos.

El Ecuador se declaró un Estado democrático,⁹² adoptó esta forma de gobierno que tiene elementos que lo legitiman, lo estructuran y lo limitan. Entre otros, son los siguientes: a) Es el gobier-

91 Docente de la Universidad Central del Ecuador, Universidad Andina Simón Bolívar, sede Quito. Doctor en Derecho © por la UASB, Máster en Derecho Penal y Procesal Penal por la UCE y Máster en Derecho con mención en Constitucional por la UASB.

92 Artículo 1 de la Constitución de la República del Ecuador.

no de los ciudadanos en forma representativa y participativa en la toma de decisiones del poder; b) La división de las funciones del Estado teniendo una independencia y en forma complementaria funcionando como contrapeso de la otra, pero coordinando las actuaciones para buscar la eficiencia en la prestación del servicio frente a garantizar los derechos de los ciudadanos; c) Las funciones públicas deben gobernar con transparencia en la toma de decisiones; d) Se debe buscar la democratización del sistema de derecho internacional.⁹³ e) El Estado democrático tiene como deberes la vigencia del derecho, fortalecer la unidad nacional en la diversidad, la ética laica, la igualdad, la solidaridad, la paz y vivir en una sociedad democrática.⁹⁴

a) El primer elemento nos genera un primer cuestionamiento ¿Cómo se configura y se limita al Estado democrático? Como toda construcción de la modernidad siempre debe partir de la centralidad burocrática y de la legalidad estatal.⁹⁵ Esto se refleja en el momento que existe construcción de índole política que considera que la autoridad en donde se centraliza en un primer momento es el poder constituyente, que se fundamenta en el concepto de la soberanía que según la ficción moderna la tiene el pueblo, en específico, los individuos que tienen la voluntad de asociarse y que podemos llegar a la organización de una comunidad y posteriormente de una sociedad en la cual se construya la figura jurídico-política del Estado. En este ámbito la decisión de la voluntad general es escoger la democracia como la forma de gobierno, dejando de lado las otras formas políticas.⁹⁶ Justa-

93 Norberto Bobbio *La teoría general de la política* (Madrid, editorial Trotta, tercera edición, 2009), 401-417.

94 Artículo 3 de la Constitución.

95 Antonio Carlos Wolkmer, *Pluralismo jurídico: fundamentos de una nueva cultura del derecho*. (Madrid, editorial Dickinson S.L. 2018) 53.

96 Norberto Bobbio, *La teoría de las formas de gobierno en la historia del pensamiento político* (México, editorial Fondo de Cultura Económica, 1999), 23. El autor italiano se fundamenta en la propuesta de Aristóteles de que existen seis formas de gobierno que son la oligarquía-aristocracia, democracia-politeia, tiranía-monarquía.

mente debemos comprender que este gobierno surge desde abajo, hace que la participación de los ciudadanos debe construir todas las instituciones que coadyuven para que esta no quede en simple declaración.⁹⁷ Con esta centralización que origina el Estado surge la burocracia; en forma estricta es el grupo de seres técnicos que sirven al Estado para la toma de las decisiones políticas en su organización y funcionamiento. En ese mismo sentido se centraliza como única fuente de elaboración de las leyes por y para del Estado.

Ese poder constituyente que tiene la soberanía popular, es el resultado del discurso de la modernidad, crea otras figuras jurídicas políticas para seguir desarrollando la creencia que es el pueblo quien toma las decisiones, una de ellas es la democracia directa, que consiste en que el pueblo debe participar en la toma de decisiones en forma permanente siendo consultado las veces que sean necesarias en temas que sean de trascendencia política, social, jurídica, sea vía consultas populares, en la participación para generar políticas públicas y en la intervención de propuestas de proyectos de leyes o en la elaboración de las leyes.

Otra forma de participar en la toma de decisiones es la elaboración de las políticas públicas con las autoridades mediante la silla vacía, la participación del presupuesto comunitario; en ese sentido debemos considerar que las autoridades estatales, en la conformación y ejecución de la política pública, deben partir de las necesidades del pueblo y no de los intereses de los gobernantes. Todo esto constituye un control social necesario para evitar que el poder sea arbitrario y abuse en contra de los ciudadanos.

97 Enrique Dussel, *Política de la liberación historia mundial y crítica* (Madrid, editorial Trotta, 2007) 169-170. Propone que es justamente en Venecia donde con la conformación de la Comuna se inició la democracia como ese gobierno desde abajo, tomando en cuenta que era una isla que no le abarcaba la ley de tierras que reconocían al Rey como dueño, por lo mismo la propiedad de la isla pertenecía a las personas que migraban para tener tierra propia y por ello conformó un gobierno desde abajo y no desde arriba, como era la tradición en la Europa medieval, además, Venecia era el centro mediterráneo de la Europa antigua.

Por último, es representativa, cuando con el sufragio, vía ejercicio de los derechos de participación, podemos elegir y ser elegidos para ocupar dignidades en los distintos niveles de gobiernos donde debemos tener representantes que se convierten en esas personas delegadas para administrar la cosa pública.

Debe existir también como principio democrático el control entre las instituciones, sin que esto sea injerencia; esta institución es la propuesta de pesos y contrapesos de Locke. Mediante este control en un sistema democrático lo que se busca es limitar las actuaciones de los gobernantes para evitar la concentración de las competencias y que sus actuaciones se transformen en concentradoras de poder para impedir que las otras no puedan hacer su control.

b) El segundo elemento, es que debe existir la división de funciones. Constituye el mayor logro que tuvo el pensamiento ilustrado de la Francia revolucionaria, que surgió como respuesta a la concentración del poder de gobierno en el Rey, que fue justificado en esa época con la presencia de diversas autoridades como la Iglesia, los reyes, príncipes, condes. El gobierno estaba en permanente relación con la religión y por eso se construyó un sistema político teocrático, donde el Rey era la figura representante de Dios en la tierra. El derecho tenía una plena identificación con la moral. El sistema procesal estaba reconocido por la Santa Inquisición en donde el juez era quien buscaba la prueba para sentenciar sin permitir la defensa, regía el principio de culpabilidad y no el de inocencia. Por eso fue necesario la división de poderes y la separación de la moral y del derecho. Y la división política de la Iglesia con el poder público civil fue producto del laicismo y por lo tanto de la ética laica⁹⁸ como el deber ser en el desarrollo de todas las actividades de la sociedad y de las instituciones del Estado en su competencia normativa.

c) El tercer elemento es que las autoridades públicas gobiernen con transparencia. Esta propuesta de Bobbio, nace como crítica

⁹⁸ Art. 3 numeral 4 de la Constitución de la República del Ecuador.

y respuesta a la experiencia vivida en los gobiernos autoritarios como el fascismo y el nazismo, en los cuales las estructuras del poder fueron construidas para mantener el secreto en la toma de decisiones, como sostiene Celso Lafer, citando a Hannah Arendt, el nazismo creó un sistema parecido a una cebolla, donde las capas de la misma asemejan a la sociedad alemana. Los organismos de seguridad como la Gestapo, SS y la SA, entre más cerca del líder estaban -representado por el Führer- eran más secretas sus actuaciones y mayor el poder. También sostiene que este sistema hace que el poder esté protegido a prueba de choques, ya que está más alejado de la realidad factual del mundo.⁹⁹ Es decir, que cuando se gobierna en secreto se genera un gobierno totalitario y es difícil hacer un control social de sus actuaciones, ya que no se conoce cómo toman sus decisiones y las instituciones estatales que protegen a este poder evitan que sufra alteraciones persiguiendo a quienes los pretendan afectar.

Esta transparencia también debe ser parte de las actuaciones en la administración de justicia, cuando el juez debe presentarse e identificarse para conocer quién va a resolver y juzgar la causa, cuando el ciudadano teniendo la condición de parte o de sujetos procesales son llamados a que comparezcan para que ejerzan el derecho de defensa, también se presenta con las audiencias públicas y contradictorias, en el momento de la inmediación de la prueba y de la comunicación de decisión. Así mismo, en la motivación de la decisión en forma escrita para que el ciudadano afectado pueda ejercer el derecho de impugnación sea acción, incidente o recurso. Así mismo, cuando las autoridades deben poner en presencia del juez a cualquier persona para formular alguna acusación.

d) El cuarto elemento, es la búsqueda de la democratización de los organismos del derecho internacional, tomando que cuenta que el sistema democrático es la forma escogida por los diversos

⁹⁹ Celso Lafer, *La reconstrucción de los derechos humanos: un diálogo con el pensamiento de Hannah Arendt*. (México, editorial Fondo de cultura económico, 1994) 111.

países para gobernarse y la más deseable considerando que no es propiedad del capitalismo sino de la modernidad, hace que cualquier sociedad pueda organizarse en esta forma de gobierno, pero esta misma debe buscarse en los organismos de derecho internacional, tomando en cuenta que en la actualidad son los representantes del Ejecutivo los que toman las decisiones y provocan que se pierda la deliberación como forma democrática, por ese motivo si las constituciones han sido construidas por varios años y están en permanente proceso de actualización frente a la realidad, hace que el derecho internacional por la simple toma de decisiones de los representantes del Ejecutivo puedan cambiar normas constitucionales en el cumplimiento de los pactos aceptados por los Estados, por ello entre más democráticos sean los organismos internacionales mayor cumplimiento de las decisiones podremos tener de los Estados miembros. Y no se convertiría en una nueva forma de colonialismo en el momento en que Estados Unidos de Norte América, crea organismos supranacionales suscribimos y ratificarnos todos los tratados y mientras ese país no firma y ratifica ninguno. Convirtiendo esta forma en una racionalidad instrumental y utilitarista de la política exterior de ese Estado, implementando su hegemonía política, social y económica.

e) Por último, el elemento que tiene el Estado es garantizar la vigencia de los derechos, fortalecer la unidad nacional en la diversidad, la ética laica, la igualdad, la solidaridad, la paz y vivir en una sociedad democrática.

Como hemos propuesto el sistema democrático debe ser un eje horizontal que atravesase la construcción de la sociedad ecuatoriana, con ello el reconocimiento de la existencia de grupos humanos diversos que son parte de la realidad social, cultural es el primer paso y luego el reconocimiento y vigencia de sus derechos, con ello se corrige el ocultamiento que la modernidad con su discurso produjo como sociedad hegemónica y que fue la forma como la burguesía pudo implementar su ideología de dominio. Con este surgimiento se provoca que se recupere el conocimiento de otros

grupos humanos que siempre existieron en el Ecuador y mucho antes de la llegada de los conquistadores españoles. Y no solo de la cultura andina, sino de los demás colectivos y movimientos sociales que existen en la realidad social, como son los montubios, los Lgtbi, los afrodescendientes, las mujeres.

Una vez recuperada y transformada la sociedad ecuatoriana, se debe desarrollar la igualdad, creando las oportunidades necesarias para que las personas se sientan incluidas en todas las actividades personales y sociales. Así mismo, desarrollar una sociedad sustentada en la solidaridad para evitar que el mercado o el capital esté sobre el trabajo, con lo que evitaríamos que triunfe el individualismo.

Por ello es importante que el desarrollo de estos derechos se complemente con la construcción de la ética social laica, para que esta ayude a configurar el comportamiento de la sociedad sustentada en la tolerancia de las ideas y de su libertad, pero sin olvidar la solidaridad como eje primario en las relaciones sociales, así como los derechos colectivos.

2. La función judicial. Su independencia y organización importancia y la coordinación entre las funciones del Estado

Como se ha desarrollado en líneas anteriores, producto del Estado democrático,¹⁰⁰ el Ecuador dividió las funciones del Estado,¹⁰¹ fueron ubicadas en la parte orgánica, una de ellas es la Función Judicial, que tiene su elemento originario y fundamental en la jurisdicción¹⁰² ejercida por los jueces para solucionar los conflictos que son demandados por los ciudadanos, cumpliéndose con la centralización burocrática, ya que este ente estatal y

100 Opinión Consultiva 6/86 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

101 Funciones Legislativa, Ejecutiva, Judicial, Electoral y de Control Social.

102 Jurisdicción es la potestad que se deriva del poder popular, para que se pueda aplicar las leyes elaboradas por el propios Estado, en la solución de los conflictos sociales.

sus integrantes son los que tienen competencia para conocer y resolver las acciones que los ciudadanos consideran necesarios someter a su conocimiento como violación e incumplimiento de derechos. Esta posición de centralidad tiene su excepción en el Ecuador desde la Constitución de 1998 cuando se reconoció la existencia de la justicia indígena como un claro reconocimiento de la existencia de un pluralismo jurídico.

Los jueces en sus actuaciones deben responder en todo momento a uno de los elementos que le configuran que es la independencia,¹⁰³ la Corte Interamericana ha entendido que esta consiste en garantizar que los órganos jurisdicciones no se vean “sometidos a posibles restricciones indebidas en el ejercicio de su función por parte de órganos ajenos al Poder Judicial o incluso por parte de aquellos magistrados que ejercen funciones de apelación o revisión”.¹⁰⁴

De lo sostenido por la Corte, podemos inferir cómo debe entenderse la independencia tanto externa como interna: la primera frente a las demás funciones del Estado (Ejecutivo, Legislativo, Electoral y Control Social), y la segunda, entre los jueces, que al conocer los conflictos puestos al conocimiento de su competencia excluye a otros jueces de la misma materia, de otras materias y por último de diversas instancias.

¿Por qué es importante que el juez tenga independencia?

a) Respondiendo a la independencia externa la Corte Interamericana “señaló que los principios básicos rescatan ciertos elementos importantes para la elección de jueces, como integridad,

103 Art. 8.1 de la Convención América de Derechos Humanos. En esta norma internacional se determina que el Juez debe ser competente, independiente e imparcial.

104 Elizabeth Salmón Cristina Blanco, *El derecho al debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos* (Bogotá, editorial Universidad de Rosario, 2012), 96. Corte IDH, Caso Apitz Barbera y otros (Corte Primera de lo Contencioso Administrativo) vs. Venezuela, sentencia del 5 de agosto del 2008, párrafo 55.

idoneidad y formación o calificaciones jurídicas apropiadas”.¹⁰⁵ Continúa la autora señalando que su elección debe ser con los parámetros de objetividad y razonabilidad, así como que el proceso de elección debe ser asegurando la igualdad de oportunidades para el acceso al Poder Judicial. En tal sentido, la elección de los jueces debe realizarse con base en los méritos personales y capacidad profesional, a través de procedimientos estrictos y basados en criterios objetivos, que tomen en cuenta la singularidad y especificidad de sus funciones.¹⁰⁶

También señala Elizabeth Cristina Blanco, que la Corte se ha pronunciado respecto a que los jueces deben tener la inamovilidad en el cargo, esto se debe entender “1) La ley deberá garantizar la permanencia de los jueces por los periodos establecidos o hasta que se cumpla la edad de jubilación forzosa, 2) El sistema de ascenso deberá basarse en factores objetivos, tales como capacidad profesional, la integridad y la experiencia, 3) La separación o suspensión de jueces solo podrá realizarse por incapacidad o comportamiento que los inhabilite para seguir desempeñando sus funciones, dicho procedimiento deberá estar acorde con las normas de comportamiento judicial establecidas”.¹⁰⁷

Con los criterios señalados por la Corte Interamericana en sus estándares debemos hacer una breve descripción de cómo se han desarrollado e implementado en el sistema jurídico interno. El sistema de elección debe estar libre de decisiones políticas y deben ser imperantes cuestiones de índole de idoneidad ética y técnico jurídico. Por ejemplo, en el Ecuador existían diversas administraciones de justicia hasta antes de 1998, como eran la ordinaria, la policial y la militar, las dos últimas eran elegidos

105 Elizabeth Salmón Cristina Blanco, *ibidem*, 99. La autora hace referencia a la sentencia de la Corte IDH. Caso Reveron Trujillo vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparación y Costas. Sentencia del 30 de junio de 2009, párrafo 71.

106 *Ibidem*, 99.

107 *Ibidem*, 99. La autora hace referencia a la sentencia de la Corte IDH. *Ibidem* párrafos 75,76 y 77.

por recomendación de los Comandantes de las Fuerzas para que ocupen su calidad de jueces de instrucción, pero el juez que decidía era el Comandante de la Brigada que resultaba ser siempre el oficial de más alto rango en el grado de general. Las cortes estaban conformadas por miembros que eran antiguos generales con estudios en la carrera de Derecho y un miembro civil designado por la Corte Suprema de Justicia. Esta situación, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, presentó como un gran problema para la violación del Derecho a la tutela efectiva y debido proceso de los arts. 1 y 8.1. especialmente a la independencia e imparcialidad¹⁰⁸ de los jueces, por ello se condenó a varios Estados y eso ha generado la cosa juzgada fraudulenta.¹⁰⁹ Por ese motivo en el Ecuador se produjo la unificación de las jurisdicciones recién a partir de 2008, a pesar de que esto estaba ordenado en la Constitución de 1998. Entendemos que hubo la decisión política de hacerlo y no seguir con estas jurisdicciones especiales que provocaban la responsabilidad del Estado por el incumplimiento de la Convención Americana de Derecho Humanos.

Además, en el Ecuador, a los jueces de la Corte Suprema, es decir de la justicia ordinaria, antes se los elegía por medio de la Asamblea o Congreso, sin ningún concurso de méritos y oposición. Por ese motivo con la crisis de la conformación de la Corte Suprema del año 2004, y después de haber quedado sin jueces de la Corte Suprema de Justicia por más de 9 meses, los jueces

108 CF. Corte IDH, Caso Cantoral Huamaní y García Santa Cruz vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 10 de julio de 2007, párrafo 133.

109 Elizabeth Salmón Cristina Blanco, *ibídem*, 108, 109. Cf. Corte IDH. Caso Carpio Nicolle y otros vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 22 de noviembre de 2004, párrafos 131, 132, 135. Figura de la cosa juzgada fraudulenta que fue acogida por la Corte de la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales como son el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Estatuto del Tribunal Internacional para Ruanda art. 9 y del Estatuto del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia art. 10.

fueron seleccionados en el año 2005, por una Comisión independiente de los partidos políticos.

La Constitución del año 1998 conformó un sistema de selección de tres vertientes: de la docencia, de la carrera judicial y del libre ejercicio, luego sería la propia Corte Suprema con el sistema de la cooptación (que los propios jueces elegirían si existían vacantes) y además no se preveía un tiempo de terminación de sus funciones. Con ello se buscó la liberación de los jueces del origen de su nombramiento y se les entregaba seguridad y estabilidad en el ejercicio de sus funciones.

1. La Constitución de Montecristi reorganizó la fórmula de elección cuando sometió su origen de designación al Consejo de la Judicatura como órgano administrativo con dicha competencia dentro de un proceso de méritos y oposición. Así mismo se sometió al control disciplinario administrativo de este simple órgano a los jueces en todos los niveles. Esto en cumplimiento de los principios básicos determinados por la Corte Interamericana y que fueron mencionados en líneas anteriores.

2. En ese sentido, pensando en el deber ser, si el juez es liberado en su elección del subsistema político, sus decisiones deberán ser estrictamente apegadas al derecho que debe aplicar. Más no responderá en ninguna forma de dependencia a la autoridad que le eligió. Eso es una garantía que el ciudadano tiene de que sus derechos serán respetados y se cumplirá por parte del Estado como el primer deber de mantener la vigencia de los derechos de los ciudadanos.¹¹⁰

3. La independencia en el sentido interno en cuanto a la toma de decisiones hace que ni sus compañeros ni sus superiores de instancia y jurisdicción puedan intervenir e interferir, ya que esto solo se puede generar a través de los recursos¹¹¹ que se han crea-

110 Art. 1 de la CADH y art. 3 numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador.

111 Recursos de apelación, casación, revisión en materia penal. En materia civil, laboral, niñez y mercantil los recursos de apelación y casación y de

do para que las decisiones judiciales sean revisadas por sus superiores y que puedan ser ratificadas, modificadas o revocadas.

En este punto debemos describir qué ha sucedido en los últimos diez años en el Ecuador, cómo funciona dicha independencia, la ciudadanía ratificó el texto constitucional que señala que exista la independencia de funciones y el contrapeso entre ellas. Por eso la Función Judicial tiene la jurisdicción de juzgar cuestiones de familia, penales, civiles y administrativas y tributarias, así como de juzgar en fuero a las autoridades de las otras funciones del Estado (contrapeso).

La Corte Nacional de Justicia reemplazó a la Corte Suprema de Justicia, en la configuración de sus competencias, solamente pueden ejercer la jurisdicción, dejando la cuestión de índole administrativa a un órgano denominado Consejo de la Judicatura. Según el texto constitucional, la conformación de este ente administrativo responde a un sistema cerrado de elección (ternas enviadas por todas las funciones del Estado, inclusive de la Fiscalía y Defensoría Pública) y no a un concurso abierto de méritos y oposición.

La selección de jueces es un sistema abierto de meritocracia y oposición. El control administrativo sancionador está a cargo del Consejo de la Judicatura, con normas tipificadas en la ley de la materia.¹¹² El Consejo ha organizado administrativamente a los jueces en un sistema de unidades judiciales reemplazándolo por el sistema de un juez independiente hasta en lo físico. En lo procesal existe el ingreso de un sistema adversarial, que tiene el debido proceso como motor y un proceso acusatorio (en el campo penal). Se ha incrementado el proceso oral mediante audiencias públicas y contradictorias en otras materias no penales con la vigencia del Código Orgánico General de Procesos.

hecho. En materia tributaria y administrativa solo casación.

112 Código Orgánico de la Función Judicial.

Esta conformación y sistema de elección de los jueces, ha sido diseñado por la norma constitucional e implementado por el órgano administrativo. Al generar concursos públicos y participación el ciudadano puede impugnar a los participantes. En primera facie se entiende que no debe interferir el poder político en ninguna de sus fases, como es méritos, pruebas teóricas y prácticas, así como un curso de capacitación.

Este proceso según la decisión del Pleno de la Judicatura ha sido llevado a cabo por la Escuela Judicial, cuya sede está en la ciudad de Cuenca, con subsede en Quito. Con esta forma de elección, mediante concursos para el ingreso a la carrera judicial, se entiende que deben ser los mejores y los más capacitados, los que logran integrarse como servidores judiciales

Como sistema de evaluación se ha creado un sistema informático que tiene la finalidad de establecer formatos y resúmenes de las providencias y audiencias, lo que ha provocado que se pierda la idea de lo escrito y se concentre en las grabaciones y audios de dichas audiencias orales. Se vigila por este sistema cuántas resoluciones al día, al mes y al año ha producido. Lo que no se toma en cuenta es que el juez debe pasar en audiencias orales de juzgamiento y que su tiempo se reduce para realizar las sentencias. Además, últimamente el sistema informático se cierra a las 17:00 horas y no se puede presentar ningún escrito o recurso. Tampoco se puede presentar en cualquier judicatura sea de flagrancia de atención de 24:00 horas para suplir algún error de un ciudadano.

Este sistema de unidades judiciales ha creado coordinadores que se han convertido en personas que administran las actividades de los funcionarios del sistema de justicia, desde entregarles papel hasta permisos personales.

Ahora bien, en cuanto a la coordinación, el Presidente de la Republica,¹¹³ en forma adecuada ha establecido la coordinación

113 El presente estudio está en ámbito del periodo presidencial del economista Rafael Vicente Correa Delgado, desde 2006 hasta el 2017.

que debe existir entre instituciones que conforman el Estado, con la finalidad de que no exista un desorden administrativo (cada institución tiene su competencia que la considera propia y no quiere perder ese poder) con ello ponen orden en los organismos públicos, coordinan sus competencias y su actuación siendo eficiente y eficaz, logrando con ello una optimización de recursos tanto humanos como económicos y evitando el desperdicio de los mismos, así como la sobreposición de competencias o funciones. En el caso de la Función Judicial, existe la Mesa de Justicia,¹¹⁴ se ha logrado que los recursos del Ministerio del Interior que tiene la competencia de la Policía, (que debería estar solo en la mesa de Seguridad ya que no pertenece al sistema justicia), sea más eficiente en la investigación del delito, en la aprehensión de los delincuentes, no en todos, y mejorando en la seguridad como prevención de la violencia social y delincuencia.

El subsistema carcelario cuya competencia la tiene el Ministerio de Justicia, colabora en forma adecuada con el traslado de los detenidos a las audiencias. La creación de las unidades de flagrancia es un logro de eficiencia, pero con la creación de instituciones procesales¹¹⁵ que responden a la política pública de seguridad ciudadana han distorsionado este logro. La Función Judicial con la actuación de sus jueces ha logrado una mejora en la eficiencia, en despacho de los procesos bajo su decisión, pero han sacrificado la calidad por la cantidad, buscando la tan

114 Esta conformada por el presidente del Consejo de la Judicatura, el Ministro de Justicia, el Defensor Público, el Fiscal General del Estado. Y también el Ministro del Interior.

115 La creación de los procedimientos especiales como el abreviado, el directo y el acortamiento de la instrucción a 30 en los delitos flagrantes, determinados en el Código Orgánico Integral Penal, hay provocado la afectación del derecho a la defensa y se ha logrado que el sistema sea eficiente, pero violentando garantías procesales, por eso existen 36.000 detenidos 12.000 sin sentencia y 24.000 con sentencia.

deseada eficiencia y que se tiene como fin el derecho a la tutela judicial efectiva.¹¹⁶

3. La independencia y la injerencia en la Función Judicial

Una vez descrita en forma breve la Función Judicial, debemos hacer una valoración y hacernos una pregunta ¿Si existió injerencia, de que clase y sus formas? En *prima facie* no debe existir ninguna injerencia entre funciones del Estado tomando en cuenta que se trata de un Estado democrático y por lo mismo la independencia es un fundamento de dicha forma de gobierno.

Pero qué ha sucedido en la realidad en estos últimos diez años con la Función Judicial y con la administración de justicia. En la siguiente parte señalaremos en forma breve cuáles ha sido esos problemas de la Función Judicial.

En cuanto a la independencia debemos contextualizar con los temas descritos en este artículo, esto es, la coordinación y la injerencia para poder explicar y valorar de mejor manera.

Así tenemos, en referencia a la independencia externa, existió o no la injerencia, se puede afirmar que esta tuvo su origen en las decisiones políticas que se reflejan en la Constitución discutida y aprobada el 20 de octubre de 2008 mediante referéndum. Por ese motivo el Código Orgánico de la Función Judicial organizó y desarrolló lo previsto en la normativa constitucional.

Se estructuró la Función Judicial sometida a un Consejo de la Judicatura: en primer lugar, en la forma de elección y nombramientos de los jueces, y en segundo lugar en la forma de someterlos a través del control disciplinario administrativo persecutorio coactivo y no preventivo.

Por qué se afirma los dos puntos anteriores. La independencia se ve afectada por una decisión política desde la elaboración de la propia norma constitucional al degradarle la jerarquía de Corte

116 Art. 75 de la Constitución de la Republica del Ecuador.

Suprema a Corte Nacional, parecería una cuestión solo semántica, pero es de contenido.

En primer lugar, es un sin sentido que jueces electorales que solo conocen la materia electoral sean nombrados por el Consejo de Participación Ciudadana, y jueces que conocen la justicia ordinaria, esto es materias como la civil, mercantil, niñez, familia, penal, tributario, sean jerárquicamente inferiores en su forma de elección y control. Ya que los jueces electorales rinden cuentas y pueden ser sometidos a juicio político por la Asamblea Nacional. Los jueces nacionales solo ante el Consejo de la Judicatura.

En segundo lugar, por su forma de elección, lo hace un Consejo de la Judicatura, que en la actualidad responde a un sistema cerrado de elección (ternas enviadas por todas las funciones del Estado, incluso de la Fiscalía), que en último término responde a las decisiones de estas funciones y por qué no del Presidente de la República. Que este concurso de méritos y oposición en las dos elecciones que se han realizado se ha notado la injerencia de intereses políticos en las elecciones de los jueces.

Cuando se han realizado los concursos para ocupar los cargos de jueces nacionales se puede mencionar un criterio objetivo, que a pesar que no tiene connotación política, algunos de los ganadores para esa dignidad han sido cercanos al Presidente del Consejo de la Judicatura, o sus vocales o su Director Ejecutivo, sea porque ocuparon cargos de asesoría, coordinación de control disciplinario o delegaciones provinciales, que hace que la independencia siga afectada por la injerencia en cuanto a su origen, ya que es cuestionable la utilización de la herramienta de un concurso público para legitimar su elección y poner en duda dichos mecanismos que deben ser estrictos como requieren los principios básicos de la Corte IDH.

Por qué se sostiene que es cuestionable; porque si se parte del psicoanálisis de Freud, podemos decir que siempre el ser humano responde a la necesidad de la autoridad, por el complejo de Edipo, por ese motivo es que los miembros que han sido cer-

Palabra

canos a una autoridad responderán a los intereses de quien les ayudó a llegar a su cargo pues tendrá una deuda con ella.

En tercer lugar, un órgano de elección no puede demostrar su poder sobre los jueces en el momento de pronunciar sentencias que han afectado al Estado, y sin embargo han sido sometidos a sumarios administrativos y destituidos,¹¹⁷ a través de una figura jurídica que es el error inexcusable, ésta debería ser prejudicial, ya que los jueces superiores deberían declararlo en sentencia para que se inicie el procedimiento administrativo, lo que no sucede en la actualidad, sino que un funcionario administrativo de tercer orden investiga sin mucha formación académica a jueces e invade temas de jurisdicción con temas administrativos, que está prohibido. Se incumple con un estándar internacional que la separación deberá ser única y exclusivamente por un debido proceso y con las infracciones administrativas previstas en la ley y no por motivaciones de índole subjetivo.

En cuarto lugar, existe afectación a la independencia externa indirecta cuando en pretexto de la coordinación con los otros miembros de la mesa de Justicia, ha existido un control indirecto de miembros de los ministerios de Justicia y del Interior. Éste control lo realizan en las audiencias orales y en los procesos cuyas decisiones les interesa. Si éstas les afecta informan las actuaciones de jueces, fiscales y defensores públicos, para que el Consejo de la Judicatura actúe en forma prolija suspendiendo o sancionando a los jueces y reemplazándolos por quienes están en el banco de elegibles. Esto ha sido verificado por quienes ejercemos la profesión y debemos asistir a las audiencias bajo estas formas de presión y que provoca preocupación en los fun-

117 Jueces nacionales como los doctores José Suing y Gustavo Durango, por pronunciar una sentencia en contra del Servicio Rentas Internas, fueron destituidos en 90 días, en forma sorprendente ya que los procedimientos administrativos sancionatorios no se sustancian con tanta celeridad. Así hay otros casos de jueces que han sido suspendidos en sus actividades y de testimonios de jueces que reciben llamadas o visitas directas de funcionarios del Consejo de la Judicatura, de la Presidencia y de los Ministerios.

cionarios de la Función Judicial al no tener la libertad de decidir sobre los hechos y la ley.

En quinto lugar, también existe injerencia cuando en los procesos en que el Estado tiene la calidad de actor o demandado, los jueces de todos los niveles han decidido en favor del Estado. Esto ha ocurrido en las acciones de protección, casi todas las decisiones en los últimos diez años han sido desestimando las acciones por cuanto se sostiene que son cuestiones de mera legalidad y que no existe violación de derechos. Por ejemplo, el caso de las aspersiones o fumigaciones de Colombia en la frontera en donde se considera existió la acción de omisión por parte del Estado frente a esta agresión, entre otros muchos casos. Las decisiones de jueces en casos de interés negando habeas corpus para evitar que los detenidos recobren su libertad a pesar de existir todos los presupuestos para ello vía esta acción.

Con la creación de las unidades de flagrancia se ha conseguido agilidad en el procesamiento de que una persona no tenga que esperar una decisión judicial por varios días o meses sin fórmula de juicio, pero existe injerencia cuando en las audiencias de calificación o de formulación de cargos en que tiene interés el Estado estas han sido a altas horas de la noche y madrugada con la finalidad de que no exista un control social de las mismas. Además, estas unidades con los actos urgentes pueden solicitar órdenes de allanamiento, seguimiento, detención para investigación en horas de la noche o madrugada sorprendiendo y dejando en indefensión al ciudadano frente a casos que le interesa al Estado. Y todo esto en respuesta a la coordinación de la mesa de Justicia.

Por último, así mismo, hay injerencia cuando en los Tribunales de lo Contencioso Administrativo y Contencioso Tributario, como en las Salas de la Corte Nacional, existe en su gran mayoría jueces que tienen relación con los miembros del Consejo de la Judicatura y/o del gobierno de turno o también han sufrido sanciones mediante sumarios administrativos con destitución por error inexcusable, por afectar actos administrativos del pro-

pio Consejo de la Judicatura. Tomando en cuenta que les interesa que las decisiones en las cuales el Estado es actor o demandado sean a favor de esa persona jurídica, ya que en la lógica del fortalecimiento del Estado se ha abusado.

Con el estudio descriptivo de los hechos que se han realizado hemos podido constatar que esa injerencia provocó que el actual Presidente convoque a una consulta popular, el 2 de abril de 2018, para que se realice la despolitización de la Función Judicial, tomando en cuenta que el propio Consejo de la Judicatura elegido el año 2012 y que debió durar 6 años en funciones, estuvo conformado por dos exministros de Estado como el doctor Gustavo Jalkh y el Ab. Néstor Arbito, el primero también fue Secretario particular del Presidente de la República.

Así mismo, en dicha consulta se nombró un nuevo Consejo de Participación Ciudadana y Control Social de Transición, con la finalidad que evalúe y si es necesario cese en funciones anticipadamente a las autoridades designados por este organismo estatal en fechas anteriores.

Por ese motivo, el 15 de junio de 2018, este Consejo Transitorio cesó en funciones al Consejo de la Judicatura y en su reemplazo, el 20 de junio de 2018, se posesionaron y están en funciones.

Este organismo tendrá la competencia de evaluar a los jueces, fiscales y defensores públicos en todos los niveles, para proceder a ratificarlos o iniciar procesos administrativos para su separación de la carrera judicial, fiscal.

Podríamos decir que si se cumple con un trabajo técnico administrativo idóneo de evaluación existirá legitimidad en este proceso, pero si se convierte en un proceso de cambiar solo nombres no será adecuado y solo se habrá logrado como siempre “asaltar” la justicia para que sirva al poder de turno.

4. Conclusiones

4.1. Podemos sostener que la independencia de la Función Judicial es uno de los pilares en el que se asienta el Estado democrático tomando en cuenta la separación de funciones de este, para evitar la injerencia política en la toma de decisiones.

4.2. Así mismo, es importante la independencia que debe gozar la Función Judicial, la que debe ser tanto externa como interna. Siendo la primera la más afectada desde la designación de los miembros del Consejo de la Judicatura, tanto en la designación de los jueces nacionales como de otras instancias. Claro está que no son la totalidad.

4.3. La coordinación de las instituciones es importante para la eficiencia de los recursos humanos, económicos y de infraestructura.

4.4. Los problemas de injerencia no es solo de esta época que hemos analizado, sino que se han presentado en varios procesos de selección de los jueces de la Corte Suprema, hoy Corte Nacional, por ese motivo es que se han buscado procedimientos idóneos para poder cumplir con los estándares de la Corte Interamericana.

4.5. Si no tomamos en serio los procesos de selección de los jueces, su independencia e imparcialidad, afectará no solo a la Función Judicial sino a la propia estructura y existencia del Estado democrático, ya que la ciudadanía al ver que la justicia no es eficiente puede tomarse la misma por mano propia.

4.6. Hasta hoy sostengo que la independencia solo es declarativa, ya que existe una injerencia vía normativa y/o material en las decisiones de los jueces, por lo mismo no se ha obtenido un sistema que permita garantizar la vigencia de los derechos y peor aún mantener la paz, la solidaridad y la igualdad. Los fallos de los jueces deben ser la protección y desarrollo

Palabra

en busca de una justicia material para los ciudadanos con la participación democrática de los mismos.

4.7. Se debe pensar en una reforma constitucional para cumplir con los principios básicos de la Corte Interamericana. A pesar del esfuerzo que ha realizado el Ecuador a partir de 1998 no se logra la independencia.

4.8. El sistema de cooptación y que los jueces tengan una permanencia en el cargo hasta su jubilación forzosa a los 70 años, es una forma en que se puede ir logrando la idoneidad del juez con su experiencia y su capacidad técnica jurídica.

4.9. Así mismo que la Corte recupere el rango de Suprema y se deje de lado el criterio por parte del Consejo de la Judicatura cesado, de que el juez solo es un simple servidor público; siempre tiene esa condición, pero con otro nivel de responsabilidad frente a la propia sociedad. Así mismo, está expuesto al control social en forma permanente, sus decisiones pueden ser rechazadas por las partes y pueden correr peligro su propia vida y la de su familia.

La administración pública en el nuevo régimen constitucional

Ab. Santiago Machuca Lozano, M.Sc.¹¹⁸

machucalozanosantiago@gmail.com

Abstrac

El presente ensayo empieza realizando una síntesis del nuevo rol que desempeña la administración pública (o más propiamente dicho de los órganos que ejercen función administrativa) en el nuevo paradigma del Estado Constitucional de Derechos y Justicia, para posteriormente exponer la necesidad de crear las condiciones para que la administración se adecue al ordenamiento jurídico y para permitir que su actividad se someta al control judicial. Seguido de lo cual, y en el contexto de este nuevo paradigma constitucional, se explica el rol de los principios como ejes orientadores de la actividad de la administración pública. Para finalmente, analizar el Código Orgánico Administrativo a través de la explicación de su importancia, estructura, objetivos y su ámbito de aplicación, para determinar si efectivamente se permite la concreción de los objetivos antes señalados y la materialización de los derechos de las personas, pueblos y colectivos.

118 Ecuatoriano. Magíster en Derecho con mención en Derecho Constitucional por la Universidad Andina Simón Bolívar-Sede Ecuador. Especialista Superior en Derecho Administrativo por la Universidad Andina Simón Bolívar-Sede Ecuador. Abogado y Licenciado en Ciencias Políticas y Sociales por la Universidad de Cuenca. Docente titular auxiliar de la cátedra de Derecho Constitucional de la Universidad Central del Ecuador. Docente invitado de la Universidad Regional Autónoma de los Andes -UNIANDES- y de la Universidad Técnica de Ambato -UTA-. Docente contratado del Área de Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar-Sede Ecuador. Miembro Fundador del Instituto de Estudios de Derecho Administrativo y Social –IDEAS– con sede en la ciudad de Quito-Ecuador. Miembro del Foro Internacional de Jóvenes Administrativistas con sede en la ciudad de México DF-México.

Palabras clave: Administración, administrado, derechos, garantías, principios, ordenamiento, jurídico, Constitución.

Introducción

Este trabajo se circunscribe en el ámbito de las relaciones jurídicas entre los administrados y la administración pública. Es decir, a la relación jurídico administrativa que se produce de la interacción entre cualquier persona natural o persona jurídica con órganos y entidades estatales que ejercen función administrativa. Los administrados son las personas naturales o jurídicas sometidas a la decisión administrativa, es decir, los destinatarios de la decisión de la administración pública por ser titulares de un derecho reconocido en la norma jurídica o por tratarse de un asunto de interés general.¹¹⁹

Al referirnos a derechos y garantías de los administrados nos referiremos a los titulares de los derechos y garantías, es decir, a las personas, pueblos y colectivos que gozan de esos derechos y pueden exigir su materialización y reparación en el caso de que estos hayan sido vulnerados.

Con estos antecedentes hay que señalar que, este trabajo realiza breve explicación del nuevo rol de la administración pública en el Estado Constitucional de Derechos y Justicia, desde el análisis del porque la administración pública se convierte en un mecanismo idóneo para garantizar los derechos de las personas y desde el análisis de los elementos puedan encausar el accionar de la administración pública, para finalmente, realizar una breve referencia sobre la importancia de la promulgación del Código Orgánico Administrativo dentro de nuestro ordenamiento jurídico, haciendo una descripción sucinta a los derechos y principios que están reconocidos en dicho cuerpo normativo así como de su estructura y ámbito de aplicación.

119 Secaira, Patricio, Curso Breve de Derecho Administrativo (Quito, Editorial Universitaria, 2004), p. 159, 160.

1. La administración como mecanismo para garantizar los derechos de las personas

La administración pública está constituida por un conjunto de órganos e instituciones estructurados jerárquicamente, los cuales ejercen función administrativa y su actividad se dirige a la satisfacción de las necesidades colectivas y asuntos de interés público.¹²⁰

La función administrativa no es otra cosa que la acción o el ejercicio del gobierno para que el Estado pueda cumplir con sus objetivos esenciales de satisfacer necesidades colectivas y prestar servicios públicos que permitan garantizar y asegurar condiciones mínimas de supervivencia de la población; es decir, asegurar la materialización de los derechos de las personas, pueblos y colectivos que habitan el territorio del Estado.

Esta actividad no solo la realiza la Función Ejecutiva sino también otras funciones del Estado (como la Función Judicial y la Función Legislativa en la medida en que no se refiera a las funciones específicas que desempeñan como son la jurisdiccional y legislativa, respectivamente) y por los órganos que integran los gobiernos autónomos descentralizados.¹²¹

La acción o ejercicio de gobierno se muestra a través de múltiples formas como por ejemplo: - La organización y dirección de la estructura orgánica funcional de las instituciones que conforman el Estado, - la planificación y evaluación de la gestión de las actividades que desarrolla esta estructura institucional para garantizar el cumplimiento de objetivos puntuales, - la creación de mecanismos de control para regular las actividades públicas o privadas, -la aplicación de procedimientos administrativos san-

120 Moreno, Jorge, *Módulo de Derecho Administrativo I* (Cuenca, Universidad de Cuenca, 2014), p. 46-48.

121 *Ibíd.*, p. 51.

cionatorios, - la regulación vía reglamentación o expedición de otros actos normativos, etc.¹²²

Ahora bien, la idea de la administración como un mecanismo que permita garantizar los derechos de las personas surge con el paso del Estado Liberal a un Estado Social de Derecho, en donde la administración pública deja de circunscribirse únicamente en la idea de la organización del Estado y del ejercicio del poder y se centraliza en la satisfacción del interés general, tomando relevancia la materialización de condiciones básicas de supervivencia de la población como la educación, la seguridad, la seguridad social, la salud, la protección a un medio ambiente sano, etc.

En el Estado Constitucional de Derechos y Justicia, la administración no solo tendrá como objetivo la estructuración del Estado y la organización del ejercicio de la autoridad legítimamente constituida para la satisfacción de necesidades colectivas o el interés general de la población, si no que buscará que esa estructuración del Estado y el ejercicio de la autoridad coadyuven a la satisfacción y desarrollo de los derechos de las personas, pueblos y colectivos.

Por lo tanto, en el Estado Constitucional de Derechos y Justicia, las garantías se conciben como obligaciones estatales positivas (hacer) y negativas (no hacer), es decir, obligaciones de prestación para la protección y el desarrollo de los derechos, así como obligaciones de abstención o prohibición de intervención para evitar la lesión o el detrimento de un derecho. Justamente desde esa óptica se configuran tres tipos de garantías: Las garantías normativas, las garantías de políticas públicas y las garantías jurisdiccionales.

En este sentido, el Estado en su conjunto tiene la obligación de crear las condiciones que permitan el desarrollo, protección y acceso a los derechos de las personas, pueblos y colectivos, desde el cumplimiento de las funciones, atribuciones y competen-

122 Peña, Antonio, *La garantía en el Estado constitucional de Derecho* (Madrid, Editorial Trotta, 1997), p. 266-268.

cias que tenga cada órgano o autoridad del Estado.¹²³ Desde la administración pública o desde los órganos que ejercen función administrativa, según el ámbito de su competencias, se generaran los planes, programas y proyectos que tengan como finalidad la satisfacción de las necesidades básicas de subsistencia de la población, la satisfacción de los asuntos de interés general o la prestación de un servicio público, para lo cual se deberán seguir las siguientes disposiciones determinadas en la norma constitucional.¹²⁴

- La actuación del Estado en la formulación, ejecución y evaluación de las políticas públicas debe orientarse a la efectivización de los derechos.
- En la configuración de las políticas públicas se debe tener presente al principio de solidaridad.
- Sin perjuicio de la prevalencia del interés superior sobre el interés particular, cuando los efectos de una política pública amenacen con vulnerar derechos constitucionales esta debe reformularse.
- El presupuesto general del Estado debe distribuirse de manera equitativa y solidaria para el desarrollo de las políticas públicas y la prestación del servicio público.
- En la formulación, ejecución y evaluación se deberá garantizar la participación de la ciudadanía.

2. Elementos o mecanismos que encausan la actividad de la administración pública para precautelar los derechos de las personas, pueblos y colectivos.

Ahora bien, en la actualidad existen múltiples factores que han provocado la flexibilización y la ruptura de las relaciones entre

123 Constitución (Ecuador), 20 de octubre de 2008, RO. No. 449, Art. 11, No. 9.

124 Constitución (Ecuador), 20 de octubre de 2008, RO. No. 449, Art. 85.

los derechos de las personas y el accionar de la administración pública, por lo que surge la necesidad de crear una serie de mecanismos y elementos que encaucen el accionar de la administración pública para evitar que la misma pueda lesionar o restringir el ejercicio de los derechos de los administrados.

Estos mecanismos o elementos consisten por un lado en reafirmar el sometimiento de la administración pública a las disposiciones que integran el ordenamiento jurídico, reafirmar el sometimiento de la actividad que realiza la administración pública al control judicial y a la necesidad y utilidad de acudir a los principios que regulan a la actividad de la administración pública. En este sentido tenemos que manifestar que:

2.1 En lo que se refiere al sometimiento de la administración al ordenamiento jurídico.

La administración pública no puede realizar su actividad más allá de lo que dispone una norma legal, ya que solo la ley habilita a la administración pública para actuar en determinado sentido.¹²⁵ Es decir, la ley se convierte en un límite positivo y negativo, positivo porque determina el ámbito en donde la administración va a desempeñar su acción y las funciones que puede desarrollar, y negativo porque determina lo que la administración no puede hacer y los ámbitos en los que no puede entrar a desarrollar su actividad. Al respecto Antonio Manuel Peña Freire señala con claridad:

“(...) la ley, al habilitar al poder público para actuar marca sectores dentro de ese espacio total de libertad-individual-originaria donde el poder público podrá existir y actuar. Sin embargo, a la vez que este queda habilitado también se delimitan los límites de la libertad de los ciudadanos, de modo que cualquier actuación de la administración más allá de las habilitaciones legales no solo será una infracción al mandato legal

125 Peña, Antonio, La garantía en el Estado constitucional de Derecho (Madrid, Editorial Trotta, 1997), p. 273.

*sino también, y simultáneamente, una vulneración de los espacios de libertad y de los derechos de los individuos, pues supone una apropiación o sustracción de un ámbito que pertenece originariamente a éstos. (...)*¹²⁶

El sometimiento de la actividad de la administración pública al derecho (en sentido objetivo) se verifica a partir del cumplimiento de las habilitaciones legales, es decir, la administración pública solo podrá actuar cuando esté autorizada a través de la existencia de una norma legal que le faculte a hacerlo, en el sentido y con la amplitud que esta norma lo establezca. Por lo tanto, la validez de los actos de la administración pública estará supeditada y condicionada a la existencia de normas legales habilitantes, cuyo acatamiento por parte de la administración se constituye en garantía para impedir que los intereses particulares primen sobre los intereses generales y para evitar que la administración pública sea utilizada con fines clientelares y electorales.

Este sometimiento a la norma legal por parte de la administración pública, no se contrapone a la existencia del principio de autonomía instrumental de la administración, que le permite actuar en un ámbito de discrecionalidad en determinados casos y bajo determinadas condiciones, ya que dicho principio no supone la actuación de la administración al margen de la norma legal, toda vez que opera tras la habilitación legal y en los campos en los que la norma legal no regula de manera precisa determinada cuestión.¹²⁷

2.2. En cuanto al control judicial de la actividad que realiza la administración

Existen dos formas comunes de vulneración de los derechos de las personas, la una por la intervención de particulares que infringiendo los límites legales sobrepasan el ámbito de su ejercicio, y la otra, cuando la administración pública va más allá de la

¹²⁶ *Ibíd.*, p. 267

¹²⁷ *Ibíd.*, p. 274 y 275.

habilitación legal, justamente en este último caso, las garantías en la jurisdicción ordinaria corresponderían, al proceso contencioso administrativo al cual se acudiría para corregir las actuaciones de la administración pública.¹²⁸

En el control judicial de la actividad de la administración, la actuación del juez no se limita exclusivamente al control de legalidad de los actos que esta ejecuta (lo cual es, desde luego, el punto de partida), sino que apunta a la protección de los intereses y derechos de individuos y colectivos y a procurar la satisfacción de ciertos derechos como es el caso de los derechos sociales.

La anulación del acto de la administración no es suficiente para asegurar los fines asignados al control judicial de la administración, se hace necesario establecer medidas para que la actividad de la administración se adecue a lo que dispone el ordenamiento jurídico, pero al mismo tiempo para tutelar y reparar el derecho o los interés legítimos que han sido vulnerados.¹²⁹

En este sentido, el rol del juez en el proceso contencioso administrativo parte del control de legalidad de los actos de la administración, pero tiene necesariamente tutelar los derechos de las personas, pueblos y colectivos frente a la actividad del Estado, para corregir las actuaciones de administración, a través del establecimiento de medidas que a su vez aseguren la efectividad del fallo y posibiliten la real ejecución de la decisión judicial.

2.3 En cuanto a la necesidad y utilidad de acudir a los principios que regulan la actividad de la administración pública

Los principios son mandatos de optimización, es decir, ideas generales que pueden ser cumplidas en mayor o menor medida dependiendo del caso, pero que sirven de guía para el cumplimiento de un determinado fin. Ramiro Ávila Santamaría en

128 *Ibíd.*, p. 289-294.

129 *Ibíd.*

referencia a Robert Alexi manifiesta que el principio tiene las características de ambigüedad, generalidad y abstracción.¹³⁰

La *característica de ambigüedad* se refiere a que el principio es una idea rectora o un parámetro de orientación, ya que no da soluciones definitivas sino lineamientos para su comprensión, es decir, las soluciones podrán ser múltiples dependiendo del caso concreto y de la interpretación que se realice. La *característica de la generalidad*, en cambio, se refiere al hecho de que el principio es aplicable a todos los individuos y colectivos. En tanto que, la *característica de abstracción* se refiere a que el principio puede ser utilizado como parámetro de interpretación de una norma jurídica aplicada a una situación fáctica determinada.¹³¹

En la Constitución de la República podemos reconocer dos tipos de principios, los principios de aplicación de los derechos y los principios sustantivos. Los principios de aplicación de los derechos tienen como objetivo garantizar el cumplimiento y desarrollo de todos y cada uno de los derechos de las personas, pueblos y colectivos, estando principalmente reconocidos en el Artículo 11 de Constitución de la República¹³², en cambio, los principios sustantivos son ejes orientadores dentro de una temática específica, siendo parámetros de orientación para el cumplimiento de un determinado fin.

En materia administrativa, los principios sustantivos están determinados en el Artículo 227 de la Constitución de la República¹³³ y muchos de ellos están recogidos en el Código Orgánico Administrativo. La finalidad de los principios en materia administrativa radica en el carácter informador de todo el ordenamiento jurídico, ya que manifiestan su fuerza al momento de interpretar

130 Ávila, Ramiro, “Los principios de aplicación de los derechos”, en Ávila, Ramiro (ed), Constitución del 2008 en el contexto andino (Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008), p. 40.

131 *Ibíd.*

132 *Ibíd.*, p. 42.

133 Constitución (Ecuador), 20 de octubre de 2008, RO. No. 449, Art. 11

las normas aplicables a un caso concreto, a la hora de llenar vacíos en las normas y en la solución de posibles antinomias que se puedan encontrar. De esta manera los principios en materia administrativa cumplen con una triple función: Fundamento del ordenamiento jurídico, parámetro de interpretación del ordenamiento jurídico y factor que ayuda a la integración del ordenamiento jurídico.¹³⁴

Los principios en materia administrativa *son fundamento del ordenamiento* ya que se constituyen en la base sobre la cual se erigen y legitiman las normas legales.¹³⁵ Los principios contienen el desarrollo de valores y finalidades que constituyen el cimiento para la construcción de las normas legales.¹³⁶

De igual manera los principios en materia administrativa sirven como *parámetros de interpretación* del ordenamiento jurídico ya que ayudan al ejercicio hermenéutico de una norma legal para su aplicación en un caso concreto¹³⁷, los principios ayudan a la interpretación de normas oscuras o de significado dudoso de modo que entre los diversos sentidos de una disposición debe aplicarse aquel que se acomode con mayor eficacia al principio.¹³⁸

Y finalmente, los principios son un factor que ayuda a la *integración del ordenamiento*, en la medida que ayudan al intérprete a llenar o suplir los vacíos que se puedan encontrar en legislación, así como en la solución de antinomias.¹³⁹ La seguridad que debe

134 González, Jesús, *Manual de Procedimiento Administrativo*, (Madrid, Civitas Ediciones, 2002), p. 86

135 *Ibíd.*

136 Blanquer, David, *Derecho Administrativo 2.- Los sujetos, la actividad y los principios* (Valencia, Tirant Lo Blanch, 2010), p. 1228 y 1229.

137 González, *supra* n. 17, p. 87

138 Blanquer, *supra* n. 19, p. 1229

139 González, *supra* n. 17, p. 88

aportar una norma legal exige la negación de la existencia de vacíos ya que estos serán suplidos por los principios.¹⁴⁰

En los actuales momentos, ante la confusión que existe por parte de servidores públicos y administrados debido a la multiplicidad y dispersión de normas que regulan la actividad de la administración, los principios adquieren una vital relevancia ya que además actúan con un carácter de dirección del ordenamiento jurídico, estableciendo las pautas y guías necesarias para el normal desenvolvimiento de la administración en la tutela y materialización de los derechos de los administrados.¹⁴¹

3. Breve referencia al Código Orgánico Administrativo

3.1. Importancia de un Código Orgánico Administrativo en el ordenamiento jurídico ecuatoriano

Ahora bien, es necesario referirse a la importancia de la creación de un Código Orgánico Administrativo como norma rectora de la actividad de la administración, ya que sin duda la existencia de un marco normativo coadyuva a que la misma pueda cumplir con sus cometidos esenciales, y garantiza que las habilitaciones legales en las cuales se enmarcará la actividad de la administración estén previamente determinadas evitando posibles desviaciones y abusos de poder.

La promulgación de un Código Orgánico Administrativo se convierte en un hito histórico dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, ya que por primera vez se contaría con una norma legal con características generalidad y abstracción que regule:

1. Las relaciones de las personas (administrados) con la administración pública o con los órganos e instituciones del Estado que ejercen función administrativa.

140 Blanquer, supra n. 19, p. 1229

141 Blanquer, supra n. 19, p. 1235.

2. El régimen jurídico aplicable a las formas a través de las cuales la administración ejerce su actividad jurídica: Actos administrativos, hechos administrativos, actos de simple administración, actos normativos (reglamentos); y los contratos administrativos;
3. El procedimiento administrativo aplicable a los órganos y entidades que ejercen función administrativa (procedimiento administrativo ordinario y procedimientos administrativos especiales); y,
4. Otros aspectos relevantes del derecho administrativo, como los principios básicos para el ejercicio de la potestad sancionadora y su procedimiento, el procedimiento administrativo de ejecución coactiva y el régimen de la responsabilidad extracontractual del Estado, entre otros.

Anteriormente, ante la ausencia de un Código Orgánico Administrativo, el Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva –ERJAFE– suplía de manera relativa a esta norma legal, ya que si bien el ERJAFE es un referente para la regulación de la actividad jurídica de la administración pública y del procedimiento administrativo, su aplicación, eficacia y eficiencia era cuestionada en la práctica por las siguientes razones:

1. Por ser una norma que no tiene calidad ni jerarquía de norma legal, ya que, a pesar de ser considerada como un decreto ley, es decir una norma emanada de la Función Ejecutiva que tiene el mismo rango de una ley, en estricto sentido la naturaleza jurídica del ERJAFE se limita a ser un acto normativo expedido por un órgano que ejerce función administrativa (que en este caso es la Función Ejecutiva), es decir una norma distinta a una ley con una función meramente reglamentaria; y,
2. Por circunscribirse al ejercicio y desarrollo de las competencias de la Función Ejecutiva, discutiéndose si esta norma expedida por la Función Ejecutiva en donde se re-

gula parte de la estructura orgánica de dicha función del Estado, también es aplicable a otros órganos que ejercen función administrativa pero que están por fuera de la Función Ejecutiva.¹⁴²

En este sentido, la relevancia e importancia en el ordenamiento jurídico ecuatoriano de un Código Administrativo es indiscutible, ya que nos permitiría llenar una laguna dentro de nuestro ordenamiento y dotarle al Estado de una herramienta que le permita cumplir con el rol constitucional de máximo garante de los derechos de las personas, pueblos y colectivos, específicamente al ámbito de las relaciones jurídicas entre la administración pública y los administrados.

3.2 Sobre el objetivo y la estructura del Código Orgánico Administrativo

El Código Orgánico Administrativo reconoce que la finalidad de la administración pública es el servicio con “objetividad”¹⁴³ al interés general promoviendo y garantizando el real y efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales.

La estructura de este cuerpo normativo está compuesta por un ***libro preliminar*** que trata sobre las nociones básicas del Código como ámbitos de aplicación, principios rectores y reconoci-

142 Es necesario recordar que la administración pública no se limita exclusivamente al ámbito de la Función Ejecutiva, sino de todos los órganos y entidades que integran el Estado. El concepto de administración evoluciona de un sentido orgánico en donde se concibe a la administración como un órgano o entidad a un sentido funcional, es decir, a entender a la administración como una función que puede ser ejercida por un órgano con capacidad legal para hacerlo.

143 El término “objetividad” está reconocido en el Código Orgánico Administrativo, siendo impresionante la cantidad de conceptos jurídicos indeterminados que utiliza el legislador, los cuales no hacen otra cosa que provocar incertidumbre en la aplicación de la norma y generar interpretaciones que justifiquen las desviaciones en las que podría incurrir la administración pública.

miento de desarrollo de los derechos de los administrados; un *libro primero* que trata sobre las relaciones de las personas con la administración pública; un *libro segundo* que aborda el procedimiento administrativo ordinario; un *libro tercero* que regula los procedimientos administrativos especiales como el procedimiento administrativo sancionador –entre otros-; y finalmente el *libro cuarto* que regula el régimen de la responsabilidad extracontractual del Estado.

Justamente en el libro preliminar están contenidos los fundamentos básicos de la relación entre las personas (administrados) y la administración pública, entre los cuales se destacan el ámbito de aplicación del Código, los derechos de las personas frente a la administración y los principios que regulan a la administración pública. Estos temas se analizarán a continuación.

3.3. Ámbito de aplicación de las disposiciones legales contenidas en el Código Orgánico Administrativo

El ámbito de la aplicación del Código se lo divide en un ámbito material y en un ámbito subjetivo. El ámbito material comprende: 1. La relación jurídico administrativa entre las personas y las administraciones públicas. 2. La actividad jurídica de las administraciones públicas. 3. Las bases comunes a todo procedimiento administrativo. 4. El procedimiento administrativo. 5. La impugnación de los actos administrativos en vía administrativa. 6. La responsabilidad extracontractual del Estado. 7. Los procedimientos administrativos especiales para el ejercicio de la potestad sancionadora. 8. La impugnación de los procedimientos disciplinarios salvo aquellos que estén regulados bajo su propia normativa y apliquen subsidiariamente este Código. 9. La ejecución coactiva.¹⁴⁴ En tanto que, el ámbito subjetivo se refiere a que:

“(...) El (...) Código es de aplicación a los órganos y entidades que integran el sector público, de conformi-

144 Código Orgánico Administrativo (COA) (Ecuador), 7 de julio de 2017, R.O.S Sup. No. 31, Art. 42.

*dad con la Constitución. En el caso de empresas públicas, se aplicarán las disposiciones de este Código en lo que no afecte a las normas especiales que las rigen. Cuando en este Código se hace referencia a los términos administración o administraciones públicas se identifica a los órganos y entidades públicos comprendidos en su ámbito de aplicación. Cuando en este Código se utiliza el término persona, además de referirse a las personas naturales, nacionales o extranjeras, se emplea para identificar a las personas jurídicas, públicas o privadas y a aquellos entes que, aunque carentes de personalidad jurídica, el ordenamiento jurídico les otorga derechos y obligaciones con respecto a la administración, tales como, comunidades de personas o bienes, herencias yacentes, unidades económicas o patrimonios (...)*¹⁴⁵

*3.4. Los derechos reconocidos y desarrollados en el Código Orgánico Administrativo.*¹⁴⁶

En lo que se refiere a los derechos de las personas frente a la administración pública, el Código reconoce y desarrolla programáticamente los derechos constitucionales a la buena administración, el derecho de petición, el derecho al debido procedimiento administrativo y el derecho al acceso a los servicios públicos de calidad. El derecho fundamental a la buena administración se concreta en el sometimiento estricto de la administración al ordenamiento jurídico en la aplicación de la Constitución, tratados internacionales y la ley.

El derecho de petición, es concebido como la facultad que tienen las personas a formular peticiones, individual o colectivamente, ante las administraciones públicas y a recibir respuestas motivadas, de forma oportuna; mientras que el derecho al acceso a

145 Código Orgánico Administrativo (COA) (Ecuador), 7 de julio de 2017, R.O.S Sup. No. 31, Art. 43-47.

146 Código Orgánico Administrativo (COA) (Ecuador), 7 de julio de 2017, R.O.S Sup. No. 31, Art. 31-37.

servicio públicos de calidad es concebido como la posibilidad de acceder a los servicios públicos, conocer en detalle los términos de su prestación y formular reclamaciones sobre esta materia.

Sobre el derecho al debido procedimiento administrativo es destacable que en el Código se haga una referencia al debido procedimiento administrativo, sin embargo dicha referencia es insuficiente pues no se especifica o desarrolla este derecho desde las garantías derivadas del derecho al debido proceso reconocido en el Artículo 76 de la Constitución de la República, pero que en el caso del procedimiento administrativo tendrán características especiales como, por ejemplo, el hecho de no tener que presentar documentos con los que se justifique requisitos materiales o requisitos formales, cuando no estén exigidos en una norma, o cuando ya se encuentren en poder de la administración o en cualquier otro registro público.

De igual manera, en el Código se reconoce como derechos “la remoción de los obstáculos en el ejercicio de los derechos”, “restricciones sobre requisitos formales” y “interés general y promoción de los derechos constitucionales”. Al respecto hay que manifestar que estos no son en estricto sentido facultades y cualidades propias del ser humano, si no principios de aplicación de los derechos derivados de los principios que están contenidos en el Artículo 11 de la norma constitucional.

3.5. Los principios reconocidos y desarrollados en el Código Orgánico Administrativo

Ahora bien, en lo que se refiere a los principios, el texto legal les otorga una real relevancia en la medida que establece que los servidores públicos en ejercicio de la potestad administrativa deben interpretar y aplicar las disposiciones que regulan las actuaciones y procedimientos administrativos a la luz de los principios previstos en la Constitución y en el Código. El Código divide a los principios en cuatro clases: Los principios generales que regulan la actividad de la administración, los principios que regulan la relación entre las personas y la administración

pública, los principios que regulan la relación entre las administraciones públicas y los principios que regulan el procedimiento administrativo.

3.5.1. *Principios generales que regulan la actividad de la administración*¹⁴⁷

La primera clase de principios que reconoce el Código son los principios generales que regulan la actividad de la administración, estos principios están enumerados en el Artículo 227 de la Constitución de la República, sin embargo la norma legal los desarrolla de manera más detenida.

La disposición constitucional antes mencionada señala lo siguiente: “(...) *La administración pública constituye un servicio a la colectividad que se rige por los principios de eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, planificación, transparencia y evaluación.* (...)”.

En este sentido, cada uno de los principios reconocidos por la norma constitucional es desarrollado por el Código Orgánico Administrativo, indicando su contenido y los lineamientos que deben seguirse por el mismo:

- ◇ El ***principio de eficacia***, se lo concibe en el sentido de que las actuaciones administrativas se deben realizar en función del cumplimiento de los fines previstos para cada órgano o entidad pública, en el ámbito de sus competencias.
- ◇ El ***principio de eficiencia***, se lo entiende en el sentido que las actuaciones administrativas aplicaran las medidas que faciliten el ejercicio de los derechos de las personas prohibiéndose los retardos injustificados y la exigencia de requisitos puramente formales.

147 Código Orgánico Administrativo (COA) (Ecuador), 7 de julio de 2017, R.O.S Sup. No. 31, Art. 2-17.

- ◇ El ***principio de calidad*** se lo concibe en el hecho de que las administraciones públicas deben satisfacer oportuna y adecuadamente las necesidades y expectativas de las personas, con criterios de objetividad y eficiencia, en el uso de los recursos públicos.
- ◇ El ***principio de jerarquía*** señala que los organismos que conforman el Estado se estructuran y organizan de manera escalonada, siendo los órganos superiores dirigen y controlan la labor de sus subordinados y resuelven los conflictos entre los mismos.
- ◇ El ***principio de desconcentración*** señala que la función administrativa se desarrolla bajo el criterio de distribución objetiva de funciones, privilegia la delegación de la repartición de funciones entre los órganos de una misma administración pública, para descongestionar y acercar las administraciones a las personas.
- ◇ El ***principio de descentralización*** reafirma que los organismos del Estado propenden a la instauración de la división objetiva de funciones y la división subjetiva de órganos, entre las diferentes administraciones públicas.
- ◇ El ***principio de coordinación*** indica que las administraciones públicas desarrollan sus competencias de forma racional y ordenada evitando las duplicidades y las omisiones.
- ◇ El ***principio de participación*** se entiende como el hecho de que las personas deben estar presentes e influir en las cuestiones de interés general a través de los mecanismos previstos en el ordenamiento jurídico.
- ◇ El ***principio de planificación*** establece que las actuaciones administrativas se llevan a cabo sobre la base de la definición de objetivos, ordenación de recursos, determinación de métodos y mecanismos de organización.

- ◇ El *principio de transparencia* en cambio señala que las personas accederán a la información pública y de interés general, a los registros, expedientes y archivos administrativos, en la forma prevista en el Código y la ley.
- ◇ El *principio de evaluación* establece que las administraciones públicas deben crear y propiciar canales permanentes de evaluación de la satisfacción de las personas frente al servicio público recibido.
- ◇ El *principio de juridicidad* establece que la actuación administrativa se somete a la Constitución, a los instrumentos internacionales, a la ley, a los principios, a la jurisprudencia aplicable y al Código, siendo limitada la potestad discrecional dentro de los límites del ordenamiento jurídico.
- ◇ El *principio de responsabilidad* señala que el Estado responderá por los daños como consecuencia de la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos o las acciones u omisiones de sus servidores públicos o los sujetos de derecho privado que actúan en ejercicio de una potestad pública por delegación del Estado y sus dependientes, controlados o contratistas.
- ◇ El *principio de proporcionalidad* establece que las decisiones administrativas se adecuan al fin previsto en el ordenamiento jurídico y se adoptan en un marco del justo equilibrio entre los diferentes intereses.
- ◇ El *principio de buena fe* establece que se presume que los servidores públicos y las personas mantienen un comportamiento legal y adecuado en el ejercicio de sus competencias, derechos y deberes.

3.5.2. *Los principios que regulan la relación entre las personas y la administración pública.*¹⁴⁸

Estos principios están concebidos en el Código Orgánico Administrativo para regular la relación entre los administrados y los órganos que ejercen función administrativa, en dicha medida son ejes orientadores que permiten a la administración pública cumplir con sus cometidos esenciales. Entre estos tenemos:

- ◇ **Principio de interdicción de la arbitrariedad**, quiere decir que los organismos que conforman el sector público, deberán emitir sus actos conforme al principio de juridicidad y no podrán realizar interpretaciones arbitrarias. Así mismo que el ejercicio de las potestades discrecionales deberán observar los derechos individuales, el deber de motivación y la debida razonabilidad.
- ◇ **Principio de imparcialidad e independencia**, quiere decir que los servidores públicos evitaren resolver por afectos o desafectos que supongan un conflicto de intereses o generen actuaciones incompatibles con el interés general.
- ◇ **Principio de control**, significa que los órganos que conforman el sector público y entidades públicas competentes velaran por el respeto del principio de juridicidad, sin que esta actividad implique afectación o menoscabo en el ejercicio de las competencias asignadas a los órganos y entidades a cargo de los asuntos sometidos a control. Los órganos y entidades públicas, con competencias de control, no podrán sustituir a aquellos sometidos a dicho control, en el ejercicio de las competencias a su cargo.
- ◇ **Principio de ética y probidad**, significa que los servidores públicos, así como las personas que se relacionan con las administraciones públicas, actuaran con rectitud, lealtad y honestidad. En las administraciones públicas se

148 Código Orgánico Administrativo (COA) (Ecuador), 7 de julio de 2017, R.O.S Sup. No. 31, Art. 18-23.

promoverá la misión de servicio, probidad, honradez, integridad, imparcialidad, buena fe, confianza mutua, solidaridad, transparencia, dedicación al trabajo, en el marco de los más altos estándares profesionales; el respeto a las personas, la diligencia y la primacía del interés general, sobre el particular.

- ◇ **Principios de seguridad jurídica y confianza legítima**, según la conceptualización que realiza el texto de la norma quiere decir que las administraciones públicas actúen bajo los criterios de certeza y previsibilidad. La actuación administrativa será respetuosa con las expectativas que razonablemente haya generado la propia administración pública en el pasado. La aplicación del principio de confianza legítima no impide que las administraciones puedan cambiar, de forma motivada, la política o el criterio que emplearan en el futuro. Los derechos de las personas no se afectarán por errores u omisiones de los servidores públicos en los procedimientos administrativos, salvo que el error u omisión haya sido inducido por culpa grave o dolo de la persona interesada.
- ◇ **Principio de racionalidad**, significa que la decisión de las administraciones públicas debe estar motivada.

*3.5.3. Principios que regulan la relación entre las administraciones públicas.*¹⁴⁹

De acuerdo con el Artículo 43 del Código Orgánico Administrativo por administraciones públicas o administración se entenderá “a los órganos y entidades públicos comprendidos en su ámbito de aplicación”, sin embargo esta expresión deja más dudas que certezas respecto a que se refiere cuando se habla de “relaciones entre administraciones públicas”, puesto que no se sabe a ciencia cierta si se refiere a la relación entre los distintos

149 Código Orgánico Administrativo (COA) (Ecuador), 7 de julio de 2017, R.O.S Sup. No. 31, Art. 25-28.

órganos que ejercen función administrativa e integran el Estado en su conjunto o a la relación entre los órganos que ejercen función administrativa del Estado Central con los órganos que ejercen función administrativa del régimen autónomo descentralizado o las distintas clases de administración de acuerdo con las potestades administrativas que se ejercen. Entre los principios que regulan la relación entre administraciones públicas en el Código tenemos:

- ◇ **Principio de lealtad institucional**, por este principio se señala que las administraciones públicas respetaran, entre sí, el ejercicio legítimo de las competencias y ponderaran los intereses públicos implicados. Las administraciones facilitarán a otras, la información que precise sobre la actividad que desarrollen en el ejercicio de sus propias competencias.
- ◇ **Principio de corresponsabilidad y complementariedad**, por este principio se señala que todas las administraciones tienen responsabilidad compartida y gestionarán de manera complementaria, en el marco de sus propias competencias, las actuaciones necesarias para hacer efectivo el goce y ejercicio de derechos de las personas y el cumplimiento de los objetivos del buen vivir.
- ◇ **Principio de subsidiariedad**, por este principio se señala que las administraciones de nivel territorial superior intervendrán cuando los objetivos de la actuación pretendida no puedan ser alcanzados en los niveles inferiores, con arreglo a los principios de eficacia, eficiencia, efectividad y economía. Cuando ejerzan competencias concurrentes sobre la misma materia, actuará la administración pública más cercana al domicilio de las personas. En caso de falta temporal de la administración pública competente, le corresponde la actuación a la de nivel superior en territorio. En caso de ser necesario se aplicará el Artículo 3 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización.

- ◇ **Principio de colaboración**, por este principio se señala que las administraciones trabajaran de manera coordinada, complementaria y prestándose auxilio mutuo. Acordaran mecanismos de coordinación para la gestión de sus competencias y el uso eficiente de los recursos. Las administraciones podrán colaborar para aquellas ejecuciones de sus actos que deban realizarse fuera de sus respectivos ámbitos territoriales de competencia.

3.5.4. Principios que regulan el procedimiento administrativo.¹⁵⁰

De acuerdo con Agustín Gordillo, el procedimiento administrativo es la serie de actos en que se desenvuelve la actividad administrativa, es decir, la secuencia de actos destinados a llegar al dictado de un acto administrativo o a la declaración efectuada en ejercicio de la función administrativa.¹⁵¹

En este sentido el Código Orgánico Administrativo regula dos tipos de procedimientos administrativos: El procedimiento general y los procedimientos especiales (libro dos y tres del Código). En este sentido tenemos que el Código en relación a estos principios manifiesta que:

- ◇ **Principio de tipicidad**, este principio se lo concibe como el hecho de que las son infracciones administrativas las acciones u omisiones previstas en la ley. A cada infracción administrativa le corresponde una sanción administrativa. Las normas que prevén infracciones y sanciones no son susceptibles de aplicación analógica, tampoco de interpretación extensiva.
- ◇ **Principio de irretroactividad**, este principio se lo concibe como que los hechos que constituyan infracción administrativa serán sancionados de conformidad con

150 Código Orgánico Administrativo (COA) (Ecuador), 7 de julio de 2017, R.O.S Sup. No. 31, Art. 29 y 30.

151 Gordillo, Agustín, *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*, (Buenos Aires, F.D.A., 2016)

lo previsto en las disposiciones vigentes en el momento de producirse. Las disposiciones sancionadoras producen efecto retroactivo en cuanto favorezcan al presunto infractor.

4. Conclusiones

Como aspectos positivos en el reconocimiento de principios podemos manifestar que es relevante que el reconocimiento del principio de juridicidad no se limite al tradicional concepto del sometimiento de la administración pública a la ley, sino que se lo amplíe al sometimiento al ordenamiento jurídico integrado por la Constitución, los tratados e instrumentos internacionales, la ley, los actos normativos y la jurisprudencia.

Sin embargo, la conceptualización que se hace de otros principios en una y otra clasificación presenta una serie de inconsistencias y digresiones, las cuales es necesario puntualizarlas en relación con el contenido del texto legal:

1. Se reconoce el principio a la seguridad jurídica y a la confianza legítima, los cuales generan dos inquietudes: La primera, que la seguridad jurídica no es un principio sino un derecho que está reconocido en el Artículo 82 de la Constitución de la República.¹⁵² La segunda es, que en la forma como está redactado el principio de la confianza legítima, se entendería como el reconocimiento de una presunción de infalibilidad a favor de la administración pública, en el sentido que se podría presumir el hecho de que la administración nunca se equivoca y por lo mismo no podría cambiar de criterio en su accionar salvo una adecuada motivación y en casos excepcionales.
2. La confianza legítima es un principio a favor del administrado, recogido por la doctrina y jurisprudencia española, por el cual, cuando la administración genera una apariencia, confiado en ella, un ciudadano actúa de buena fe y

¹⁵² Constitución (Ecuador), 20 de octubre de 2008, RO. No. 449, Art. 82

ajusta su conducta a esa apariencia, pesa sobre la administración la obligación de no defraudar esa confianza y estar a las consecuencias de la apariencia por ella creada.¹⁵³

3. Se reconoce el principio de razonabilidad que, en la forma como está concebido, se confunde con el derecho al debido procedimiento administrativo en la garantía de la motivación y con el principio de progresividad de los derechos reconocidos en los numerales 4, 5 y 8 del Artículo 11 de la Constitución de la República. De igual manera, en parte se confunde con la facultad discrecional de la administración o con el principio de autonomía instrumental de la administración que fue tratado en líneas anteriores.
4. La inclusión del principio de buena fe de la administración es uno de los aspectos más controversiales que se ha incluido en el texto de la ley, ya que por el mismo, se presume que el comportamiento de los servidores públicos es legal y adecuado, es decir se impone nuevamente el criterio de que la administración y el servicio público son infalibles y nunca se equivocan. De igual manera, el reconocimiento de este principio revertiría la carga de la prueba en contra del administrado, ya que este deberá probar la mala fe o la actitud dolosa o culposa del servidor público, yéndose en contra de las disposiciones a las cuales se someten las garantías jurisdiccionales de protección de derechos reconocidas en el Artículo 86 de la Constitución de la República.¹⁵⁴
5. Es errónea la definición del principio de descentralización, por cuanto este principio consiste en la posibilidad de la transferencia de competencias entre distintos niveles

153 Blanquer, *supra* n. 19, p., p. 1282-1292.

154 “(...). Se presumirán ciertos los fundamentos alegados por la persona accionante cuando la entidad pública requerida no demuestre lo contrario o no suministre información. (...)” (El resaltado me pertenece).

de gobierno, específicamente desde el gobierno central a los gobiernos autónomos descentralizados.

6. En lo que se refiere a los principios que regulan las relaciones entre las administraciones públicas, no se considera el principio de la competencia, el cual, incluso, contribuiría a la solución de conflictos producidos entre el cruce de funciones y atribuciones que se podrían presentar en la relación de órganos que ejercen función administrativa del Estado Central con los órganos que ejercen función administrativa de los gobiernos autónomos descentralizados. La competencia es la medida o el ámbito dentro del cual un órgano ejerce su actividad. Los conflictos de competencia se producen cuando dos órganos que ejercen función administrativa quieren conocer un asunto determinado (conflicto positivo) o cuando ninguno quiere conocerlo (conflicto negativo). La aplicación del principio de competencia permite determinar, en base al estudio de las competencias constitucionales y legales de cada uno de los órganos, que órgano tiene la competencia real de conocer ese asunto.¹⁵⁵
7. En contraposición con lo señalado en el numeral anterior, el Código incluye el principio de colaboración, el cual en la forma como está regulado generaría conflictos debido al cruce de competencias.
8. De igual manera, el principio de subsidiaridad debería ser especificado en la medida de limitar sus alcances, señalando si se aplica en el caso de desconcentración o en el caso descentralización administrativa.

Finalmente, es necesario recalcar la necesidad de que la administración pública o los órganos que ejerzan función administrativa no se alejen del cumplimiento de sus cometidos esenciales, que no son otra cosa que la protección del interés general basado en la satisfacción de necesidades colectivas, o lo que es lo mis-

¹⁵⁵ González, *supra* n. 17, p. p. 121-143.

mo, en la protección y desarrollo de los derechos de los administrados (personas, pueblos y colectivos), siendo necesario para conseguir este objetivo que: (1) La actividad de la administración se someta estrictamente a las disposiciones que integran el ordenamiento jurídico, (2) a la existencia de vías expeditas para que los actos de la administración se sometan de manera efectiva al control jurisdiccional y (3) a la necesidad de acudir a los principios constitucionales y en materia administrativa como mecanismos rectores que guíen la actividad de la administración.

La promulgación del Código Orgánico Administrativo, en principio, se traduce en la satisfacción de una deuda histórica dentro del ordenamiento jurídico, que a su vez proporciona altos niveles de seguridad jurídica en el ámbito administrativo, garantizando la determinación previa de las habilitaciones legales de la administración y la protección de los derechos de los administrados.

El estado de situación del derecho sindical en el sector público en Ecuador

Solimar Herrera Garcés¹⁵⁶

solimarh25@gmail.com

Resumen

Este trabajo tiene como objetivo abordar ciertos aspectos referentes a los derechos sindicales y la contratación de los trabajadores y servidores públicos en el régimen ecuatoriano. En ese contexto, explicaré la diferenciación que hace la ley ecuatoriana entre los trabajadores y sus diferentes regímenes como son: régimen laboral o administrativo; los trabajadores antes de la reforma del 2015 estaban regidos por el Código del Trabajo, mientras que los servidores públicos, por la Ley Orgánica del Servicio Público. Sin embargo, en la actualidad existe un retroceso en la relación entre las leyes especiales de trabajo con la Constitución ecuatoriana del año 2008, porque se contraponen al nivel constitucional que define a nuestro Estado como constitucional de derechos, que supone la positivización en igual jerarquía de derechos en el marco constitucional, entre ellos el del Derecho al Trabajo.

156 Doctora en Jurisprudencia por la Universidad Central del Ecuador y magister en Derecho del Trabajo y del Empleo por la Universidad de Ciencias Sociales de Toulouse, Francia. Se ha desempeñado como catedrática de Derecho en la Universidad Central del Ecuador. Desde el sector público ha ocupado diferentes roles y cargos de asesoría en temas laborales a los ministros del Trabajo, además en el Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos.

** Lo escrito en el presente artículo constituye un trabajo presentado en la Cátedra de Derecho Colectivo del Trabajo con el Dr. Matías Cremonte de la Universidad de Buenos Aires durante mi estancia en el Módulo de Derecho Laboral (Argentina) 2016.

Introducción

El derecho al trabajo al ser un resultado de las necesidades sociales se encuentra en un constante cambio, adaptándose incluso al mercado laboral imperante al momento. Tomando en cuenta este planteamiento, se determina que el dinamismo de la ley ha impulsado a la Organización Internacional del Trabajo a adoptar ciertos convenios que se vayan adecuando a esta evolución, uno de ellos es el Convenio número 151 de 1978, sobre Derecho de *Sindicalización y las condiciones de empleo en la Administración Pública*, en el cual se hace un reconocimiento a los empleados de la administración pública de los Estados, que en la legislación ecuatoriana son llamados servidores públicos. Sin embargo, el estudio de varios datos apunta a que en el mundo los servidores públicos existen mucho antes del reconocimiento que les hace la OIT; en el esclavismo, por ejemplo, eran aquellos funcionarios que fortalecían el trabajo de las élites dentro de los territorios, mientras que, en la página web, <http://www.wincalendar.com>, se los define como “aquellas personas que brindan su fuerza de trabajo a labores contratadas por el Estado de una nación o el Gobierno de una región”.

En lo que respecta al concepto de trabajo público se dice que: “Es la relación en la que el Estado es el *empleador*”. Entonces, la diferencia según la mayoría de doctrinas, entre el obrero y el servidor público está en las funciones que realiza cada uno; por un lado, el obrero entrega su fuerza de trabajo física; el servidor público en cambio tiene un trabajo eminentemente intelectual y realiza labores que benefician al Estado.

En el caso de América Latina existen países como Bolivia, Venezuela, Nicaragua y Perú en donde sus legislaciones establecen diferencias en el marco normativo, el Código del Trabajo rige para los obreros, mientras que el Estatuto del Servicio Civil a los empleados; esto es porque las funciones que ejercen ambos son distintas, sin embargo, ésta distinción repercute en sueldos y salarios, beneficios, etc.

En el Derecho Laboral existen, entre otros, dos instituciones jurídicas importantes: la libertad que tienen los trabajadores de poder organizarse sindicalmente y la de presentar un contrato colectivo que regule como norma vinculante las relaciones laborales entre trabajadores y empleador/es, cuyo objetivo consiste en mejorar las condiciones laborales, es decir, de los obreros. De manera que la única forma de culminar con los objetivos de la organización finalmente es la posibilidad de la suscripción de un contrato colectivo. Además, cabe destacar que los contratos colectivos determinarán las condiciones que se establecerán en los contratos individuales, es decir, estos últimos no podrán estipular condiciones que no estén establecidos en el contrato colectivo. Esto fomenta mejores condiciones de vida para los futuros trabajadores de determinada empresa o institución.

Marx sostiene en su obra *Trabajo asalariado y capital*, publicada en el año 1849, en Alemania, que el trabajo no ha sido siempre trabajo asalariado, ya que el esclavo no vendía su fuerza de trabajo al esclavista; éste era vendido con su fuerza de trabajo a su dueño, es así que él era una mercancía, pero su fuerza de trabajo no es una mercancía suya. En el modo de producción feudal, el siervo de la gleba solo vende una parte de su fuerza de trabajo, pero no obtiene un salario del propietario del suelo, el propietario del suelo es quien percibe de él un tributo. En el sistema capitalista aparece el obrero; éste, como individuo, no pertenece a ningún propietario ni está adscrito al suelo, su ingreso económico es el resultado de la venta de su fuerza de trabajo. Para Karl Marx la fuerza de trabajo es: “el conjunto de las facultades físicas y mentales que existen en la corporeidad, en la personalidad viva de un ser humano y que él pone en movimiento cuando produce valores de uso de cualquier índole”. (Marx, 1844).

La obra de Marx, explica cómo el trabajo ha ido evolucionando a través de la historia, y cómo, con la lucha obrera se ha venido alcanzando mejores condiciones laborales para la satisfacción mínima de las necesidades del trabajador y su familia. Omar

Guerrero Orozco, en su libro *Principios de administración pública*, reeditado en 2007, en Santafé de Bogotá, sostiene que generalmente los estudios sobre el servicio público empiezan en Alemania, debido a que el derecho alemán era más desarrollado en lo que se refiere a los funcionarios.

También se sostiene que, en el siglo XVIII, los funcionarios eran denominados servidores reales, posteriormente se los denominaba servidores del Estado, mientras que en el siglo XIX se los llama funcionarios. Se plantea también que en la Alemania Federal los funcionarios de los servicios públicos se dividían en dos categorías: por un lado, están los que ejercen funciones de mando y coerción (funcionarios de derecho público); los otros funcionarios estaban bajo el régimen de convenios colectivos de derecho privado. En lo que se refiere a la Carrera Administrativa, sostiene: “Supone el desarrollo profesional del funcionario público, que entraña un proceso de selección y formación previa al ingreso; un desempeño ascendente a través de una escala regida por el principio de mérito; un proceso de formación” (Orozco, 2007).

El libro de Omar Guerrero Orozco, permite identificar la diferencia existente entre el trabajador y el servidor público, tales como las funciones que cumplen, la dependencia laboral de éstos, y, la diferencia en su régimen jurídico. Patricia Kurczyn Villalobos, en la obra *Derechos humanos en el trabajo y la seguridad social*, publicada en 2014, en México, cita a Ferrajoli al tratar la temática de “El valor de los derechos humanos al interior de los sistemas jurídicos internos”, aquí se hace referencia a la importancia de la positivización de derechos fundamentales en las Constituciones, o en palabras de la autora plantea que: “Los derechos humanos deben operar como guía principal de las instituciones estatales, ya sea para la creación de leyes, el dictado de sentencias o el diseño de políticas públicas y programas de gobierno” (Villalobos, 2014).

La obra de Patricia Kurczyn Villalobos, contribuye a comprender lo trascendental de la positivización de los derechos funda-

mentales, entre estos los derechos del trabajador en la Constitución, y cómo eso aporta a una mejor convivencia social dentro de un Estado. La Constitución del Ecuador del año 2008, en los artículos 33, 226, 228, 229, 230, 231, 232, 233, 234, 325, 326, 327, 328, 329, 330, 331, 332, 333, reconoce el derecho de las personas al trabajo, por lo que el Estado garantizará el acceso al mismo, además se contempla derechos de los trabajadores y también determina el régimen jurídico de los servidores públicos y el de los trabajadores.

La Enmienda Constitucional en el 2015 en sus artículos 229 y 326, así como la Disposición Transitoria Primera, marcan un cambio, principalmente, en el régimen jurídico de los trabajadores que forman parte de la Administración Pública. Los tratados y convenios internacionales en materia laboral crean principios, la Organización Internacional del Trabajo (OIT); adoptó el 7 de junio de 1978 el Convenio sobre las Relaciones de Trabajo en la Administración Pública, Convenio N° 151, en el que se determina la protección de los derechos de los empleados públicos en lo referente a la sindicalización, principalmente.

Por otro lado, encontramos el Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación) de 1958, N°. 111, aquí se define a la discriminación como cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social, que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación.

Discusión

En el Ecuador a los servidores públicos los regía en 1928 la Ley Orgánica de Hacienda, Título V, que constituyó el instrumento legal que normaba las funciones, responsabilidades, sueldos y nombramientos. Más adelante el 30 de octubre de 1959 se crea la Ley de Carrera Administrativa, esta ley buscaba regular la estabilidad de los empleados públicos idóneos, su capacitación técnica y la selección de estos a través de méritos. El 6 de marzo

de 1964 se expide la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa, dicha ley apuntaba a mejorar el servicio de la Administración Pública, sin embargo, esta ley tuvo reformas mediante leyes y decretos.

Por otro lado, el 26 de abril del 2005 se promulga la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación de las Remuneraciones del Sector Público, misma que contaba con su Reglamento. Posteriormente a la aprobación de la Constitución del 2008 el Ecuador ha realizado varios cambios en su régimen normativo, es así que el 6 de octubre del 2010 entró en vigencia la Ley Orgánica del Servicio Público que rige varios aspectos como el ingreso al sector público a través de procesos de meritocracia, requisitos para ascenso, derechos de los servidores públicos entre otros.

En lo que se refiere a los trabajadores la historia recoge varios puntos de partida en cuanto a la evolución de la normativa laboral que, en muchos aspectos, ha sido producto de la lucha de la clase obrera, siendo un ejemplo la primera huelga general del 15 de noviembre de 1922; así, se marcaría un antecedente para que sea la Constitución de 1926 la primera en reconocer derechos laborales, además, en una norma anterior a la expedición del Código de Trabajo, se creó la Caja del Seguro (norma relativa a la Seguridad Social) en el año de 1930; producto de las necesidades laborales los trabajadores exigen leyes que recojan sus aspiraciones de cambio, por ello el Código de Trabajo se de 1938 toma un carácter protectorio del trabajador y desde la óptica del empleador da una extrema visión obrera. La Constitución del 2008 hasta el 2015 sostenía en su artículo 229: ... *“Las obreras y obreros del sector público estarán sujetos al Código del Trabajo”*; sin embargo, el resultado de la Enmienda Constitucional es cambiar el régimen establecido a uno solo, el de la administración pública, que en el fondo constituye una reforma es la eliminación del inciso anteriormente citado. En la disposición transitoria de esta Enmienda se dispone que los trabajadores que actualmente están sujetos al Código de Trabajo seguirán bajo su

amparo hasta que cesen sus actividades laborales, y así consecutivamente hasta que el último de sus miembros deje de pertenecer a la organización se perderá esa organización sindical y con ella su contrato colectivo, es decir, se amenaza en desaparecer los derechos que podían haber tenido con el Código del Trabajo los trabajadores que ahora estén bajo la LOSEP.

En el análisis que hizo la Corte Constitucional para aprobar esta propuesta por vía Enmienda Constitucional expresó que los trabajadores que prestan sus servicios al sector público tienen como su único empleador al Estado, por tanto “la configuración de las normas constitucionales sobre los regímenes laborales de las personas que trabajan en relación de dependencia del sector público denotan una distinción injustificada en cuanto a la aplicación normativa de los obreros del sector público”. También señaló que: “esta distinción normativa genera un efecto perjudicial en cuanto al acceso a derechos reconocidos a los servidores públicos a los cuales los obreros se verían imposibilitados a acceder como a una carrera administrativa que les garantice un desarrollo profesional”.

Conclusión

En conclusión, la Corte Constitucional mencionó que fue necesario enmendar estos artículos y que la propuesta planteada por los asambleístas no genera una restricción de derechos o garantías constitucionales, pues al contrario, se está respetando el derecho de igualdad consagrado en la Constitución y en el artículo 14 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, en razón de que todos los trabajadores que prestan sus servicios en el sector público se rigen bajo los mismos principios del servicio público y por tal motivo “no existe una justificación para una aplicación diferenciadora de la normativa que rige sus relaciones laborales, puesto que todos parten de una misma categoría, servidores públicos; lo contrario genera una discriminación en relación a la actividad laboral que realizan”. La Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo: Convocada en la ciudad de Ginebra el

7 de junio de 1978, tomó la iniciativa para plantear a la comunidad internacional un Convenio, cuyo objetivo sea garantizar la seguridad jurídica de los derechos de organización sindical y de contrato colectivo en la administración pública, esto debido a que no se estaba respetando adecuadamente el Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva (celebrado en el año de 1949), en razón de que no se estaba aplicando a ciertas categorías de empleados públicos. La Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo el veintisiete de junio de mil novecientos setenta y ocho adopta el Convenio sobre las relaciones de trabajo en la administración pública, 1978 (número 151). Este Convenio protege a los servidores públicos que quieran o estén organizados sindicalmente, gozando de completa libertad y dependencia de las autoridades públicas y de las posiciones antisindicales.

Lamentablemente el Estado ecuatoriano no lo ha ratificado dejando en los funcionarios y trabajadores del sector público con esta Enmienda sin un paraguas normativo internacional al cual interponer sus demandas al no poder tener acceso a contratar colectivamente. Esta decisión Estatal propende a una inseguridad jurídica de los derechos de organización sindical y de contrato colectivo en la administración pública, puesto que lo que quiere alcanzar este Convenio para los países que se ratifiquen a él es: aclarar y recordar a los Estados que no debe haber discriminación de ninguna clase para aquellos trabajadores que prestan sus servicios en la administración pública y quieran o estén organizados sindicalmente.

El derecho constitucional a vivir en un ambiente sano

Radiografía del manejo de los recursos naturales en el gobierno de Rafael Correa

Viviana Morales Naranjo ¹⁵⁷
vivianamoralesnaranjo@outlook.fr

Resumen

La Constitución del Ecuador reconoce “el derecho de la población a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, que garantice la sostenibilidad y el buen vivir”. A partir de la consagración de este derecho, se ha desarrollado una serie de normativas y políticas públicas, a fin de dar cumplimiento efectivo a este derecho. El programa político del expresidente de la República del Ecuador, Rafael Correa, se enfocó en el aprovechamiento de los recursos renovables y no renovables, aduciendo la necesidad de reducir la pobreza y redistribuir la riqueza. Las líneas subsiguientes analizan si las normas y políticas públicas sobre la explotación de los recursos naturales, ejecutados durante el periodo 2007-2017, fueron en detrimento de la protección ambiental; o, sí por el contrario, fue posible lograr un equilibrio social-económico-ambiental y la consecuente efectividad del derecho a vivir en un ambiente sano.

Summary

The Ecuadorian Constitution recognizes “the right of the population to live in a healthy and ecologically balanced environ-

157 La autora es abogada de los juzgados y tribunales de la República, graduada en la Universidad Central de Ecuador, maestría en Derecho Ambiental en la Universidad Panthéon-Sorbona. Exdocente de Derecho Administrativo en la Universidad Central del Ecuador, docente de Derecho Constitucional y de Derecho Ambiental en la Universidad De las Américas.

ment, which guarantees sustainability and good living.” Since the bill of this right, Ecuador develops a series of laws and public policies, in order to effectively fulfill this right. The political program of the ex-President of the Republic of Ecuador, Rafael Correa, focused on the use of renewable and non-renewable resources, putting forward the need to reduce poverty and redistribute wealth. This research analyzes the law and public policies about exploitation of natural resources, executed during 2007-2017 period. It will also be treated to answer the following question: The legal and political measures were in detriment of environmental protection? or, in an opposite way, Rafael Correa’s government was able to achieve a social-economic-environmental balance and the consequent effectiveness of the right to live in a healthy environment?.

Palabras clave: Constitución, derecho a un ambiente sano, recursos naturales.

Keywords: Constitution, right to a healthy environment, natural resources.

Introducción

En todo lugar encontramos a hombres que pronuncian como verdades personales aquello que han leído en los periódicos hace apenas una hora, y cuyas creencias son apenas el resultado de una fuerte propaganda (Ellul, 1967, 54)

Las palabras de este celebre jurista francés no resultan ajenas a la coyuntura política y jurídica vivida en Ecuador durante los últimos diez años. Existen cientos de libros, artículos y reportajes publicados con el fin de analizar y emitir afirmaciones de valor respecto a la forma en que se ha manejado la administración pública y la institucionalidad estatal a partir del 15 de enero de 2007, fecha en la que el Ec. Rafael Correa Delgado asumió el cargo de Presidente Constitucional de la República de Ecuador.

Efectivamente, las políticas públicas emprendidas para el aprovechamiento de los recursos naturales durante el periodo 2007-

2017, despierta los debates políticos y académicos más acalorados. Por un lado, tenemos las conclusiones y perspectivas de quienes consideran que las políticas públicas correístas permitieron garantizar un justo equilibrio entre desarrollo económico, social y ambiental, permitiendo mejorar la calidad de vida de los ecuatorianos. Por otro lado, se ubican quienes consideran que se trató de un gobierno que privilegió el extractivismo, la inversión extranjera para la construcción de obras de infraestructura destinados a la generación de energía hidroeléctrica; mientras el riego comunitario y la producción para la soberanía alimentaria siguen abandonados.¹⁵⁸

A fin de que un proyecto de aprovechamiento y/o explotación de recursos naturales tenga legitimidad constitucional, éste debe ejecutarse dando atención preponderante a la protección del derecho de todo ciudadano a vivir en un ambiente sano. Este derecho no es una novedad de la Constitución de la República del Ecuador de 2008 -CRE-. Efectivamente, en la Constitución Política de 1998 ya se establecía que el Estado debía reconocer y garantizar a las personas “el derecho a vivir en un ambiente sano, ecológicamente equilibrado y libre de contaminación”.¹⁵⁹ Se debe tener presente que la finalidad de reconocer un derecho, va más allá de la intención de otorgarle rango constitucional, puesto que de nada sirve la incorporación de uno o más derechos en la carta magna, si su efectividad es limitada o nula.

Por lo antes expuesto, cabe preguntarse: ¿La normativa y las políticas públicas, ejecutadas por la administración del período 2007-2017, posibilitaron el cumplimiento efectivo del derecho constitucional a vivir en un ambiente sano?

158 Arroyo, Aline, “Análisis de los cambios normativos en el ámbito de la gestión de los recursos hídricos, planteados en la Constitución del 2008 y en la Ley de Aguas del 2014: a la luz de dos visiones de gestión, la pública y la comunitaria”, Universidad Andina Simón Bolívar Sede Ecuador, Programa de Maestría en Gerencia para el Desarrollo, 2015, p. 69

159 Constitución (Ecuador), 11 de agosto de 1998, R.O. No. 1, art. 23, numeral 6.

Esta investigación persigue dos objetivos. Por un lado, se pretende analizar la forma en que se planificaron y ejecutaron los proyectos estratégicos relacionados con la explotación de recursos naturales en Ecuador. Por otro lado, se explicará si el aprovechamiento de dichos recursos naturales, posibilitó que la ciudadanía ejerza plenamente el derecho a disfrutar de un ambiente sano. Para ello se recurrirá al análisis de otros derechos cuyo ejercicio depende necesariamente de la protección del derecho a vivir en un ambiente sano. Efectivamente, el derecho a la salud, el derecho al agua, el derecho a consumir alimentos sanos, el derecho a servicios públicos de calidad, etc., solo pueden ser garantizados en la medida en que la naturaleza goce de óptimas condiciones para prestar todo tipo de servicios y bienes ambientales.

Para alcanzar los objetivos planteados, el análisis del derecho a vivir en un ambiente sano aborda dos temáticas: 1) La explotación de recursos naturales no renovables –petróleo y minería– y, 2) La explotación de recursos naturales renovables –agua, bosques, plantas y cultivos–.

I. ¿Explotación o aprovechamiento responsable de recursos naturales no renovables?

Los recursos naturales no renovables se caracterizan porque su utilización implica su completa destrucción o su agotamiento. A esta clasificación pertenecen los yacimientos minerales y de hidrocarburos, los mismos que de acuerdo a la CRE constituyen propiedad inalienable, imprescriptible e inembargable del Estado; y, solo pueden ser explotados en estricto cumplimiento de los principios ambientales establecidos en la Constitución (CRE art. 408). Esta disposición implica que todo proyecto –petrolero o minero–, a cargo de empresas públicas o privadas, debe tomar en cuenta el cumplimiento de los principios de sostenibilidad ambiental, precaución, prevención, eficiencia, participación y reparación integral (CRE, art. 313). A fin de poder determinar el cumplimiento de los principios ambientales, se analizará brevemente el marco jurídico y político que envolvió a los recursos naturales durante el gobierno de Rafael Correa.

1. El extractivismo petrolero

El petróleo es un sector estratégico que debe ser administrado, regulado, controlado y gestionado por el Estado (CRE, art. 313). El auge petrolero ecuatoriano se dio a partir de los años 80; y, las primeras demandas correspondientes a los años 90, pusieron en evidencia los daños ambientales que trajo consigo la explotación de hidrocarburos. Las diversas exigencias ciudadanas que clamaban reparación por la vulneración a derechos constitucionales, como el derecho a la salud, no se hicieron esperar.

Por un lado, están las demandas iniciadas en contra de operadores privados a través de la vía civil. Ese fue el caso de María Aguinda y otros vs. Chevron, más conocida como “las manos sucias de Chevron”.¹⁶⁰ Tras un litigio que duró más de 20 años, en el año 2013, la Corte Nacional de Justicia del Ecuador -CNJ-, declaró finalmente la vulneración al derecho a vivir en un ambiente sano y al derecho a la salud para toda la comunidad demandante que habitaba cerca de las zonas en que se produjo la explotación petrolera por parte de Chevron; y, ordenó a la empresa estadounidense el pago de USD 8.000’646.160 de dólares más el 10% del valor con base en el principio de reparación.¹⁶¹

Por otra parte, tenemos demandas por daño ambiental presentadas en contra del Estado ecuatoriano. A modo de ejemplo, se puede citar el caso de la comunidad de “Pacayacu”, en la que un grupo de campesinos demandó a la empresa pública Petroecuador a fin de obtener reparación económica y remediación del territorio contaminado. En este caso, la CNJ, fundamentada en la responsabilidad objetiva del Estado, aceptó el derecho a indemnización a favor de la comunidad, lo que significó un in-

¹⁶⁰ Corte Nacional de Justicia (Ecuador), juicio n. 174-2012, 12 de noviembre de 2013: demanda de indemnización por los daños ambientales y a la salud provocados por las malas prácticas petroleras realizadas entre 1964 y 1992.

¹⁶¹ La sentencia “María Aguinda y otros vs. Chevron”, emitida por la CNJ fue ratificada parcialmente en la sentencia N. 230-18-SEP-CC, 27 de junio de 2018.

tento bien logrado del orden jurisdiccional por dar vida práctica a la obligación que tienen los operadores petroleros de evitar todo daño ambiental. Sin embargo, Petroecuador, a fin de dejar sin efecto esta decisión, impuso una acción extraordinaria de protección ante la Corte Constitucional bajo el fundamento de “violación al derecho a la tutela judicial efectiva”. Finalmente, la Corte Constitucional considerando que “La CNJ, al casar la sentencia y determinar la responsabilidad objetiva del Estado, se atribuyó una competencia que no tenía, puesto que ordenó una indemnización que debía ser tramitada ante la Corte provincial tal y como lo establecía la Ley de gestión ambiental”, dejó sin efecto la sentencia emitida previamente, negando así, el derecho a reparación para los habitantes de Pacayacu.¹⁶²

Las dos decisiones analizadas permiten colegir que el pronunciamiento del orden jurisdiccional puede variar dependiendo de los actores que protagonicen el litigio. Así, mientras el demandado sea una persona jurídica privada, existen más posibilidades de que se aplique el principio de reparación integral a favor de las personas afectadas; mientras que, para aquellos casos donde el sujeto pasivo es el Estado, los jueces optarán por alegar omisiones de forma para rechazar el derecho a reparación; aun cuando, la Constitución establece que la justicia no puede ser sacrificada por la sola omisión de formalidades (art. 169, CRE). Todo ello con el fin de evitar que la reparación sea asumida con presupuesto público. Si bien esta posición judicial puede fundarse en el cumplimiento del principio contaminador pagador, es necesario tener presente que, bajo el supuesto de que el operador privador desaparezca sin ejecutar la rehabilitación de la zona contaminada, debe ser obligación del Estado asumir la obligación de indemnizar y/o restaurar, a fin de garantizar el principio de reparación; más aún, cuando se trata de daños causados por empresas estatales como Petroecuador.

162 Corte Nacional de Justicia (Ecuador), proceso no. 112-2009, 08 de mayo de 2013 y Corte Constitucional (Ecuador), sentencia No. 012-16SEP-CC, caso No. 1705-13-EP, 13 de enero del 2016.

Para finalizar el análisis de la casuística petrolera, se recurrirá al análisis de la iniciativa *Yasuni ITT*, por medio de la cual, Ecuador se comprometía a dejar bajo tierra 1.746 millones de barriles de crudo¹⁶³ a cambio de una compensación económica equivalente al 50% de las ganancias de extraer el crudo mencionados, suma que ascendía a USD 3.600 millones. Tras 5 años de negociaciones, Ecuador informó a la comunidad internacional el fracaso de la iniciativa por falta de cooperación económica internacional y ordenó la elaboración de informes técnicos, económicos y jurídicos para, de acuerdo con el art. 407 de la Constitución, solicite a la Asamblea Nacional la aprobación de la declaratoria de interés nacional. Lo que pocos conocen es que, los trámites administrativos para obtener la autorización de explotación del parque, iniciaron con anterioridad a la emisión del Decreto Ejecutivo 74 de 15 de agosto de 2013. Efectivamente, en agosto 2010 Petroamazonas ya había solicitado el Ministerio de Ambiente del Ecuador -MAE-, el “Certificado de intersección con el sistema nacional de áreas protegidas”¹⁶⁴ necesario para determinar si el proyecto requería de una declaratoria de interés nacional. Una vez que el MAE determinó que Yasuní ITT se encontraba dentro de un área protegida, se iniciaron los trámites por parte del Ejecutivo que terminarían con la emisión de la Resolución 315 de 22 de mayo de 2014 por medio de la cual la Asamblea Nacional, tras justificar a su criterio la legalidad de su decisión, declaró de interés nacional la explotación del parque nacional con más biodiversidad por metro cuadrado en el mundo, omitiendo de este modo el cumplimiento del principio de prevención.

2. *Los proyectos de megaminería*

Tras la caída de los precios del petróleo a partir del año 2014; y, con base en estudios técnicos que corroboraron la existencia de minerales –oro, plata, cobre y molibdeno– en diversas zonas

163 Consultora estadounidense Ryder Scott Company en junio de 2016.

164 El certificado de intersección determina si la obra, actividad o proyecto interseca o no con el Sistema Nacional de Áreas Protegidas, Patrimonio Forestal Nacional y Zonas Intangibles.

del país, el Estado ecuatoriano decidió apostar a la consecución de proyectos de minería a gran escala. Para ello, recurriendo a la figura de la “concesión minera” dispuesta por la ley de Minería, en vigor desde 2009, se delegó la participación en el sector minero a personas jurídicas extranjeras, con capacidad de financiar la exploración y explotación de los minerales. Cabe señalar que las zonas en que se ejecutan los diversos proyectos de minería albergan una gran cantidad de biodiversidad y de recursos acuíferos que corren el riesgo inminente de destrucción.

En la actualidad existen 5 proyectos mineros estratégicos otorgados a través de la figura de “concesión minera”: “El Mirador” a cargo de la empresa estatal china Ecuacorriente S.A., “Río blanco” a cargo de la empresa china Ecuagoldmining S.A., San Carlos Panantza a cargo de la empresa china Explorcobres S.A., “Fruta del Norte” a cargo de la filial canadiense Aurelian Ecuador S.A.; y, “Loma Larga” a cargo de la empresa canadiense INV Minerales Inc. Ecuador S.A. Los tres primeros proyectos fueron iniciados durante el mandato presidencial de Rafael Correa, mientras que los dos segundos fueron autorizados por el actual presidente de la República -Lenin Moreno-.¹⁶⁵

A modo de ejemplo, el proyecto Río Blanco ha sido objeto de incesantes reclamos por parte de los habitantes de la zona a fin de que se dé cumplimiento al derecho de participación a través de la consulta previa garantizada por la Constitución y por el Código Orgánico Ambiental -COA-.¹⁶⁶ Durante dos años, los requerimientos de esta población rural no fueron atendidos por el gobierno nacional y fue necesario esperar al 1 de junio de 2018 para que la Corte Provincial del Azuay acepte la acción de protección presentada por un grupo de habitantes de la zona, quienes invocando la violación al derecho a la consulta previa, libre e informada, habían solicitado la suspensión de la explotación y actividad

165 Ministerio de Minería, STRATEGIC MINING PROJECTS, febrero 2018.

166 Constitución, supra n. 3, art. 398 CRE y Código Orgánico del Ambiente, 12 de abril de 2017, R.O. Suplemento 983, art. 184.

minera, la desmilitarización gradual y paulatina de la zona hasta que se dé cumplimiento a lo prescrito en la Constitución.

A pesar de que el derecho de participación en materia ambiental se encuentra reconocido por la Constitución, ésta no es vinculante. Así:

Si del referido proceso de consulta resulta una oposición mayoritaria de la comunidad respectiva, la decisión de ejecutar o no el proyecto será adoptado por resolución debidamente motivada de la instancia administrativa correspondiente de acuerdo con la ley (CRE, art. 398).

Por lo tanto, si bien por un lado se requiere la participación activa de los habitantes directamente afectados o beneficiados por el proyecto, al mismo tiempo, su participación constituye un mero requisito de validez formal que no impide que el proyecto se ejecute aún en contra de la oposición mayoritaria de la comunidad.

Finalmente, el incumplimiento del principio y derecho de participación se evidencia en el procedimiento legislativo llevado a cabo durante la elaboración de la Ley de Minería.¹⁶⁷ Dicha ley fue objeto de una demanda de inconstitucionalidad por parte de la Confederación de Nacionalidades Indígenas (CONAIE) y otros, quienes aduciendo que el proceso de expedición de la ley omitió la realización de la consulta pre-legislativa reconocida en el artículo 57 de la Constitución, solicitaron a la Corte Constitucional que se deje sin efecto la norma en mención. Sin embargo, el máximo órgano de control constitucional concluyó que, tanto para la consulta pre-legislativa como para la consulta previa, libre e informada, el objeto es alcanzar el consenso, más no el consentimiento. Por lo tanto, se declaró la constitucionalidad de la ley, dejando ver que esta norma no está diseñada para incidir de manera efectiva en la formulación e implementación de políticas y proyectos de explotación minera.¹⁶⁸ Así, el derecho de

167 Ley de Minería (Ecuador), 29 de enero de 2009, R.O. Suplemento 517.

168 Garbay, Susy, “Desarrollo y Minería en el Ecuador: Un análisis del derecho de participación en el Proyecto Mirador”, Universidad Andina

participación quedó reducido a una mera formalidad con el aval del órgano competente para controlar la constitucionalidad de las normas.

II. Recursos naturales renovables como impedimento al ejercicio del derecho a vivir en un ambiente sano

Los recursos renovables tienen la característica de regeneración automática bajo ciertos mecanismos biológicos. Dichos mecanismos se producen cuando se cumplen ciertas condiciones elementales relacionadas con el manejo del recurso.¹⁶⁹ Esto implica que un recurso renovable puede convertirse en no renovable; y, por lo tanto estar propenso al agotamiento, en la medida en que su uso sea indiscriminado e irracional. Las líneas subsiguientes explicarán si los recursos renovables han sido utilizados racionalmente; o, si, por el contrario, se ha propendido a una explotación indiscriminada que pudiese estar provocando el agotamiento o colapso del recurso. Centrándonos en la normativa ecuatoriana, la única norma constitucional que menciona a los recursos renovables es el art. 57 de la CRE, el mismo que dispone que las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, tengan el derecho colectivo a participar en el uso, usufructo, administración y conservación de los recursos naturales renovables que se hallen en sus tierras. Consecuentemente, las comunidades indígenas son competentes, no solo para recibir los réditos que se obtengan de los recursos naturales renovables sino, además, para conservar el agua, los bosques, las plantas y en general la biodiversidad presente en su territorio.

Simón Bolívar, Maestría en Derechos Humanos y Democracia en América Latina Mención: Políticas públicas, 2011, p. 13

169 Romero, Carlos, “Análisis económico de los recursos ambientales”. En *Economía de los recursos ambientales y naturales*. Madrid: Alianza Editorial, 1994.

1. El agua y los proyectos de energía hidroeléctrica

La CRE dispone que el Estado promueva la eficiencia energética, el desarrollo y uso de prácticas y tecnologías ambientalmente limpias y sanas, así como de energías renovables, diversificadas, de bajo impacto y que no pongan en riesgo la soberanía alimentaria, el equilibrio ecológico de los ecosistemas ni el derecho al agua (CRE, art. 413). Los proyectos hidroeléctricos, eólicos, bicomcombustibles, etc., hacen parte de aquello considerado como energía renovable. En Ecuador, hubo nueve proyectos emblemáticos emprendidos por el gobierno de Rafael Correa con el fin de generar energía renovable, con base en parámetros de aplicación de tecnología limpia, reducción de contaminación, y de respeto a la naturaleza.¹⁷⁰

A modo de ejemplo, se cita el proyecto hidroeléctrico Coca-Codo Sinclair -CCS-, cuyo objetivo fue garantizar la soberanía energética nacional. Sin embargo, sus impactos ambientales han sido fuertemente criticados.¹⁷¹ Si bien los primeros estudios para aprovechar el potencial hidroenergético de la cuenca del Napo iniciaron en 1970, fue bajo el mandato de Rafael Correa, donde se elaboraron los estudios de impacto ambiental preliminares -EIAP-.

Los EIAP fueron aprobados en el tiempo record de una semana por el CONELEC a inicios de abril del 2008, toda vez que CCS había sido incluido ya en 2007 en el Plan Maestro de Electrificación y por haber recibido en febrero del 2008 el certificado de intersección con áreas protegidas del Ministerio del Ambiente. El proyecto CCS fue anunciado en enero de 2007 durante el discurs-

170 Página del Ministerio de electricidad y energía renovable, disponible en www.energia.gov.ec/valores-mision-vision/: Los proyectos son Coca-Codo Sinclair, Minas San Francisco, Delsitanisagua, Manduriacu, Mazar Dudas, Toachi Pilatón, Quijos, Sopladora y Villonaco

171 “Discurso de inauguración del proyecto hidroeléctrico Coca Codo Sinclair y anuncio de inicio de obras en hospitales, 18 de noviembre de 2016.

so de posesión del Presidente Rafael Correa y calificado como prioritario y de alto interés nacional.¹⁷²

Para una mejor comprensión de los impactos ambientales que se atribuyen al complejo industrial CCS, se debe citar al “Decreto Ejecutivo 655 de octubre del 2007 sobre la declaratoria de prioridad nacional de las obras eléctricas”. Esta declaratoria rige incluso para las unidades de conservación, especialmente en bosques protectores. Al respecto:

El decreto pasa por alto una consideración ecológica fundamental, ya que estos bosques son los que generan y regulan los ciclos hidrológicos en la vertiente amazónica, factor del cual depende la vida útil todo proyecto hidroeléctrico, para nuestro caso el CCS. (...) Por otra parte, durante la construcción de la vía a la casa de máquinas ejecutada por la contratista FOPECA, se dio la vulneración de toda normativa ambiental nacional y local, ya que no se realizaron ni los Estudios de Impacto Ambiental (EIA), ni la solicitud de licencia o permisos ambientales para esta obra ante el MAE o el Gobierno Municipal de Gonzalo Pizarro, toda vez que la vía cruzará el Bosque Protector de la Parte alta y media del río Tigre hasta el Codo Sinclair y áreas de interés para la protección hídrica con fines de provisión por el municipio. Tampoco para el inicio de la vía FOPECA se realizó la consulta previa entre las poblaciones locales.¹⁷³

Al no existir información pública efectiva sobre los impactos que tuvo la construcción de CCS, se ha privado a la ciudadanía de conocer los efectos colaterales de la construcción del proyecto y el grado de afectación que pudieron tener las fuentes de agua utilizadas por los habitantes de la zona. Adicionalmente, hasta el momento no existe información efectiva respecto a si las comunidades indígenas cercanas al proyecto se estarían beneficiando

172 López, Víctor, “Implicaciones del proyecto Coca-Codo Sinclair para la Amazonía ecuatoriana”, V foro de los recursos hídricos, portoviejo, 7 de mayo del 2008, p. 5

173 *Ibíd.*, p. 5

del uso, usufructo y administración de CCS, de acuerdo a lo establecido en el art. 57 de la CRE. Finalmente, tras seis años de construcción a cargo de la empresa china Sinohydro, el 18 de noviembre de 2016, se inauguró el CCS. Bajo las expectativas del Ministerio de electricidad y energía renovable:

La central aportará una energía media de 8.734 GWh/año, apoyando a la búsqueda de autonomía energética, reemplazando la generación térmica, reduciendo emisiones de CO₂ en aproximadamente 3.45 millones de Ton/año, sustituyendo la importación de energía.¹⁷⁴

Para concluir el estudio de los proyectos encaminados a generar energía renovable, se cita el proyecto “Central Eólica Villonaco”, iniciativa de energía limpia desarrollada en la provincia de Loja. Se trata de un complejo eólico que inició su construcción en agosto de 2011. Cuenta con 11 aerogeneradores de 1.5 MW cada uno. Es el primer proyecto eólico en Ecuador continental, además de ser el primero en el mundo con una velocidad promedio anual de 12.7 m/s a una altitud de 2700 msnm.¹⁷⁵ El ex mandatario, durante el Enlace Ciudadano No. 285, anunció:

El proyecto permitirá evitar la emisión de aproximadamente 38 mil toneladas de CO₂, así como la importación de diésel, combustible necesario para la generación termoeléctrica (...) La energía eólica generada reduce la compra de combustible diesel que implica un ahorro de \$ 13'260.000 dólares al año, evitando de este modo la emisión de gases de efecto invernadero de 35.270 toneladas de CO₂ al año.¹⁷⁶

Sin embargo, en la actualidad no existe información pública que permita corroborar los efectos de este proyecto, hecho que deja

174 Página del Ministerio de Electricidad y Energía Renovable, disponible en www.energia.gob.ec/coca-codo-sinclair/

175 Página del Ministerio de Electricidad y Energía Renovable, disponible en <http://www.energia.gob.ec/villonaco/>

176 Página del Ministerio turismo, disponible en <http://www.turismo.gob.ec/parque-eolico-villonaco-proyecto-innovador-a-escala-mundial/>

en tela de duda, si se trató de una firme intención gubernamental de poner en marcha la utilización de energías renovables; o, si, por el contrario, fue un proyecto que tuvo por finalidad, dar publicidad de una imagen ecológica del gobierno de Rafael Correa, pero sin objetivos claros y carente de resultados concretos.

2. Bosques, plantas y cultivos

Uno de los factores principales que contribuyen al calentamiento del planeta es la pérdida continua de bosques y la degradación forestal:

Entre 1990 y 2008 se perdieron cerca de 19000 km² de bosque natural en el país. La cobertura de bosque disminuyó de 69.6% de la superficie forestal potencial del país en 1990 a 60.7% en el 2008. (...) Ventajosamente, el incremento significativo de la regeneración de bosques acentuó la caída de la deforestación neta total. Entre 2000 y el 2008 se regeneraron 0.47 has de bosque por cada hectárea deforestada. Otro aspecto a notar es que entre el 2000 y el 2008, el 99.4% del área deforestada fue transformada a áreas agropecuarias, el 0.23% a infraestructura, principalmente áreas urbanas y asentamientos rurales densos, y 0.37% a otros.¹⁷⁷

Las políticas públicas para la protección de bosques, plantas y cultivos, fueron contradictorias durante el periodo 2007-2017. Por un lado, se propuso un proyecto macro de reforestación nacional; pero, por otro lado, se desarrollaron leyes y proyectos que colocan en riesgo los boques, plantas y cultivos.

a) Reforestación y preservación de bosques, Sociobosque: A fin de mitigar los efectos de la deforestación, el Estado ecuatoriano emprendió el Programa Nacional de Incentivos a la Conservación y Uso Sostenible del Patrimonio Natural denominado

177 Sierra, Rodrigo, “Patrones y factores de deforestación en el Ecuador continental, 1990-2010. Y un acercamiento a los próximos 10 años”, Ecuador, Conservación Internacional Ecuador y Forest Trends, 2013, p. 1

“Socio Bosque”.¹⁷⁸ Se trata de un acuerdo firmado entre los propietarios de zonas boscosas y el Estado a través del Ministerio del Ambiente. Su localización está en función de que quienes voluntariamente, a nivel nacional exceptuando Galápagos, acepten firmar un acuerdo de conservación de bosques nativos, páramos u otra vegetación nativa, a cambio de lo cual se les entrega un incentivo económico (hasta un monto de 60 dólares por hectárea al año). El plazo de duración del convenio es de 20 años y los sujetos que pueden ser parte del acuerdo incluyen a los propietarios individuales o las comunidades indígenas y campesinas que mantengan la posesión de tierras con cobertura boscosa nativa y en áreas prioritarias para la conservación a nivel nacional. La institución encargada de realizar un análisis sobre la priorización de las áreas que deben ser consideradas aptas para el programa Socio Bosque es el Ministerio del Ambiente.

En lo que se refiere a los resultados obtenidos por este programa ambiental, tenemos que durante el período 2008-2015 se han suscrito 2.775 convenios, beneficiando a más de 187 mil personas de organizaciones de base y de las nacionalidades, logrando una conservación de 1'000.500 hectáreas de bosques, páramos y manglares. Adicionalmente, se disminuyeron considerablemente las tasas de deforestación en Ecuador. Así, entre 2008 y 2015 la tasa de deforestación pasó de 77 mil ha/año a 47 mil ha/año. Finalmente, la iniciativa sociobosque ha sido reconocida a nivel internacional, al punto que el Gobierno Alemán acordó la entrega de 21,5 millones de euros, en un plazo de 5 años, como donativo a ser invertido en la continuación de esta iniciativa ecuatoriana.¹⁷⁹

178 El Acuerdo Ministerial n. 33, del 05 de abril del 2015, regula el programa “Reducciones de emisiones por deforestación y degradación de bosques REDD+”, se han identificado 16 proyectos, el más reconocido es el programa socio bosque. (Puebla, 2017, p. 52)

179 <http://www.ambiente.gob.ec/programa-socio-bosque/>

Así las cosas, la iniciativa Sociobosque se convirtió en un eje central de publicidad ecológica para el gobierno de Rafael Correa; de la efectividad de este proyecto, depende que Ecuador sea visto con buenos ojos por la comunidad internacional, puesto que al ser uno de los 192 países que ratificaron el Acuerdo de París sobre cambio climático de 21 de diciembre 2015, es necesario que ejecute ciertos programas ecológicos tendientes a reducir el calentamiento global.

b) Desarrollo de biocombustibles: Los biocombustibles constituyen una fuente de energía renovable que se obtiene de recursos forestales, agrícolas, pesqueros o restos de animales muertos. El aceite de palma, caña, maíz y piñón constituyen los principales productos de los que se obtienen los biocombustibles en Ecuador.¹⁸⁰ En enero de 2011, se inauguró el proyecto piloto “Ecopaís” con el objetivo de comercializar un nuevo tipo de combustible que mezcla 95% de gasolina extra y 5% de etanol (que se obtiene de la caña de azúcar), el mismo que se comercializó en 43 estaciones de servicio en Guayaquil¹⁸¹. Por otro lado, a partir de la comercialización de biodiésel (que se obtiene del aceite de palma), el precio de la palma incrementó drásticamente provocando que los propietarios de terrenos destinados tradicionalmente a la agricultura de productos para el consumo humano, sustituyan su actividad, por la siembra de caña de azúcar o de palma destinada al proceso de producción de combustibles, recurriendo muchas veces al uso de agroquímicos y provocando deforestación e incluso desertificación de vastas zonas.

180 Informe de Instituto de Promoción de Exportaciones e Inversiones-Pro Ecuador, “Biocombustibles, investigación y análisis del Grupo Spurrier” Grupo Spurrier, 2013, p. 5)

181 Informe del Centro Ecuatoriano de Derecho ambiental, “Reflexiones en torno al desarrollo de los biocombustibles en Ecuador”, Miguel Castro, Revista No. 25; abril 2012, p. 3

Informe de Gomlski, 2011 para el Informe del Centro ecuatoriano de Derecho ambiental, “Reflexiones en torno al desarrollo de los biocombustibles en Ecuador”, Miguel Castro, Revista No. 25; abril 2012

Tan sólo en el año 2009 se sembraron 54,5 miles de hectáreas nuevas. Esta expansión equivale a la tercera parte de la superficie que existía en el año anterior. De estas 54,5 mil hectáreas, el 88% de la expansión fue en Esmeraldas, provincia con el mayor remanente de bosques de la Costa.¹⁸²

Por el momento, no existe una Ley de Biocombustibles que especifique los parámetros ambientales que deben ser cumplidos por quienes se dedican a la siembra de cultivos destinados a la producción de esta fuente de energía; sin embargo, existe un proyecto de ley referente a este tema, que se encuentra pendiente de análisis por parte de la Asamblea Nacional. Resta esperar que la posible aprobación de esta ley, no se limite a crear beneficios para los productores de biocombustibles; y, que se preocupe, además, de la protección jurídica de quienes opten por mantener sus predios intactos a fin de conservar la biodiversidad, o para quienes se inclinen por la agricultura tradicional de productos para el consumo humano.

c) Cultivo de semillas provenientes de organismos genéticamente modificados -OGM-: La CRE declara al Ecuador libre de cultivos y semillas transgénicas, dejando como salvedad la posibilidad de introducir semillas y cultivos de OGM, siempre y cuando existiese declaratoria de interés nacional aprobado por la Asamblea Nacional. Adicionalmente, se prohíbe el desarrollo, producción, tenencia, comercialización, importación, transporte, almacenamiento y uso de organismos genéticamente modificados perjudiciales para la salud humana o que atenten contra la soberanía alimentaria o los ecosistemas.¹⁸³ A pesar de lo expuesto, la Ley orgánica de agrobiodiversidad, semillas y fomento de agricultura, que fue elaborada y discutida durante el gobier-

182 Castro, Miguel, Informe del Centro Ecuatoriano de Derecho Ambiental, “Reflexiones en torno al desarrollo de los biocombustibles en Ecuador”, Revista No. 25; abril 2012, p. 1

183 Constitución, supra n. 3, art. 401 y art. 15.

no de Rafael Correa; y, aprobada el 8 de junio de 2017 bajo el mandato de Lenin Moreno, permite el ingreso de semillas y cultivos transgénicos al territorio nacional, únicamente para ser utilizados con fines investigativos (art. 56). El cultivo de OGM, a más de poner en riesgo los cultivos de agricultura tradicional, puede provocar graves efectos a la salud. Son varios los estudios que comprueban que los OGM podrían provocar diversas enfermedades. Si bien en principio, no se cuenta con evidencia suficiente sobre los daños que producen los OGM en la salud, tampoco se ha podido demostrar que este tipo de cultivos y semillas genéticamente modificados sean inofensivos. Consecuentemente, aplicando el principio constitucional de precaución¹⁸⁴, con anterioridad a la aprobación de la ley en cuestión, se debían llevar a cabo, investigaciones experimentales para comprobar la inocuidad de semillas y cultivos en la salud humana:

Las consecuencias adversas como inductores de enfermedades tales como el cáncer, desregulación inmune, desregularización de insulina, cambios en el hígado, riñones, baso sistema gastrointestinal, infertilidad efectos hepáticos, pancreáticos, renales entre otros aparecen con posterioridad a los periodos de tiempo con que las empresas anuncian haber trabajado sus investigaciones, como por ejemplo en el caso de un estudio realizado con ratas de laboratorio en el que entre el 60% y 70% de ratas que se alimentaron con maíz transgénico desarrollaron tumores siendo que los efectos negativos comenzaron a mostrarse a partir del cuarto mes mientras la empresa había presentado sus resultados del experimento hasta el tercer mes.¹⁸⁵

184 COA, supra n. 10, art. 9: Cuando no exista certeza científica sobre el impacto o daño que supone para el ambiente alguna acción u omisión, el Estado a través de sus autoridades competentes adoptará medidas eficaces y oportunas destinadas a evitar, reducir, mitigar o cesar la afectación. Este principio reforzará al principio de prevención.

185 American Academy of Environmental Medicine, “Position on Genetically Modified Foods”, 2009. <http://www.aemonline.org/gmopost.html>

Esta es una de las tantas razones por las que se presentaron varias demandas de inconstitucionalidad contra esta polémica ley, las mismas que aún se encuentran a la espera de pronunciamiento por parte de la Corte Constitucional.¹⁸⁶

Conclusiones

Ecuador, al igual que la mayoría de países en vías de desarrollo, tiene que resolver el gran dilema planteado por el principio de desarrollo sostenible: ¿se pueden explotar los recursos naturales sin poner en riesgo el derecho de la población a vivir en un ambiente libre de contaminación? Las líneas precedentes permiten concluir que, en la medida en que las políticas públicas estén encaminadas a la ejecución de megaproyectos extractivistas, no se podrá efectivizar el derecho a vivir en un ambiente sano. Si bien en principio, los réditos obtenidos por la comercialización de minerales y petróleo podrán permitir el acceso a la salud a través de la creación de hospitales de calidad, estos no garantizan la prevención de enfermedades para los habitantes de zonas cercanas a los megaproyectos extractivistas.

La teoría que sostiene el extractivismo sostenible no ha podido ser verificada. Las secuelas de la explotación actual del Parque Nacional Yasuní ponen en evidencia que ningún estudio de impacto ambiental puede prevenir los daños ambientales, puesto que, aunque en pequeña escala, los ecosistemas ven afectado su equilibrio natural; y, consecuentemente, se pone en riesgo la prestación regular de servicios y bienes ambientales a la comunidad. Resulta imposible que el Estado garantice el derecho a vivir en un ambiente sano, en la medida en que la minería y la extracción de crudo, impliquen la construcción de carreteras, la contaminación sonora, la contaminación del agua, del suelo y del aire, la deforestación y la migración y/o desaparición de especies.

186 Corte Constitucional (Ecuador), Acciones de Inconstitucionalidad: 0022-17-IN de 12 de junio de 2017, 0033-17-IN de 4 de julio de 2017, 0037-17-IN de 13 de julio de 2017, 0044-17-IN de 14 de agosto de 2017, 0053-17-IN de 27 de septiembre de 2017, y 0055-17-IN de 19 de octubre de 2017.

Finalmente, las políticas públicas encaminadas al desarrollo de proyectos de energía renovable-energía hidroeléctrica, biocombustibles, eólica-, únicamente pueden ser calificadas como sostenibles si, durante su construcción y ejecución, se protegen y preservan los ecosistemas. El proyecto hidroeléctrico “Coca-Codo Sinclair” o el proyecto de biocombustible “Ecopaís”, no pueden ser considerados ecológicos por cuanto su ejecución puso en peligro los ecosistemas de ciertas zonas ricas en biodiversidad.

Todo lo expuesto deja notar la difícil conciliación entre extractivismo/megaproyectos y el derecho a vivir en un ambiente sano. A más de lo expuesto en esta investigación, es momento de pensar en que las normas y políticas públicas no deben centrarse únicamente en la protección del ser humano a través del ejercicio del derecho a vivir en un ambiente sano. Efectivamente, la Constitución ecuatoriana, prevé una protección ecológica holística que va más allá de la protección antropocéntrica. Así, el art. 71 de la CRE dispone una protección integral a la naturaleza, de la cual el ser humano hace parte. Consecuentemente, la única forma de proteger a la naturaleza en su totalidad es cambiando la visión antropocéntrica desde la cual los recursos naturales solo constituyen una fuente exclusiva de bienes y servicios ambientales para el beneficio del ser humano. El agua, los bosques, el petróleo, los minerales, etc., se encuentran en estrecha relación con el ser humano; en la medida en que se ponga en riesgo la existencia de los recursos naturales, la sobrevivencia del ser humano no podrá ser asegurada.

El estado de sitio y la libertad de expresión en las Constituciones del Ecuador

Dr. Patricio Salazar Oquendo¹⁸⁷
patricksalazar@hotmail.com

Introducción

El estado de excepción es uno de los institutos de emergencia de naturaleza político e institucional previsto en las Constituciones de la República del Ecuador como excepción a la vigencia plena de los derechos y garantías constitucionales, por razones extraordinarias o situaciones que amenazan en forma inminente la supervivencia del Estado.

Uno de los derechos fundamentales afectado por el estado de sitio es la libertad de prensa, puesto que "... permite al Estado imponer limitaciones extraordinarias a los derechos de las personas. Originalmente arrestar o trasladar personas, posteriormente extendido de una manera muy amplia a todos los derechos relacionados con las causas del Estado de sitio, siendo la libertad de prensa y la libertad de reunión las primeras afectadas" (Bercholz, J. 2008, pp.192-193).

El titular del Estado de excepción en el Ecuador es el Presidente de la República, que asume para este efecto facultades extraordinarias, fundamentado en el presupuesto de amenaza grave e inminente al orden jurídico establecido: del peligro de agresión externa, grave conmoción interna, desastres naturales, se han incluido causas ecológicas, económicas, políticas, etc.

187 Docente de la Universidad Central del Ecuador, ex director de la carrera de Derecho, Magíster en Educación Superior mención en Ciencias Jurídicas, Doctor en Jurisprudencia, Especialista en Gestión en Procesos, Licenciado en Ciencias de la Información.

Las facultades extraordinarias que asume el Ejecutivo son regladas y limitadas por las disposiciones normativas constitucionales.

Todas las Constituciones del Ecuador a partir de 1830 contemplan normas que garantizan la libertad de expresión del pensamiento, así como disposiciones relativas al estado de sitio o de excepción, en el presente artículo se realiza un seguimiento analítico sobre esta confrontación entre la garantía del derecho a la libertad de expresión, de comunicación y el estado de excepción a lo largo de la historia constitucional ecuatoriana.

1. El estado de sitio

El estado de sitio, tiene múltiples sinónimos incorporados en los textos constitucionales como en la doctrina constitucional, así se le denomina también: estado de excepción, estado de emergencia, estado de catástrofe, estado de anormalidad, estado de alarma, estado de crisis, estado de calamidad, etc.

El Estado de excepción junto a los decretos urgentes en materia económica es uno de los institutos de emergencia de naturaleza político e institucional previsto en el texto de la Constitución de la República del Ecuador; su denominación corresponde a su naturaleza jurídica, puesto que la normalidad es la vigencia plena del orden jurídico garantista del estado de derechos, consagrado a cumplir y hacer cumplir las garantías constitucionales y los derechos constitucionales (humanos de los ciudadanos) por sobre cualquiera otra consideración; en cambio la excepción es la suspensión de la vigencia de estas garantías y derechos constitucionales reconocidas a los ciudadanos, por razones extraordinarias o situaciones que amenazan en forma inminente la supervivencia del Estado y el orden jurídico constituido.

El estado de excepción o de sitio tiene múltiples definiciones en la doctrina latinoamericana, vale examinar algunas de ellas.

Una visión ecuatoriana nos da la siguiente definición:

El estado de sitio es la regulación jurídica de excepción en virtud de la cual se suspenden parcial y transitoriamente las garantías constitucionales para proteger el orden público de un motín interno o de una agresión exterior o para defender a la sociedad de la acometida de hechos naturales de gravedad (Borja, R. 2012, p. 505).

La amenaza al orden público puede obedecer a factores internos (una sublevación o alzamiento en armas civil o militar, una ocupación o toma de sectores estratégicos para la economía, etc.) o a factores externos (invasión extranjera o guerra internacional); o a factores de la naturaleza; inundaciones, terremotos, tsunamis, que causen grave conmoción social.

También se ha considerado el estado de sitio, como un fenómeno de los denominados institutos de emergencia "... que permite al Estado imponer limitaciones extraordinarias a los derechos de las personas. Originalmente arrestar o trasladar personas, posteriormente extendido de una manera muy amplia a todos los derechos relacionados con las causas del Estado de sitio, siendo la libertad de prensa y la libertad de reunión las primeras afectadas" (Bercholz, J. 2008, pp.192-193).

La excepcionalidad, está en la limitación o suspensión temporal de los derechos humanos: el derecho a la libertad de tránsito, de prensa o de comunicación, de reunión; e incluso de la libertad personal, etc. Es un escenario de inseguridad jurídica previsto en la Constitución.

El titular del Estado en el caso del Ecuador es el Presidente de la República, mismo que asume facultades extraordinarias, bajo el presupuesto de amenaza grave e inminente al orden jurídico establecido; poderes extraordinarios que deben ser ejercidos en el menor tiempo posible; deben cesar tan pronto desaparezcan las causas que lo ocasionaron. Trujillo Kaku (2009) afirma "los estados de excepción son situaciones en las que el Poder Ejecutivo no puede salvar la seguridad externa o el orden público con las facultades ordinarias que la Constitución y las leyes le atribuyen y, por lo mismo, necesita para el efecto potestades extraordi-

narias hasta que los peligros sean conjurados” (p. 202). Estos peligros que motivan el estado de excepción han ido incrementándose a lo largo de la historia constitucional ecuatoriana: del peligro de agresión externa, grave conmoción interna, desastres naturales, se han incluido causas ecológicas, económicas, políticas, etc.

Los elementos integrantes del estado de sitio son: a) Una mayor concentración del poder en el Ejecutivo, el mismo que asume potestades extraordinarias, con la finalidad de precautelar la supervivencia del Estado; sin embargo dichas facultades son regladas y limitadas por las disposiciones normativas constitucionales; b) Los derechos fundamentales de los ciudadanos son los afectados y suspendidos; c) Su declaratoria debe ser debidamente motivada en derecho y está sujeta a control e incluso a revocatoria por parte del órgano previsto constitucionalmente; d) Tiene como causa un grave peligro a la vida del Estado, al orden jurídico, como la guerra internacional o la guerra interna, o catástrofes naturales.

2. La libertad de expresión en las Constituciones del Ecuador

En el Ecuador desde los albores de su fundación republicana (1830) se expidieron normas que garantizaron la libertad de expresión del pensamiento

2.1. La Constitución de 1830. El 13 de mayo de 1830, el Distrito del Sur o de Quito, se separó y se constituyó en Estado independiente. El 14 de agosto de 1830 se reunió en Riobamba la primera Asamblea Constituyente que aprobó la primera Constitución del Estado del Ecuador el 11 de septiembre del mismo año.

El artículo 64 de esa Constitución, reconoce la libertad de expresión únicamente a los ciudadanos, excluyendo a la mayoría de la población, puesto que una de las condiciones para ser ciudadano era la de tener la propiedad de un inmueble valorado en 300 pesos o ejercer alguna profesión o industria sin relación de dependencia.

El artículo 35 en su numeral primero establece como facultad del Presidente de la República, en el caso de que no se encuentre reunido el Congreso tomar las medidas necesarias en caso de invasión exterior o conmoción interior, previa calificación del peligro por el Consejo de Estado, lo que puede asimilarse como la facultad para decretar el estado de sitio.

2.2. Las siguientes Constituciones de la República del Ecuador: 1835, 1843, 1845, 1851, 1852, 1861 tienen un similar texto al concederle facultades extraordinarias al Presidente de la República en caso de guerra internacional o de grave conmoción interna.

Las Constituciones desde 1830 hasta 1861 no facultan que el estado de sitio permita la afectación a la libertad de expresión o la libertad de comunicación, aunque en los hechos así ocurrió, incluso sin la necesidad de tal declaratoria.

2.3. En la Constitución de 1869 en el numeral 12 del art. 60 se norma por primera vez el estado de sitio en los siguientes términos:

Declarar en estado de sitio, con acuerdo del Congreso, o en su receso del Consejo de Estado, íntegra o parcialmente el territorio de la República por tiempo determinado, en caso de suceder o amenazar ataque exterior o conmoción interior; y decretar su cesación. Si reunido el Congreso durare todavía el estado de sitio, corresponde al Poder Legislativo decretar la cesación o continuación (Trabucco, 1975, p. 220.)

En esta Carta constitucional por primera ocasión se afecta la libertad de expresión, al facultarle al gobierno en el numeral 4: “Prohibir las publicaciones y reuniones que a su juicio favorezcan o exciten el desorden” (Trabucco, 1975, p. 220).

2.4. La Constitución de 1878 reconoce facultades extraordinarias al Presidente de la República en caso de invasión exterior o de conmoción interior previa autorización del Congreso o del Consejo de Estado, en el caso de que el primero no estuviese re-

unido; pero estas facultades extraordinarias no le permiten limitar o suspender la libertad de expresión. Las Constituciones de 1883, 1897, 1906, 1945, reproducen con pequeñas variaciones de redacción el texto de la Carta Política de 1878.

2.5. La Constitución de 1946, introduce como innovación, que una de las facultades del Ejecutivo, en el caso de amenaza de inminente invasión exterior, de conflicto internacional o conmoción interna, es establecer la censura previa, exclusivamente de noticias en la prensa y la radio, según el art. 94 ordinal 10o. (Trabucco, 1975, p. 428.)

2.6. La Constitución de 1967 en el art. 28, garantiza la libertad de opinión y de expresión del pensamiento en forma amplia y detallada:

Sin perjuicio de otros derechos que se derivan de la naturaleza de la persona, el Estado le garantiza:

4o.- La libertad de opinión y la de expresión del pensamiento por cualquiera de los medios de comunicación colectiva, siempre que se respeten la ley, la moral y la honra de las personas.

Este derecho se ejercerá tomando en cuenta que los medios de comunicación colectiva tienen por objeto primordial la defensa de los intereses nacionales y la difusión de la cultura, y que deben constituir un servicio social acreedor al respeto del Estado. Ninguna autoridad o funcionario podrá suspender, clausurar, secuestrar o incautar publicaciones, imprentas u otros medios de comunicación colectiva.

Tampoco se perseguirá o encarcelará a pretexto de delitos cometidos por dichos medios, a sus directores, redactores y demás trabajadores y auxiliares, salvo resolución judicial (Trabucco, 1975, p. 462).

Entre las facultades extraordinarias del Ejecutivo, en el art. 186 de la Constitución, se encuentra la de establecer censura previa en la prensa, la radio y la televisión cuando se declare el estado

de sitio, el mismo que a su vez es factible en caso de conmoción interna o de conflicto con el exterior, de conformidad con el art.185.

2.7. La Constitución Política de 1978, aprobada por Referéndum, en la primera parte, Título II, Sección I, en el numeral 4 del art.19, reconoce: “El derecho a la libertad de opinión y a la expresión del pensamiento por cualquier medio de comunicación social, sin perjuicio de las responsabilidades previstas en la ley.

Toda persona que fuere afectada por afirmaciones inexactas o agravada en su honra por publicaciones hechas por la prensa u otros medios de comunicación social, tendrá derecho a que éstos hagan la rectificación correspondiente en forma gratuita” (Registro Oficial No.183, 1993-05-05, p. 3).

La libertad de opinión, de expresión constituyen la exteriorización de la libertad de pensar; en este sentido la libertad de expresión tiene repercusiones trascendentales en la sociedad, se torna en derecho colectivo; está en íntima vinculación con la utilización de los medios de comunicación.

La Constitución, “habla” de medios de comunicación social, entre ellos la imprenta, radio, televisión, cine, discos; y también las formas de comunicación: cara a cara, por medio de altoparlantes, en conferencias, etc.

La libertad de expresión del pensamiento, es en realidad la libertad de comunicación, la misma que abarca el derecho de opinión y el de información, investigación y acceso a las fuentes de información.

El derecho a la información, que está implícitamente reconocido por el derecho de expresión del pensamiento, conlleva la libertad de informar, como la de estar informado o informarse, de conocer las cosas que son necesarias para la supervivencia, para el desarrollo del ser humano individual y colectivamente considerado.

La Constitución de 1978, entre los límites a la libertad de expresión establece la Seguridad del Estado. Todo Estado, independientemente de su orientación ideológica, precautela su supervivencia.

El ordenamiento jurídico de un Estado puede verse afectado por dos causas:

- a) Desórdenes internos: revoluciones, levantamientos, huelgas, que ponen en peligro, básicamente la estabilidad del Gobierno;
- b) Agresiones externas, invasiones, conquistas o guerra internacional, generalmente originadas en problemas limítrofes o en intereses económicos y estratégicos.

Entre las atribuciones y deberes del Presidente de la República que constan en el art. 79 de la Constitución, el literal ch) dispone: “mantener el orden interior, cuidar de la seguridad exterior del Estado y determinar la política de seguridad nacional”; y el literal le faculta declarar el estado de emergencia nacional y en el numeral 5 establecer la censura previa en los medios de comunicación social: “Declarar el estado de emergencia nacional y asumir las siguientes atribuciones o algunas de ellas, en caso de inminente agresión externa, de guerra internacional o de grave conmoción o catástrofe interna y notificar al Congreso Nacional, si estuviere reunido o al Tribunal de Garantías Constitucionales” (Registro Oficial N°.183, 1993-05-05, p. 15.)

Se le reconoce al Gobierno constitucional, amplias atribuciones para proteger la seguridad del Estado y la estabilidad democrática; bajo el supuesto, de que supremos intereses, como es la supervivencia de la sociedad en situaciones de crisis, están sobre el derecho de la libertad de prensa.

En caso de invasión o de agresión externa, se encuentra justificada esta restricción, por cuanto, cierto tipo de informaciones, transmitidas por la radio y la televisión, pueden remontar las fronteras del Estado y ser captadas por el enemigo, ayudándole incluso en forma involuntaria en la planificación de sus maniobras.

2.7.1. Declaración del estado de emergencia y limitación de la libertad de expresión de conformidad con la Constitución de 1978.

2.7.1.1. En nuestro país, la atribución del art. 79, literal m, numeral 7, fue utilizada por causa de la inminente agresión externa por parte del Perú a partir del 22 de enero 1981. El presidente Jaime Roldós Aguilera mediante Decreto Ejecutivo N°. 876 de 28 de enero de 1981 declaró el estado de emergencia nacional y asumió todas las atribuciones contempladas en la letra n, del art. 78 de la Constitución (hoy art.79, literal m), entre ellas la censura previa en los medios de comunicación; esta atribución cesó el 13 de febrero 1981, por disposición del Decreto Ejecutivo N°. 899. Sin embargo muchos observadores, consideraron que, en este caso la censura previa a los medios de comunicación colectiva, determinó que no se difundieran las tesis territoriales del Ecuador por parte de las agencias internacionales de noticias y por lo mismo, no se obtuvo el favor de la opinión pública internacional, en forma oportuna y eficiente.

En los casos en que se trata de grave conmoción o catástrofe interna, antes que la preservación del Estado, se precautela la estabilidad del Gobierno y del sistema político-económico y social vigente.

En los casos en que el Presidente, asumía las atribuciones del literal m) del art. 79 de la Constitución, ya sea en su totalidad o parcialmente, tenía la obligación de notificar al Congreso Nacional, si se encontraba reunido, o caso contrario al Tribunal de Garantías Constitucionales, con el objeto que establezcan si se justifica la ejecución de estas atribuciones que restringen las garantías constitucionales.

El Presidente de la República no requería autorización previa, solo notificaba; es una atribución amplísima que se le otorgaba, en consideración de la emergencia, que demanda medidas oportunas e inmediatas.

Si el gobierno abusaba de esta facultad, en contrapartida el Congreso Nacional o el Tribunal de Garantías Constitucionales en primera instancia y la sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia en segunda instancia, tenían la facultad de revocar o suspender el decreto de emergencia y restablecer las garantías constitucionales.

Si la censura previa a los medios de comunicación no se justificaba, el Tribunal de Garantías Constitucionales, cuando el Congreso se encontraba en receso, podía suspender total o parcialmente el decreto ejecutivo que la estableció, de conformidad con art. 146 ordinal 1, y si así determinaba, sometía la resolución a consideración de la sala constitucional de la Corte Suprema de Justicia, para su dictamen definitivo:

Art. 146.- Compete al Tribunal de Garantías Constitucionales:

1.- Conocer y resolver las demandas que se presentaren sobre las leyes, decreto-leyes, decretos, resoluciones, acuerdos u ordenanzas que fueren inconstitucionales por el fondo o por la forma y suspender total o parcialmente sus efectos:

El Tribunal someterá su resolución a la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia en el plazo máximo de ocho días. La resolución de la Sala Constitucional será definitiva y de efectos generales.

La disposición Constitucional citada concuerda con el último inciso del numeral 7, literal m) del art. 79 de la Constitución codificada.

Un jurisprudencia ecuatoriano, al comentar sobre similar norma del art. 79 literal m, numeral 5, que consta en la Constitución de 1946 en el art. 94, numeral 10:

Parece absolutamente justificada esta restricción. Hay libertad absoluta para expresar el pensamiento, para divulgar noticias, pero si estamos en algunos de los casos de este artículo; amenaza inminente de invasión externa, conflicto internacional o conmoción interior, estos

altos intereses de la patria y de la sociedad y de un pueblo determinado hacen que pueda establecerse cierto menoscabo a la libertad de expresión del pensamiento (Lovato, J. 1961, p. 25).

2.7.1.2. Estado de emergencia sin restricción de la libertad de expresión. Por segunda ocasión desde que el Ecuador retornó al sistema democrático en 1979, se declaró el Estado de emergencia el 21 de octubre de 1982, por parte del presidente demócrata cristiano Osvaldo Hurtado, el mismo que asumió parcialmente las atribuciones contempladas en la letra n, del art. 78 de la Constitución de 1978, con el fin de reprimir una huelga general de veinticuatro horas organizada por el Frente Unitario de los Trabajadores (FUT, integrado por las tres centrales sindicales ecuatorianas), en protesta por el anuncio de drásticas medidas económicas, incluido el aumento en un ciento por ciento del precio de la gasolina.

La declaración del estado de emergencia coincidió con la presencia, poco difundida de una delegación del Fondo Monetario Internacional (FMI) para renegociar parte de los 4.500 millones (más de 517.000 millones de sucres) de la deuda externa ecuatoriana.

El estado de emergencia, no conlleva la suspensión de la libertad de prensa.

2.7.1.3. Con motivo del alzamiento del comandante general de la Fuerza Aérea, Frank Vargas, el presidente de la República, Ing. León Febres Cordero, políticamente declaró el estado de emergencia, mediante decreto No. 1686 de 13 de marzo de 1986 en el art. 4, estableció la censura previa a los medios de comunicación social: “Art. 4.- Establécese censura previa, en todo el territorio de la República, en los medios de comunicación social que intentaren subvertir el orden” (Registro Oficial N°. 394, 1986, p. 1).

2.7.1.4. Mediante Decreto N°. 1687 de 17 de marzo del mismo año el Presidente de la República, haciendo uso de las atribucio-

nes del art. 78, literal ñ, de la Constitución revocó el estado de emergencia nacional y presentó el informe respectivo sobre los acontecimientos que ocurrieron durante la vigencia del mismo.

Es discutible en este caso la censura de prensa porque ningún medio de comunicación estaba cometiendo actos subversivos, más bien fue una medida para acallar a la oposición política.

2.7.1.5. En cambio, en dos oportunidades, se abusó de esta facultad en el gobierno del Ing. León Febres Cordero que la utilizó como medida preventiva, como arma política, para disuadir la realización de las huelgas nacionales de los trabajadores, desnaturalizando dicha atribución, que requiere de la existencia de la conmoción interna, es decir, que ésta sea real, y no hipotética, o una mera posibilidad derivada de la huelga nacional.

El 27 de octubre de 1987, se expidió el Decreto N°. 3376, declarando el estado de emergencia:

Que los actos ilegales mencionados, en la forma anunciada, provocarán hechos de vandalismo, atentados contra la integridad física de las personas y contra la propiedad pública y privada, creando un grave estado de conmoción interna, que alterará la paz y tranquilidad del país según ocurrió ya el 25 de marzo de este año. (Registro Oficial No.799, 1987, p. 6).

El art. 4 del Decreto, estableció la censura previa en los medios de comunicación social, que intentaren subvertir el orden.

El gerente general encargado del IETEL, siguiendo las instrucciones del gobierno, clausuró por 15 días las siguientes emisoras de Quito: Radio Noticia, Radio El Sol, Radio Nacional Espejo, Radio Cristal, Radio Quito, Radio Exito, Radio Católica, Radio Reloj, Radio Gran Colombia; el pretexto del Ing. Gonzalo Guerrero fue la no adhesión de dichas emisoras a la cadena nacional realizada por el gobierno y liderada por la Radio Nacional del Ecuador y HCJB, para combatir la huelga de los trabajadores; otras no fueron notificadas con la obligación de adherirse a la

cadena y en el caso de la radio El Sol recibió la notificación, al mismo tiempo que la orden de clausura.

El 31 de octubre de 1987 la Asociación Ecuatoriana de Radiofusión realizó una “cadena del silencio”, en la que más de 400 emisoras suspendieron sus transmisiones durante tres horas en rechazo a las limitaciones y clausuras que se efectuaron a pretexto del estado de emergencia, con motivo de la Huelga Nacional de Trabajadores efectuada el 28 de octubre.

El Colegio de Periodistas de Pichincha y la Unión Nacional de Periodistas, antes de los 15 días, y los presidentes de éstos organismos, Lic. Juan J. Paz y Miño y el Dr. Asdrúbal de la Torre, respectivamente, dejaron constancia:

... de que la absoluta censura a la radio, las restricciones impuestas a la televisión y las insinuaciones para forzar el modo con que informen los medios escritos, son métodos que afectan la garantía constitucional de libre expresión; y que esta vez han impedido a la ciudadanía recibir información oportuna veraz y pluralista sobre acontecimientos que tiene derecho a conocer” (Hoy, 1987, 10-29, p. 2A).

El 31 de mayo de 1988, con el mismo fin, de disuadir la realización de la Huelga Nacional de Trabajadores, el presidente Febres Cordero, emitió el decreto N°. 4011, declarando el estado de emergencia nacional y estableciendo la censura previa en los medios de comunicación.

El informe de los vocales del Tribunal de Garantías Constitucionales, doctores José Santos Rodríguez y Jorge Zavala Egas, sobre el Decreto N°. 4011, señala que el mismo fue inconstitucional:

5. La conmoción interna que revista esa naturaleza debe hallarse configurada por acciones y actos concretos y evidentes atentatorios contra la seguridad del Estado, su normalidad funcional y estructura jurídica fundamental; y no por incitaciones, manifestaciones, paros, huelgas o hechos similares, que bien pueden

ser afrontados y resueltos mediante el ejercicio de la autoridad, utilizando procedimientos legales comunes, sin necesidad de recurrir al estado de excepción.

7. Por lo expuesto el Decreto N°. 4011 es inconstitucional; adolece de inconstitucionalidad de fondo; y es también inconstitucional en cuanto a la forma (Tribunal de Garantías Constitucionales, 1988, p. 113).

2.7.1.6. El Gobierno del Dr. Rodrigo Borja también hizo uso de esta atribución, de declarar el Estado de emergencia y establecer la censura de prensa, con motivo del paro que realizaron los pobladores de la provincia del Cañar para exigir obras de desarrollo.

El gobierno dictó el Decreto N°. 616 el 9 de mayo de 1989, publicado en el Registro Oficial N°. 186 de la misma fecha, para reprimir el paro del Cañar; en realidad no hubo conmoción interna y peor que revista visos de gravedad, fue la expresión de protesta ante el incumplimiento del gobierno de los compromisos contraídos con la población, constantes en el acta que permitió el levantamiento del primer paro realizado en el mes de enero.

2.8. Estado de emergencia y limitación de la libertad de expresión en la Constitución de 1998. La Constitución de 1998, en el art. 23, en los numerales 9 y 10, reconoce como garantía fundamental de los ecuatorianos el derecho a la libertad de expresión del pensamiento, en forma amplia, que incluye el derecho a fundar medios de comunicación:

9. El derecho a la libertad de opinión y de expresión del pensamiento en todas sus formas, a través de cualquier medio de comunicación, sin perjuicio de las responsabilidades previstas en la ley. La persona afectada por afirmaciones sin pruebas o inexactas, o agraviada en su honra por informaciones o publicaciones no pagadas hechas por la prensa u otros medios de comunicación social, tendrá derecho a que estos hagan la rectificación correspondiente en forma obligatoria, inmediata y gratuita, y en

el mismo espacio o tiempo de la información o publicación que se rectifica.

10. El derecho a la comunicación y a fundar medios de comunicación social y a acceder, en igualdad de condiciones, a frecuencias de radio y televisión

El estado de emergencia se establece en la Constitución de 1998 como facultad del Presidente de la República y por primera vez en la historia del constitucionalismo ecuatoriano se regula en un capítulo, el cuatro:

Del Estado de emergencia. Artículo 180.- El Presidente de la República decretará el estado de emergencia, en todo el territorio nacional o en una parte de él, en caso de inminente agresión externa, guerra internacional, grave conmoción interna o catástrofes naturales. El estado de emergencia podrá afectar a todas las actividades de la sociedad o algunas de ellas.

Artículo 181.- Declarado el estado de emergencia, el Presidente de la República podrá asumir las siguientes atribuciones o algunas de ellas:

5. Disponer censura previa en los medios de comunicación social.
6. Suspender o limitar alguno o algunos de los derechos establecidos en los números 9, 12, 13, 14 y 19 del artículo 23, y en el número 9 del artículo 24 de la Constitución;

Artículo 182.- El Presidente de la República notificará la declaración del estado de emergencia al Congreso Nacional, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la publicación del decreto correspondiente. Si las circunstancias lo justificaren, el Congreso Nacional podrá revocar el decreto en cualquier tiempo. El decreto de estado de emergencia tendrá vigencia hasta por un plazo máximo de sesenta días. Si las causas que lo motivaron persistieren, podrá ser renovado, lo que será notificado al Congreso Nacional. Cuando las causas que motivaron el estado de emergencia hayan desaparecido, el Presidente de la República

decretará su terminación y, con el informe respectivo, notificará inmediatamente al Congreso Nacional.

También debe ser susceptible de apreciación material en actos irrefutables evidentes que lesionen la seguridad del Estado, su estructura jurídica. La conmoción tiene que existir con afanes desestabilizadores, caso contrario, la censura previa, el estado de emergencia, serán el manto encubridor de la represión injustificada y dictatorial para aniquilar la oposición democrática y la justa protesta de la ciudadanía.

El estado de emergencia, la censura previa a los medios de comunicación social, se justifican como medidas excepcionales, para controlar hechos de extraordinaria gravedad, violencia, que no pueden resolverse mediante el ejercicio de la autoridad, utilizando los procedimientos legales comunes.

2.8.1. Gobierno de Jamil Mahuad. En este gobierno se decretan varios estados de emergencia:

2.8.1.1. El 7 de enero de 1999, se dicta el estado de emergencia para la provincia del Guayas por el tiempo de 60 días, mediante Decreto Ejecutivo N. 483, que tuvo como fin combatir la delincuencia y suspendió la vigencia de los derechos establecidos en el artículo 23, numerales 12 (inviolabilidad del domicilio) y 14 (derecho a transitar libremente) de la Constitución. El mismo fue ampliado por igual período en dos oportunidades y fue derogado en julio de 1999; en esta ocasión no se afectó el derecho a la libertad de expresión (Registro Oficial N°. 105, 1999 S.S.).

2.8.1.2. El 30 de noviembre de 1999, el presidente Yamil Mahuad, emitió el Decreto Ejecutivo N°. 1557, declarando el Estado de Emergencia en la provincia del Guayas, bajo las mismas condiciones que el Decreto anterior, combatir la delincuencia (Registro Oficial N°. 332, 1999).

2.8.1.3. A nivel nacional el gobierno de Jamil Mahuad declaró por tres oportunidades el estado de emergencia, sin embargo en ninguno de ellos limitó o afectó la libertad de expresión del pen-

samiento y tuvieron la finalidad de “restablecer las condiciones requeridas para el normal desarrollo de las actividades ciudadanas”: el 9 de marzo de 1999 para frenar las protestas sociales frente a la crisis económica, mediante Decreto Ejecutivo 681 (Registro Oficial 148, 1999).

El 6 de julio de 1999 se estableció el estado de emergencia, a pesar de que oficialmente no se impusieron restricciones a la libertad de expresión del pensamiento, sin embargo, en la provincia de Manabí, un cronista gráfico fue agredido por la Policía, y su cámara fue destruida; el 13 de julio de 1999, el Congreso derogó el decreto de estado de emergencia.

El 5 de enero de 2000, emitió el Decreto Ejecutivo N°. 1674, publicado en el Suplemento del Registro Oficial N°. 357 del lunes 10 de enero de 2000, a través del cual suspende los derechos contenidos en los numerales 12, 14 y 19 del artículo 23 de la Constitución, y dispone la aplicación de la Ley de Seguridad Nacional; el 11 de enero de 2000 se modifica la disposición anterior por el Decreto Ejecutivo N°. 1682; no se afecta la libertad de expresión, pero se sustituye el artículo segundo, disponiendo la movilización nacional total en los términos y con todas las consecuencias de la Ley de Seguridad Nacional (Registro Oficial N°. 360, 2000).

El estado de emergencia se declaró para frenar las manifestaciones de protesta que se extendieron por el país demandando la destitución del presidente Jamil Mahuad por la crisis económica que afectó al Ecuador entre 1998 y 1999, causada por las excesivas canonjías y privilegios otorgados a los banqueros, mediante la aprobación de la Ley de las Finanzas Públicas que permitió el otorgamiento de préstamos sin las debidas garantías, lo que fue aprovechado por los propios socios de los bancos para realizarse auto préstamos, desfinanciando las entidades bancarias; lo que sumado a la caída del precio del petróleo a USD 7 y una inflación del 60,7%, ocasionó el cierre de varias instituciones bancarias, crisis que se agudizó por las inundaciones provocadas por el fenómeno del Niño, lo que ocasionó el desastre del sector

agrícola, en particular del agro-exportador de la región costanera (El Comercio.com).

La depreciación del sucre fue el detonante, en los primeros días del año 2000, el dólar se apreció en torno a un 30%, hasta 25.000 sucres, cuando a principios de 1999 el tipo de cambio fue de 7.000 sucres; lo que determinó que el presidente Jamil Mahuad, el 9 de enero del 2000 implemente la dolarización de la economía, con lo cual el Ecuador dejó de tener moneda propia y adoptó el dólar norteamericano como su moneda nacional, resolviendo la crisis a favor de los banqueros.

2.9. Estado de emergencia y limitación de la libertad de expresión en la Constitución de 2008. Como lo hemos constatado a lo largo de las múltiples Constituciones que han regido en el Ecuador la situación de emergencia ha tenido múltiples nombres: estado de sitio, estado de emergencia, facultades extraordinarias, estados de urgencia y en la Constitución del 2008 se le denomina estados de excepción y se la regula en los arts.164, 165 y 166 de la sección 4ª. del Capítulo III que se refiere a la “Función Ejecutiva” que a su vez corresponde al Título IV que tiene como epígrafe: “Participación y Organización del Poder”.

Art. 164.- La Presidenta o Presidente de la República podrá decretar el estado de excepción en todo el territorio nacional o en parte de él en caso de agresión, conflicto armado internacional o interno, grave conmoción interna, calamidad pública o desastre natural. La declaración del estado de excepción no interrumpirá las actividades de las funciones del Estado. El estado de excepción observará los principios de necesidad, proporcionalidad, legalidad, temporalidad, territorialidad y razonabilidad. El decreto que establezca el estado de excepción contendrá la determinación de la causal y su motivación, ámbito territorial de aplicación, el período de duración, las medidas que deberán aplicarse, los derechos que podrán suspenderse o limitarse y las notificaciones que correspondan de acuerdo a la Constitución y a los tratados internacionales.

La excepcionalidad deviene en la restricción o suspensión de derechos humanos fundamentales, autorizados por el propio orden jurídico y su máxima expresión estatutaria la Constitución de la República, puesto que lo normal es la plena vigencia de estos derechos, sobre todo cuando la Constitución ecuatoriana de 2008 insistentemente en su articulado proclama que “El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución”. La disposición citada forma parte de los principios para el ejercicio de los derechos (numeral 9 del art. 11); pero paradójicamente la justificación de la excepcionalidad es la defensa del orden democrático e institucional, precautelar la vigencia de esas libertades y de esos derechos que se suspenden o se restringen, así se concibe en el numeral 1 del art. 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos:

1. En situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente, los Estados Partes en el presente Pacto podrán adoptar disposiciones que, en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de este Pacto, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.

La Constitución de 2008 en el numeral 6 del art.6 dentro del Capítulo VI, consagrado a los “Derechos de Libertad”, que a su vez integra el Título II que tiene como epígrafe “Derecho” y se garantiza a todas las personas en el territorio del Ecuador el derecho a la libertad de opinión y de expresión del pensamiento en todas sus formas y manifestaciones: “6. El derecho a opinar y expresar su pensamiento libremente y en todas sus formas y manifestaciones”. No se considera expresamente el derecho a la comunicación y a fundar medios de comunicación social y el acceso a las frecuencias de radio y televisión, como lo hacía expresamente la Constitución de 1998 en los numerales 9 y 10

del art. 23, lo que se puede considerar un retroceso y sentó las bases para deslegitimar y destruir a los medios de comunicación privados, fortaleciendo los medios de comunicación al servicio del gobierno del economista Rafael Correa.

De conformidad con el art. 164 el alcance territorial del estado de excepción puede ser total o parcial, puede decretarse para que rija en todo el territorio nacional o en una parte concreta del territorio.

Las causas que originan el estado de excepción son: agresión, conflicto armado internacional o interno, grave conmoción interna, calamidad pública o desastre natural.

2.9.1. Agresión. Considero como innecesaria la inclusión de esta causal puesto que está objetivamente comprendida en la causal del conflicto armado internacional, ya que la agresión implica una acción externa, quizás a ello se debe que pese a que en la década de vigencia de la Constitución y al abuso que ha hecho el gobierno de la declaratoria del Estado de excepción, no se haya recurrido a esta causal. La Asamblea General de las Naciones Unidas en el artículo 1 de la Resolución 3314 (1974) define la “agresión” como una acción externa que implica el uso de las armas: “Artículo 1.- La agresión es el uso de la fuerza armada por un Estado contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado, o en cualquier otra forma incompatible con la Carta de las Naciones Unidas”.

2.9.2. Conflicto Armado Internacional o Interno. La causal común es el conflicto armado que puede tener dos vertientes internacional o interno; el primero es evidente que corresponde a una agresión armada de parte de otro Estado y en el segundo se materializa en una guerra civil, en el levantamiento armado de una parte de la población e incluso de un levantamiento armado militar que evidentemente ponen en peligro y atentan contra las instituciones establecidas en la Constitución y desde luego están en riesgo los derechos humanos fundamentales.

2.9.3. Grave conmoción interna. Esta causal del estado de excepción es la que mayor discrecionalidad permite al Presidente de la República y puede ser utilizada como pretexto para acallar la legítima protesta de la población, de los gremios y entidades organizadas de la sociedad; aunque el requisito indicador sea la gravedad de la alteración o perturbación del orden público, que justamente su gravedad radique en que ponga en peligro la estabilidad del orden jurídico, del Estado de Derechos y Justicia; pero el que define el criterio de la gravedad de la conmoción interna es el Presidente de la República y si bien este criterio puede ser revertido por la Corte Constitucional, la realidad del Ecuador en estos diez años de vigencia Constitucional es que la mencionada Corte no es una garantía de control constitucional por su manifiesta dependencia incondicional al poder Ejecutivo; por lo que cualquier protesta legítima corre el riesgo de ser calificada de “conmoción interna”, tanto más que al autoritarismo ha judicializado y criminalizado la protesta social.

2.9.4. Calamidad pública o desastre natural. Al utilizar el texto constitucional la conjunción disyuntiva (o) establece una alternativa en las causas y por consiguiente hay que analizarlas como causas diferentes que conllevan los mismos resultados. La *calamidad pública* se refiere a los factores antropocéntricos, las acciones del hombre que tienen como consecuencia graves daños, perjuicios irreparables a la infraestructura, bienes públicos y privados, servicios públicos, incluida la vida y la integridad física, psíquica y social de los seres humanos; en cambio el *desastre natural* tiene las mismas devastadoras consecuencias que la calamidad pública, pero su causa está en los fenómenos de la naturaleza, en la acción de sus fuerzas ilimitadas, de su acción impredecible y ahora incluso provocada por la irresponsable acción fundamentada en los intereses del gran capital, de potencias como los Estados Unidos que ignoran el calentamiento global y su grave afectación a la ecología planetaria y persisten en sacrificar el bienestar de la colectividad mundial en favor de las transnacionales financieras de propiedad de una minoría de la población mundial; como lo afirma Zaffaroni en Jorge O. Ber-

cholc (2008) “Los más graves delitos ecológicos son cometidos por el propio poder económico planetarizado por la globalización. Nada hay que detenga la destrucción acelerada de las condiciones de vida planetaria” (p. 293).

Como efectos de la calamidad pública podemos enunciar: contaminación, derrames de petróleo, fuga de materiales radioactivos, tala de bosques, sequía, hambruna, consecuencias del uso de armas químicas (napalm, bomba atómica, bomba de hidrógeno). Entre las que causan destrucción material y lo que es más grave la pérdida de vidas humanas: incendios forestales, epidemias, pandemias, genocidios, terrorismo, narcotráfico, etc.

Los desastres naturales son causados por olas de calor, olas de frío, inundaciones, movimientos de masa: terremotos, erupciones volcánicas, tsunamis, fenómenos espaciales (choque de meteoritos contra la Tierra), huracanes, tornados, etc.

Como el estado de excepción pretende precautelar el orden democrático, garantizar la vigencia del orden jurídico y los derechos de los ciudadanos, su declaración no implica la interrupción de las actividades de las demás funciones del Estado.

2.9.5. Motivación. El último inciso del art.164 concuerda con el literal l) del art. 76 de la Constitución de la República que establece como una garantía del debido proceso, la obligación de las funcionarias y funcionarios públicos de motivar sus resoluciones, so pena de nulidad.

2.9.6. Principios que rigen el Estado de excepción. La declaración del estado de excepción por el Presidente de la República debe motivarse, fundamentarse en los principios de necesidad, proporcionalidad, legalidad, temporalidad, territorialidad y además debe ser notificada a la Asamblea Nacional, a la Corte Constitucional y a los organismos internacionales de derechos humanos.

2.9.6.1. Principio de Necesidad. Es importante la valoración de que la declaración del Estado de excepción responda a enfrentar

y satisfacer la necesidad imperiosa e inobjetable, puesto que no existe la posibilidad de solucionar la emergencia o la catástrofe con la utilización de los medios normales y de los instrumentos de represión y disuasión ordinarios del Poder Ejecutivo. El peligro o el daño deben ser inminentes, graves y reales.

La amenaza o peligro debe ser, por tanto, grave, presente o inminente, real y objetiva. Es decir, que su valoración no debe estar determinada por una apreciación subjetiva de la autoridad administrativa, ni debe depender únicamente del temor que se tenga de una posible situación de peligro extraordinario, pues de ser así los Estados no estarían facultados para hacer uso de los poderes o prerrogativas del Estado de excepción.

2.9.6.2. Principio de Proporcionalidad. Como es comúnmente aceptado en el derecho, frente a la agresión, a la amenaza de ésta, al daño posible o real, a la catástrofe, al desastre; las soluciones o medidas a tomarse, las acciones a ejecutarse, la represión a utilizarse debe ser proporcional, lo que exige la racionalidad de los medios a emplearse tal como acontece en el derecho penal común que establece como causa eximente de culpabilidad la legítima defensa, la que utiliza proporcionalmente solamente los medios necesarios para repeler la agresión injusta; puesto que la utilización de medios innecesarios, de la fuerza desproporcionada se traduce en exceso de legítima defensa y por consiguiente no exime totalmente de la culpabilidad; en el caso del Estado de excepción el gobernante no está autorizado a usar medidas represivas exageradas, irracionales, desproporcionadas, en este caso su actuación cae en el autoritarismo, abuso del poder, conducta contraria a la democracia que merece ser sancionada; puesto que se trata de medidas contrarias a la justicia y que en vez de permitir superar la crisis, podrían exacerbarla.

2.9.6.3. Principio de Legalidad. La declaración del Estado de excepción debe ajustarse estrictamente a lo permitido por la Constitución como máxima ley de la República, es decir, deben ser consecuentes con el respeto y salvaguarda del orden constitucional.

2.9.6.3. Principio de Temporalidad. Como lo indica su nombre, el estado de excepción se contrapone a lo ordinario, lo normal, por esta razón el tiempo de duración de su vigencia debe contraerse al mínimo, para ello será necesario tomar las medidas, emplear los procedimientos e instrumentos más eficaces y eficientes, que permitan mitigar en el menor tiempo posible la amenaza, remediar el daño y restablecer la normalidad jurídica.

En el caso ecuatoriano la Constitución de la República en el segundo inciso del art. 166 establece el plazo máximo de duración del Estado de excepción de sesenta días, el cual puede prolongarse por treinta días adicionales si no se han superado las causas que lo motivaron; y, requiere que el Presidente de la República dicte un nuevo Decreto renovando dicha medida.

2.9.6.4. Principio de Territorialidad. Como lo habíamos señalado el estado de excepción puede aplicarse a la totalidad del territorio ecuatoriano o parcialmente a una parte de él, atendiendo a la división político administrativa (regiones, provincias, cantones); lo que permitirá aplicar esta medida al territorio concreto y de no ser necesario no involucrar a otros espacios geográficos que no se encuentran afectados por la crisis, amenazados por el daño o la catástrofe.

2.9.6.5. Principio de Razonabilidad. El derecho como construcción social, es producto de la razón del ser humano, en este sentido responde a una realidad y a una necesidad social históricamente determinadas; realidad vinculada a su espacio vital, a la forma en produce los medios necesarios para su subsistencia, los instrumentos que utiliza, sus relaciones con los demás hombres en el proceso de producción. La razonabilidad, por consiguiente, tiene su sello y su esencia en un espacio y un tiempo determinados; por otro lado, la razonabilidad integra los principios ya analizados.

2.9.7. Estado de excepción y censura previa a la información. El artículo 165 de la Constitución de la República del Ecuador, vigente señala las atribuciones o facultades que puede ejercer al

Palabra

decretar el Estado de excepción, entre ellos la censura previa en la información de los medios de comunicación social; a la vez que establece que la limitación o la suspensión del ejercicio del derecho a la libertad de información se sujetará a los términos que señala la Constitución:

Art. 165.- Durante el estado de excepción la Presidenta o Presidente de la República únicamente podrá suspender o limitar el ejercicio del derecho a la inviolabilidad de domicilio, inviolabilidad de correspondencia, libertad de tránsito, libertad de asociación y reunión, y libertad de información, en los términos que señala la Constitución.

Declarado el estado de excepción, la Presidenta o Presidente de la República podrá:

1. Decretar la recaudación anticipada de tributos.
2. Utilizar los fondos públicos destinados a otros fines, excepto los correspondientes a salud y educación.
3. Trasladar la sede del gobierno a cualquier lugar del territorio nacional.
4. Disponer censura previa en la información de los medios de comunicación social con estricta relación a los motivos del estado de excepción y a la seguridad del Estado.
5. Establecer como zona de seguridad todo o parte del territorio nacional.
6. Disponer el empleo de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional y llamar a servicio activo a toda la reserva o a una parte de ella, así como al personal de otras instituciones.
7. Disponer el cierre o la habilitación de puertos, aeropuertos y pasos fronterizos.

8. Disponer la movilización y las requisiciones que sean necesarias, y decretar la desmovilización nacional, cuando se restablezca la normalidad.

Además de decretar el estado de emergencia para establecer la censura previa en los medios de comunicación, durante el gobierno autoritario del economista Rafael Correa los medios de comunicación fueron obligados a observar permanente autocensura previa, bajo la amenaza permanente de ser intervenidos, incautados y los periodistas perseguidos, presos, vilipendiados y desacreditados en las permanente sabatinas; el caso más relevante lo protagonizó el gobierno con los directivos y periodistas del diario El Universo: Carlos, César y Nicolás Pérez y Emilio Palacio, a quienes mediante la intervención directa del Presidente de la República en las decisiones judiciales, incluida la sentencia emitida por la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, se condenó a tres años de prisión y al pago de una indemnización de 40 millones de dólares a favor del presidente Rafael Correa; interferencia que mereció la desaprobación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y que esta dicte medidas cautelares en favor de los directivos del diario El Universo, Carlos, César y Nicolás Pérez y para el exeditor de opinión, Emilio Palacio.

2.9.7.1. Decretos declarando el Estado de Excepción. En el período 2008 al 2017 se han dictado alrededor de 78 Decretos Ejecutivos, declarando el estado de excepción o renovando el mismo exageradamente sin observar la disposición constitucional que autoriza la prolongación de las medidas extraordinarias hasta por treinta días más, como ocurrió con el estado de emergencia que se decretó sobre la Asamblea Nacional, que tuvo una duración de 912 días, desde el 9 de octubre de 2010 al 6 de abril de 2013; situación que revela la emergencia permanente a la que fue sometido el Ecuador en el gobierno del economista Rafael Correa Delgado; contrariando el presupuesto de la emergencia, hechos imprevistos, que como tales deben ser resueltos en el corto tiempo, un máximo de 90 días según la Constitución

ecuatoriana (máximo de sesenta días, renovables por treinta días adicionales); como dice Ubertone (2008) en Bercholz Jorge: “Si lo que antes mirábamos como emergencia (algo que “emerge” súbitamente) ahora es lo permanente, lo cotidiano, eso ya no es emergencia” (p. 205).

El actual presidente del Ecuador licenciado Lenín Moreno, expidió el primer Decreto Ejecutivo declarando el estado de excepción en las provincias de Manabí y Esmeraldas, mediante el cual renueva las declaraciones anteriores originadas en el terremoto que ocasionó el desastre natural el 16 de abril de 2016 y sus réplicas, “situación que se ha visto agravada por la cruda estación invernal” que afecta a dichas provincias.

2.9.7.2. Estados de excepción que limitaron la libertad de expresión. Mediante tres Decretos Ejecutivos el gobierno hizo uso de la declaratoria del estado de excepción ejerciendo la facultad establecida en el numeral 4 del art. 165 de la Constitución vigente: el Decreto N°. 755 de 15 de agosto de 2015; Decreto N°. 1276 de 14 de diciembre de 2016; y, Decreto N°. 1294 de 12 de enero de 2017.

2.9.7.2.1. Decreto N°. 755 de 15 de agosto de 2015. La declaratoria del estado de excepción se fundamentó en la posibilidad de erupción del volcán Cotopaxi y la censura previa de la información, ésta relacionada específicamente con esta amenaza de la naturaleza:

Art. 5.- Para efectos de garantizar la seguridad ciudadana, se decreta la censura previa en la información que, respecto al proceso eruptivo del volcán Cotopaxi, emitan los medios de comunicación social. La ciudadanía sólo podrá informarse por los boletines oficiales que, al respecto, emita el Ministerio Coordinador de Seguridad, quedando prohibida la difusión de información no autorizada por cualquier medio de comunicación social, ya sea público o privado, o ya sea por redes sociales. Esta censura previa será restringida exclusivamente a la información relacionada con esta emergencia, quedando prohibida categóricamente aplicarla

a fines que no sean aquí los establecidos. Para estos propósitos, se declara a la Secretaría Nacional de Comunicación como autoridad designada para los efectos establecidos en el artículo 75 de la Ley de Comunicación.

El citado Decreto recibió el rechazo de algunos grupos sociales porque en el art. 4 se declaró la movilización nacional, otorgándole al “Gabinete Sectorial de Seguridad” la potestad de “suspender los derechos constitucionales a la inviolabilidad del domicilio, de tránsito, de reunión y de correspondencia”; lo que se consideró una medida política del régimen para reprimir las marchas y protestas contra el régimen. “El presidente de la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador, Jorge Herrera, señaló que esta semana policías ingresaron a las casas de quienes participaron en protestas contra el régimen en Saraguro, en Loja, y atribuye que lo habrían hecho amparados en el estado de excepción vigente”. *El Universo* (23/08/2016).

2.9.7.2.2. Decreto N°. 1276 de 14 de diciembre de 2016. La causa del mencionado decreto según el art. 1 son las agresiones en contra de miembros de la Policía Nacional y Fuerzas Armadas, en la provincia de Morona Santiago (cantones San Juan Bosco y Limón Indanza) por parte “grupos ilegalmente armados”, que han generado grave conmoción interna.

Entre las facultades que considera este Decreto que declaró el estado de excepción está la movilización del personal de la Policía Nacional y de las Fuerzas Armadas, así como la suspensión de los derechos a la libertad de expresión y opinión, el derecho a asociarse y reunirse, el derecho a transitar libremente, y el derecho a la inviolabilidad del domicilio:

Art. 3.- SUSPENDER el ejercicio de los derechos previstos en los numerales 13, 14, y 22 del artículo 66 de la Constitución de la República, y el derecho a la información en los términos del numeral 4 del artículo 165 del mismo Código Político, en la provincia de Morona Santiago, que se refieren al derecho a la libertad de expresión y opinión, el derecho a asociarse y reunirse;

el derecho a transitar libremente; y el derecho a la inviolabilidad de domicilio, por cuanto algunos ciudadanos pretenden generar violencia que constituye un riesgo para su vida o integridad física. El Ministerio de Coordinación de Seguridad determinará la forma de aplicar esta medida.

2.9.7.2.3. Decreto N°. 1294 de 12 de enero de 2017. Mediante el cual se declara la renovación del estado de excepción establecido mediante el Decreto N°. 1276 de 14 de diciembre de 2015 y se ratifica en disponer la censura previa a la información de los medios de comunicación social y se reproduce el texto del art. 3 del Decreto N°. 1276 de 14 de diciembre de 2016:

Art. 3.- SUSPENDER el ejercicio de los derechos previstos en los numerales 13, 14, y 22 del artículo 66 de la Constitución de la República, y el derecho a la información en los términos del numeral 4 del artículo 165 del mismo Código Político, en la provincia de Morona Santiago, que se refieren al derecho a la libertad de expresión y opinión, el derecho a asociarse y reunirse; el derecho a transitar libremente; y el derecho a la inviolabilidad de domicilio por cuanto algunos ciudadanos pretenden generar violencia que constituye un riesgo para su vida o integridad física.

El conflicto que originó la declaración del estado de excepción en la provincia de Morona Santiago, enfrentó a los dirigentes shuar y campesinos que protestaron por la presencia de la empresa minera china Exsa, en el campamento La Esperanza

3. Conclusiones

3.1. Desde la Constitución del Estado de la República del Ecuador en 1830, el estado de sitio, el estado de excepción, el estado de emergencia, en su concepto actual no fue considerado en los textos constitucionales de 1835, 1843, 1845, 1851, 1852, 1861, 1878, 1883, 1887, 1906, 1945, aunque las mismas siempre contemplaron la posibilidad de que el Ejecutivo pueda tomar las “medidas necesarias”, en caso de invasión exterior o conmoción

interior, en caso de guerra internacional o de grave conmoción interna, pero en ningún caso se posibilitaba que por estas causas se limitaría la libertad de expresión del pensamiento. De igual manera, el Poder Legislativo es el órgano de fiscalización y de control de estas facultades extraordinarias.

3.2. En la Constitución de 1869 en el numeral 12 del art.60, por primera ocasión se establece el estado de sitio, en caso de ataque exterior o conmoción interior, previo el acuerdo del Congreso o en su receso del Consejo de Estado.

De igual forma se permite la posibilidad de afectar por esta causa la libertad de expresión: “Prohibir las publicaciones y reuniones que a su juicio favorezcan o exciten el desorden”. Cabe indicar que esta Constitución dictada bajo el régimen de García Moreno por su contenido regresivo, antidemocrático fue calificada por el pueblo ecuatoriano como ‘Carta Negra’.

3.3. La Constitución de 1946, no habla de estado de sitio, ni de estado de excepción, ni de estado de emergencia; pero establece por primera ocasión la restricción a la libertad de información, mediante la censura previa, exclusivamente de la prensa y la radio; puesto que la televisión aun no constituía medio de comunicación.

3.4. La Constitución de 1967 en el art. 186 establece que una de las facultades extraordinarias del Presidente de la República cuando declare el estado de sitio por conmoción interna o conflicto exterior es la de establecer la censura, previa en la prensa, la radio y la televisión en concordancia con el art.185.

3.5. La Constitución Política de 1978, facultaba al Presidente de la República declarar el estado de emergencia de conformidad con el literal m) del art. 79 de la Constitución, ya sea en su totalidad o parcialmente y en este caso podía disponer la censura previa a los medios de comunicación. La decisión del gobierno estaba controlada por el Congreso Nacional o el Tribunal de Garantías Constitucionales en primera instancia

y la sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia en segunda instancia, los mismos que podían revocar o suspender el decreto de emergencia y restablecer las garantías constitucionales.

3.6. La Constitución de 1998 en el art. 23, en los numerales 9 y 10, reconoció como garantía fundamental de los ecuatorianos el derecho de la libertad de expresión del pensamiento, en forma amplia que incluye el derecho a fundar medios de comunicación:

Esta Carta constitucional regula el estado de emergencia en el Capítulo IV, art. 180, reiterándose en este caso la facultad de establecer la censura previa en los medios de comunicación social de conformidad con el numeral 5 del art. 181.

3.7. La Constitución vigente de 2008, en el numeral 6 del art. 66, dentro del Capítulo VI, consagrado a los “Derechos de libertad” garantiza a todas las personas en el territorio del Ecuador el derecho a la libertad de opinión y de expresión del pensamiento en todas sus formas y manifestaciones; este derecho puede ser suspendido o limitado en caso de decretarse el estado de excepción al cumplirse las causales establecidas en los artículos 164, 165 y 166 de la Carta Magna ecuatoriana.

3.8. En el análisis del estado de emergencia en el caso del constitucionalismo ecuatoriano, vemos que en la mayor parte de constituciones no se tiene el concepto de estado de emergencia, estado de excepción o estado de sitio, aunque esta situación tampoco constituyó garantía para la plena vigencia de la libertad de expresión, todo lo contrario no hubo necesidad de declarar el estado de emergencia, para tomar represalias drásticas contra la libertad de expresión de quienes han estado en oposición de los gobiernos de turno; y, desde luego de quienes han ejercido la profesión de periodistas o comunicadores.

No fue necesario declarar el estado de sitio en el Ecuador, el 19 de octubre de 1833, el gobierno del general Juan José Flores, ordenó el asesinato de Francisco Hall, Camilo Echanique, Nico-

lás Albán y José Conde, fundadores del periódico “El Quiteño Libre”, siendo esto uno de los primeros atentados a la libertad de expresión del pensamiento a través de la prensa.

Sin embargo hemos visto que a medida que el Estado ecuatoriano va alcanzando mayor desarrollo económico y social, a la prensa se suma la difusión del pensamiento a través de la radio, la televisión; lo que obliga a que cada vez se puntualice y amplíe la normativa que regula el estado de excepción y la censura previa en los medio de comunicación por parte del Presidente de la República, ratificándose la afirmación que la emergencia es “un carácter estructural de las sociedades contemporáneas” en las que se genera el conflicto entre “libertad” y “seguridad” (Faggiani, 2012, p. 227). Desde luego que en esta contradicción es posible que bajo el pretexto de seguridad los gobiernos antidemocráticos utilicen el estado de sitio para vulnerar la libertad de expresión del pensamiento e impedir toda crítica a su administración.

3.9. De lo anterior se desprende que es posible que bajo el pretexto del estado de sitio, se desarrolle una “dictadura constitucional” por el abuso de la potestad discrecional del gobierno de turno en época de crisis (Martínez, 2011, p. 75).

La situación dictatorial se evidencia aún más cuando los gobiernos como en el caso del Ecuador hicieron uso de la Ley de Seguridad Nacional, que impone la represión militar para sofocar y acallar a los opositores, creando incluso tribunales especiales militares para juzgar las contravenciones del estado de sitio, tal como ocurrió el 5 de enero de 2000, con la emisión del Decreto Ejecutivo N°. 1674, publicado en el Suplemento del Registro oficial N°. 357 del lunes 10 de enero de 2000, a través del cual suspende los derechos contenidos en los numerales 12, 14 y 19 del artículo 23 de la Constitución, y dispone la aplicación de la Ley de Seguridad Nacional. “Evidentemente, institución de tribunales excepcionales vulnera una de las garantías fundamentales de la jurisdicción: la garantía de un juez predeterminado

Palabra

por la ley y la prohibición del establecimiento de Tribunales “ad hoc” (Faggiani, 2012, p. 225).

3.10. El reto es cómo evitar que los gobernantes abusen de las facultades derivadas del estado de sitio, es evidente que salta a primera vista la necesidad de limitar estas facultades, precisando el grado de discrecionalidad de los gobernantes, tanto al señalar las causas, como las consecuencias del uso de dichas facultades, las últimas Constituciones ecuatorianas han señalado como órgano de control a la Función Legislativa, al Tribunal Constitucional o Corte Constitucional, aplicando la Doctrina del Derecho Procesal Constitucional, la misma que “comprende tres tipos de jurisdicciones; la de libertad, referida a la protección de los derechos humanos; la orgánica; vinculada a las atribuciones que las Constituciones confieren a los depositarios del poder público, y la transnacional, que observa la conformidad de las disposiciones internas con el contenido de los instrumentos internacionales” (García; Rascado, 2013 p. 566).

Arte y derecho

Rashomon: Sobre la verdad y el derecho

Título: Rashomon (1950)

Director: Akira Kurosawa (Japón). Duración 83 minutos

Temática (palabras clave): verdad, homicidio, pruebas, justicia.

Introducción

Uno de los grandes clásicos en la historia del cine. Esta película del director japonés Akira Kurosawa narra la historia del asesinato de un señor feudal y la violación de su esposa en un bosque en el Japón del siglo XII. En realidad, no se trata de una sino de varias narraciones de los diversos involucrados y testigos en estos crímenes. La obra plantea el problema de la verdad y la justicia; puede ser valiosamente utilizada para reflexionar y debatir sobre la justicia, la verdad, el valor de las pruebas testimoniales, la culpabilidad y la responsabilidad.

He visto esta película durante varios años, con largos intervalos entre cada ocasión, y quizá por ello la película ha sido distinta en cada ocasión. Y es que toda verdadera obra de arte tiene al menos dos características: se multiplica y nos interroga. En efecto, en Rashomon puede descubrirse siempre algo nuevo si se mira con atención renovada, sea en cuanto a su simbolismo o a su lenguaje cinematográfico, en cuanto a su trascendencia o a su limitación estética e histórica. Esta película es como un poliedro al que le nace mágicamente un nuevo lado cada vez que lo observamos.

Estas nuevas aristas de una obra de arte nacen en realidad de las preguntas que es capaz de formularnos, que somos capaces de formularle. Por eso también quien observa el arte se convierte en coautor, contribuye en mayor o menor medida con su gesto de magia. Rashomon es un excelente ejemplo de este fenómeno.

no y por eso aquí expreso las preguntas que la película me ha generado, y apenas bosquejo elementos de respuestas. Pues es cada observador el que debe responder y responderse, y entablar un diálogo o un debate con los demás observadores, en alguna medida coautores.

Como veremos, Rashomon es la película de las diferencias: diferencias en la percepción de la verdad, en los intereses, diferencias de género y sociales, diferencias sobre todo en los valores que tamizan nuestra percepción de la vida.

Análisis

Una furiosa tormenta asedia al templo en ruinas de Rashomon, es la incertidumbre, quizá la pasión, que va demoliendo a la verdad hasta en sus cimientos más sagrados. Tres hombres, un monje, un leñador y un peregrino se refugian de aquella tormenta en el derruido templo mientras dialogan no solo sobre la violación a una mujer y el asesinato de su marido, del cual el leñador fue testigo, sino sobre la verdad, la naturaleza humana, la subjetividad y el ego.

Conforme avanza el filme se presentan varios testimonios de estos crímenes, incluyendo el de un leñador, un conocido delincuente, la mujer ultrajada y el del propio asesinado. Ante un supuesto juez o tribunal van desfilando los testimonios que en principio incriminan al famoso delincuente, pero el desconcierto embarga al espectador conforme va constatando no solo cuanto difieren dichos testimonios entre sí, sino además, cómo cada uno de ellos se acomoda consciente e inconscientemente a los intereses, emociones y percepciones de cada testigo.

Así, Rashomon despliega un poderoso lenguaje cinematográfico en torno a la relación del ser humano con la verdad: ¿existe la verdad?, ¿está a nuestro alcance?, ¿o tiene cada cual su propia verdad conforme a sus intereses y subjetividad? Esta película puede ser vista como un debate filosófico sobre estos problemas,

pero también como una reflexión respecto a la relación entre verdad y justicia.

El primer testimonio de los crímenes en el bosque corresponde al leñador. Alguien supuestamente sin ninguna parcialización o sesgo en los hechos. El abre el debate con el monje y el peregrino en el templo de Rashomon sobre lo verdaderamente ocurrido en aquel bosque. Lo hace exhibiendo su desconcierto por la capacidad humana para la mentira, de lo cual parece implícitamente excluirse. Luego se presentan narraciones dispares sobre los mismos hechos por parte de un delincuente, de la mujer violada y del propio asesinado.

Estas narraciones se intercalan con las reflexiones filosóficas de los hombres que se guarecen de la tormenta en el templo de Rashomon. Contrastan cruelmente sus visiones de la vida. Por un lado, el monje muestra desesperación al no tener en quién o en qué creer: si todos mentimos, si el ser humano hasta se miente a sí mismo ¿se puede realmente creer en algo? Por otro lado, el peregrino exhibe un crudo cinismo: si todos y cada ser humano miente a su conveniencia, hay que aceptarlo y vivirlo. Este choque de valoraciones y percepciones desencadena en el espectador algo intermedio entre estupor y reflexión. Pero Rashomon, como toda gran obra, tiene varias lecturas, y varias de ellas pueden ser muy interesantes para reflexionar sobre la verdad y el derecho.

En los estudios de derecho generalmente se asume que los problemas de interpretación se relacionan exclusivamente con las normas jurídicas plasmadas en textos, pero Rashomon nos hace pensar que la realidad es más compleja. Son los propios hechos, supuestamente puros y duros, incluyendo los hechos con relevancia jurídica, los que pueden ser objeto de interpretación en tanto son siempre percibidos y expresados mediante representaciones del sujeto. No es posible entonces acceder a los hechos sino desde y mediante nosotros mismos: la objetividad no es la antinomia de la subjetividad sino un esfuerzo, en alguna medida

quimérica, de la misma. O lo que es lo mismo: la subjetividad es también una dimensión objetiva de lo objetivo.

Por esta razón en las Ciencias Sociales, particularmente en psicología y antropología, se ha denominado “efecto Rashomon” a la distinta percepción o versión que de los mismos hechos dan distintas personas, debido a la inevitable mediación de su subjetividad, esto es sus experiencias pasadas, valores, expectativas, intereses, emociones y demás condiciones personales que ineludiblemente tamizan nuestra percepción del mundo en un momento dado. ¿Cómo incide el efecto Rashomon en el mundo del derecho?

Estos asuntos tan abstractos y hasta abstrusos impactan directamente en el mundo del derecho sobre cuestiones tan concretas como la teoría de la prueba, el *iter criminis* o la culpa y, en general, la responsabilidad. Nos plantean que, al igual que en la interpretación de las normas, también en la verificación de los hechos es una mayor conciencia de los condicionamientos subjetivos, y no su ingenua negación, la que nos puede permitir una apreciación más cierta de los mismos.

¿Es Rashomon una obra nihilista? ¿El relativismo epistemológico que recorre la obra desemboca en el agnosticismo? El testimonio del leñador sobre el crimen se sugiere ya hacia el final de la película como el más verosímil, el más realista comparado con los demás, pero no como el verdadero, puesto que él leñador también miente por interés respecto al puñal con joyas utilizado para el asesinato, el cual él sustrajo. De esta forma Kurosawa plantea la verdad no como un resultado terminado sino como un esfuerzo, un eterno intento, un proceso. Este carácter de la verdad parecería necesario y suficiente como base existencial y ética. De hecho, al final de la película los tres hombres del diálogo hallan en un rincón del templo un bebé abandonado por sus padres, pero mientras el peregrino despoja a la criatura de parte de sus ropas, el leñador decide adoptarlo y el monje ve en ello un acto para seguir creyendo en el ser humano.

Hay críticos que ven esta escena final de la película como descolgada del resto de la obra, un innecesario y desafortunado añadido. No concuerdo. Aquí Kurosawa, me parece, plantea la relación entre percepción y acción, la forma como nuestra particular visión de un mismo hecho condiciona nuestra conducta. En efecto, los tres hombres encuentran al bebé abandonado pero sus reacciones y conductas difieren sustancialmente y en concordancia a sus percepciones.

Otra aproximación a Rashomon es la de la interculturalidad y el derecho. Los crímenes y el proceso sin sentencia que observamos a lo largo de la película transcurren en el Japón del siglo XII. ¿Cómo afectan las diferencias culturales derivadas de la época, la etnia o el género la valoración y sanción de las conductas humanas como delitos? En el Japón del siglo XII el señor feudal cuya esposa es violada tiene un particular sentido del honor, como también lo tiene ella. Una institución como el duelo, que presenciamos en algunas partes de la película, puede ser en una época o cultura un derecho y en otro contexto cultural o temporal, un delito. Sin embargo, con frecuencia entendemos y aplicamos el derecho bajo el supuesto de una falsa universalidad, una racionalidad supuestamente presente en todo tiempo y lugar, pero que en realidad constituye una forma de imposición colonial de unas culturas sobre otras.

Por otro lado, las diferencias culturales y otras diferencias, no son absolutas, no nos aíslan o incomunican como seres humanos. Rashomon misma fue una primera puerta del cine y en general de la cultura japonesa hacia Occidente. Muchos temas de la película que los cineastas japoneses esperaban fueren incomprensibles o incomprensidos para Occidente resultaron entendibles y hasta compartidos. La interculturalidad, justamente, está construida de estas diferencias y estas dimensiones comunes. Y también el derecho, como fenómeno cultural, gira en torno a esta eterna tensión entre la igualdad y la diferencia.

En esta línea, Rashomon también sugiere conflictos de género y derecho. Al final las razones del asesinato del esposo son pasionales, y lo son también los móviles de la mujer violada y del propio esposo. Este juego de pasiones está imbricado con valores sobre el honor, lo masculino y lo femenino, así como la defensa y la manipulación de las identidades de género. Por supuesto, es necesario aquí un deslinde entre estos valores y visiones del Japón feudal del siglo XII y los que puedan ser aplicables hoy en día. ¿Es Rashomon una película machista? ¿Desarrolla estereotipos sobre el hombre y la mujer?

Otra diferencia que marca a la obra es la socio-económica. Rashomon transcurre en una sociedad feudal, representa al lumpen mediante el delincuente, y la brecha entre campesinos y la casta de los señores. Pero, nuevamente, los deseos y los intereses trascienden las fronteras clasistas revelando una naturaleza humana esencialmente sesgada en las conductas y las percepciones. Un momento simbólico de gran valor estético en este sentido es la escena, en la parte inicial del film, en que el delincuente observa pasar por primera vez a la mujer del señor feudal, en medio de un torbellino de viento y luz que lo despierta y lo obliga a tomar su espada para luchar por la mujer. Es un instante de belleza y seducción más allá de lo moral y lo legal. ¿Hasta donde estas dimensiones subjetivas pueden y deben ser consideradas por el derecho?

No sería justo no decir nada de Rashomon como obra propiamente cinematográfica. Esta película es universalmente reconocida como la puerta por la cual el cine japonés entró a Occidente. Efectivamente, el premio que esta película ganó en el Festival de Venecia lanzó a Kurosawa a la fama y posibilitó que él y otros directores asiáticos fueran vistos con interés y respeto en las pantallas de Occidente. La película revela los dotes magistrales de Kurosawa como director, su capacidad narrativa, el dominio del ritmo y la cámara, la calidad dramática. A partir de un argumento simple se construye el suspenso y se arman preguntas trascendentes ante los ojos

del espectador. No han faltado, por supuesto, críticas, posiblemente justificadas, siendo quizá la más recurrente la de su preciosismo. No obstante, hasta los críticos que hallan más y mayores límites en la película reconocen su trascendencia estética y argumental.

Miradas exteriores

El trabajo esclavo y la distinción entre trabajo decente y trabajo indecente

Regina Duarte, Leticia Guimaraes Nascimento, André Luiz Turi Guimaraes

Entre o céu e a terra. O trabalho escravo e a distinção entre trabalho decente e trabalho ruim

Resumo

Ao escrevermos este artigo nosso objetivo foi o de analisar e propor a discussão de conceitos sobre o trabalho escravo contemporâneo diante da conjuntura política e econômica brasileira. A partir da caracterização jurídica e histórica do trabalho em condições análogas à escravidão, foram examinadas as críticas existentes sobre o conceito atual e sua modificação pela impossibilidade de atender todos os trabalhadores em condições ideais (Falácia do nirvana). Trazendo como exemplos as ocorrências das imigrações bolivianas e o processo de desenvolvimento chinês, o artigo questiona o enquadramento dos conceitos no campo da Teoria da Justiça de John Rawls.

Palavras-chave: Trabalho escravo contemporâneo. Falácia do Nirvana. Teoria da Justiça.

Resumen

Al escribir este artículo nuestro objetivo fue analizar y proponer la discusión de conceptos sobre el trabajo esclavo contemporáneo ante la coyuntura política y económica brasileña. A partir de la caracterización jurídica e histórica del trabajo en condiciones análogas a la esclavitud, se examinaron las críticas existentes sobre el concepto actual y su modificación por la imposibilidad de atender a todos los trabajadores en condiciones ideales (Falacia del nirvana). Trayendo como ejemplos las ocurrencias de

las inmigraciones bolivianas y el proceso de desarrollo chino, el artículo cuestiona el encuadramiento de los conceptos en el campo de la Teoría de la Justicia de John Rawls.

Palabras clave: Trabajo esclavo contemporáneo. Falacia del Nirvana. Teoría de la justicia.

1. Introdução

A Declaração da Filadélfia de 1944, da Organização Internacional do Trabalho (OIT), é expressa no sentido de afirmar a impossibilidade de se considerar o trabalho uma mercadoria, assim como consigna a todos o direito de efetuar seu progresso material e espiritual em liberdade, condições iguais e com dignidade.

O combate à escravidão é um dos princípios norteadores na atuação da OIT na busca do trabalho decente. Em 2016, o relatório da Fundação Walk Free, em parceria com a Organização Internacional para as Migrações (OIM), estimou a existência de 45,8 milhões de pessoas em condições análogas à de escravos no mundo.¹⁸⁸

O Brasil, embora distante da erradicação do trabalho escravo, adotou eficientes medidas de combate à prática, obtendo, nas últimas décadas, conquistas significativas. Além de ser um dos primeiros países a admitir o problema na década de 90, em 2003 lançou o Plano Nacional para a Erradicação do Trabalho Escravo e inseriu no Código Penal¹⁸⁹ um conceito contemporâneo do crime.

Entre os anos de 2003 a 2017, quando a contabilização se tornou mais eficaz, foram resgatados 43.696 trabalhadores em situação de trabalho análogo a escravidão por todo território brasileiro.

188 INTERNATIONAL LABOUR OFFICE. International Labour Office (ILO). Global estimates of modern slavery: Forced labour and forced marriage. Genebra, 2017. 68 p. Disponível em: <https://www.alliance87.org/global_estimates_of_modern_slavery-forced_labour_and_forced_marriage.pdf>. Acesso em: 11 jan. 2018.

189 Decreto-Lei n. 2.848 (Código Penal) (Brasil), publicado no Diário Oficial

Apesar da atenção governamental, as modificações legislativas que amparam o combate ao trabalho escravo soergueram controvérsias desde a origem. No mesmo ano, e nos seguintes, em que o Código Penal foi alterado, projetos de lei foram apresentados para visando restringir o conceito.

O longo e demorado caminho do processo legislativo, porém, foi abreviado com a edição da Portaria 1.129/17¹⁹⁰ pelo Poder Executivo. Destinada à fiscalização administrativa, se depreende o intento claro de se alterar o conceito de trabalho decente a justificar a existência de norma mais branda a regular a fiscalização do trabalho escravo.

Sofrendo pressão interna e externa, o regulamento foi revogado dois meses depois, mas ressuscitou a discussão sobre o real significado de condições análogas à escravidão.

A análise a que nos propomos visa, assim, expor se a alteração conceitual de trabalho escravo contida na antiga Portaria 1.129/17, assim como no Projeto de Lei 3.842/2012,¹⁹¹ é suficiente para afetar a eficácia da fiscalização.

Buscamos entender as críticas ao conceito contemporâneo de trabalho escravo, a denominada “falácia do Nirvana” e a dicotomia entre trabalho decente e trabalho ruim, bem como compreender de que forma esses conceitos podem se enquadrar no campo da Teoria da Justiça de John Rawls.

2. Contexto político econômico

O cenário político brasileiro sofreu agudas modificações nos últimos anos. Depois de 14 anos, o Partido dos Trabalhadores (PT), historicamente à esquerda, mas com flertes à direita, foi alijado

da União em 31 de dezembro de 1940, artigo 149.

190 Portaria n. 1129 do Ministério do Trabalho (Portaria 1.129/2017) (Brasil), publicada no Diário Oficial da União em 16 de outubro 2017.

191 Projeto de Lei 3842/2012 (PL 3842/2012) (Brasil) apresentado em 09/05/2012.

do poder em um conturbado processo de *impeachment*. No lugar da presidente eleita Dilma Rousseff, assumiu o vice-presidente Michel Temer, que durante a crise aliou-se aos opositores.

A mudança da titularidade do mais alto cargo de um dos poderes da República Federativa do Brasil não significou apenas alternância de partidos na presidência. Filiado ao Partido do Movimento Democrático Brasileiro (PMDB), o atual presidente Temer compôs a coligação integrada pelo PT/PMDB, nas eleições de 2010 e 2014,¹⁹² muito mais pela *realpolitik* do que por proximidade ideológica com o partido representante da esquerda moderada brasileira. Durante 22 anos a Presidência da República foi ocupada por partidos aliados à socialdemocracia,¹⁹³ e o advento de Michel Temer representou uma guinada para a direita.

Com a menor popularidade de um presidente do Brasil nos últimos 28 anos¹⁹⁴ e apontado pela agência de análise de risco Grupo Eurásia, como o líder mais impopular do mundo,¹⁹⁵ Temer acolheu como bandeira a realização de reformas estruturais. Valendo-se de um cenário político conturbado, com centenas de políticos acusados de corrupção, aprovou controversas medidas visando à redução dos gastos do Estado e de entraves da atuação empresarial.¹⁹⁶

192 A chapa Dilma-Temer foi eleita, em segundo turno, com o total de 55.752.529 votos (56,05%) em 2010, e 54.501.118 votos (51,64%) em 2014.

193 14 anos com o PT e 8 anos com do o Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB), entre 1994 e 2001, cujo então presidente Fernando Henrique Cardoso possuía mais proximidade com políticas progressistas.

194 BARRETTO, Eduardo “CNI/Ibope: Temer é aprovado por apenas 3% dos brasileiros” – Jornal O Globo de 29 de setembro de 2017- disponível em <https://oglobo.globo.com/brasil/cniibope-temer-aprovado-por-apenas-3-dos-brasileiros-21881663> - acesso em 30 de dezembro de 2017.

195 SCHMIDT, Gustavo. “Levantamento aponta temer como presidente mais rejeitado do mundo” Jornal - O Globo – disponível em <https://oglobo.globo.com/brasil/levantamento-aponta-temer-como-presidente-mais-rejeitado-do-mundo-21994959> - acesso em 20 de dezembro de 2017.

196 Segundo a “Classificação Relativa à Facilidade para Fazer Negócios”

Dentre as reformas realizadas pelo Governo atual, alterou-se a norma que regulamentava a fiscalização do “trabalho escravo”. Com a edição da Portaria nº 1.129/17 se pretendeu coibir excessos da parte dos auditores fiscais no exercício de suas funções, aclarando o conceito de condições análogas à escravidão.

Entidades como a Confederação Nacional da Indústria (CNI), Câmara Brasileira da Indústria da Construção (CBIC), Confederação Nacional da Agricultura (CNA) e a Frente Parlamentar da Agropecuária saudaram as modificações, afirmando que as novas regras poderiam impedir acusações injustas em função de posições subjetivas e ideológicas dos fiscais.

As críticas à Portaria, contudo, foram agudas. Partiram do próprio Governo (Secretária Nacional de Cidadania do ministério de Direitos Humanos), de ex-presidentes (Fernando Henrique Cardoso, Luiz Inácio Lula da Silva e Dilma Rousseff), da Procuradoria-Geral da República e da Organização Internacional do Trabalho (OIT) entre outras instituições.

As considerações contrárias às modificações insurgiam-se pelo fato de a Portaria 1.129 praticamente reduzir o conceito de trabalho escravo ao aprisionamento do trabalhador

No mesmo mês de sua publicação (outubro de 2017), o Supremo Tribunal Federal (STF) concedeu liminar suspendendo provisoriamente a Portaria. Em dezembro de 2017, antes mesmo da apreciação do mérito pelo Tribunal, o Governo recuou publicando nova Portaria (n. 1.293/17¹⁹⁷) restaurando os antigos critérios.

Apesar da revogação, contudo, diversos projetos de lei e emendas constitucionais tramitam no Poder Legislativo versando sobre o tema. As justificativas migram entre dar mais celeridade

realizada pelo Banco Mundial, o Brasil ocupa a 125ª posição, atrás de economias fechadas como o Irã (124ª). Disponível em <http://portugues.doingbusiness.org/rankings> - acesso em 30 de dezembro de 2017.

197 Portaria n. 1.293 do Ministério do Trabalho (Portaria 1.293/2017) (Brasil), publicada no Diário Oficial da União em 29 de dezembro de 2017.

aos processos judiciais atribuindo competência penal à Justiça do Trabalho (PL 2636/2007), e alterar o próprio conceito de trabalho escravo, como o Projeto de Lei 3842/2012¹⁹⁸, modificando a aceção em idêntico tom à Portaria revogada.

Em harmonia com o Poder Executivo, contundentes debates surgiram no sentido de questionar o que realmente significa trabalho análogo à escravidão. Uma rede de defesa dos novos critérios se formou com o apoio de jornalistas influentes no atual cenário político brasileiro, de economistas, escritores e filósofos, que demonstram, por suas manifestações públicas, alinhamento com a necessidade de mudança.

Em um mundo inegavelmente transformado na “aldeia global”, de Marshall McLuhan, não faltou a presença constante dos “*thinks tanks*”¹⁹⁹ nas mídias sociais questionando a definição do que é o trabalho escravo (mais precisamente o trabalho em condições análogas à escravidão).

198 PL 3842/2012. Altera o Art.149 do Decreto-lei nº 2.848, de 1940 (Código Penal): “Art. 149. - Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, trabalho forçado ou obrigatório, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou obrigatórios mediante ameaça, coação ou violência, quer restringindo a sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador:”

199 Ainda que não tenham assumido essa nomenclatura, organizações como o Instituto Millenium, Estudantes Pela Liberdade (Students for Liberty), Instituto Liberal estimulam a criação de páginas e canais na internet (facebook, youtube, instagram) como o Ideais Radicais, Movimento Brasil Livre (MBL) e Vem Pra Rua.

Segundo o artigo “O que significa um think tank no Brasil de hoje” publicado no site do Instituto Millenium, “o conceito de think tank faz referência a uma instituição dedicada a produzir e difundir conhecimentos e estratégias sobre assuntos vitais – sejam eles políticos, econômicos ou científicos. Assuntos sobre os quais, nas suas instâncias habituais de elaboração (estados, associações de classe, empresas ou universidades), os cidadãos não encontram facilmente insumos para pensar a realidade de forma inovadora”. INSTITUTO MILLENIUM. O que significa um “think tank” no Brasil de hoje. 30/07/2009. Disponível em: <<https://www.institutomillennium.org.br/artigos/o-que-significa-um-think-tank-no-brasil-de-hoje/>>. Acesso em: 301 de dezembro de 2017.

Com alicerce no liberalismo clássico,²⁰⁰ os defensores do afrouxamento das regras para a fiscalização questionam a inexistência de conjunturas permitindo adoção de situações ideais de trabalho para todos. Asseveram que a inexistência destas ou a constatação de um emprego ruim não pode configurar condições análogas à escravidão. Bradam pelo que o economista Harold Demsetz denominou ser “A Falácia do Nirvana”²⁰¹ como forma de afastar a caracterização do trabalho ruim como o realizado em condições análogas à escravidão.

3. Aspectos históricos

No decorrer da história, o conceito de trabalho migrou de acordo com as características de cada sociedade. Assim, na antiguidade o escravismo dava contornos ao modo de produção, tornando possível o surgimento dos primeiros agrupamentos sociais em torno da agricultura e criação de animais.

De fato, com a escravidão deu-se a fixação do escravo a territórios determinados, logo após a domesticação dos animais e a introdução da agricultura, tornando o homem, ainda que privado da liberdade, um produtor dos alimentos que consumia, eis que anteriormente a este estágio o homem caçava, pescava e recolhia frutos não cultivados.²⁰²

A cada conjuntura o trabalho desempenhado também fazia parte da tradução da própria estrutura normativa congênita, motivo pelo qual qualquer análise a ser feita sobre questões da época deve considerar, também, os parâmetros da mesma era.

Na Idade Antiga, Aristóteles dispunha sobre a escravidão por natureza, pouco diferenciando os escravos dos animais:

200 Defesa da liberdade individual, com limitação do poder do Estado

201 Demsetz, Harold (1969), “Information and Efficiency: Another Viewpoint”, *Journal of Law & Economics*.

202 FERRARI, Irany; NASCIMENTO, Amauri Mascaro; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. *História do Direito do Trabalho e da Justiça do Trabalho*. Editora LTr: São Paulo/SP - 1998 - pag. 32

Assim, em toda parte onde se observa a mesma distância que há entre a alma e o corpo, entre o homem e o animal, existem as mesmas relações; isto é, todos os que não têm nada melhor para nos oferecer do que o uso de seus corpos e de seus membros são condenados pela natureza à escravidão. Para eles, é melhor servirem do que serem entregues a si mesmos. Numa palavra, é naturalmente escravo aquele que tem tão pouca alma e poucos meios que resolve depender de outrem. Tais são os que só têm instinto, vale dizer, que percebem muito bem a razão nos outros, mas que não fazem por si mesmo uso dela. Toda a diferença entre eles e os animais é que estes não participam de modo algum da razão, nem mesmo têm o sentimento dela e só obedecem a suas sensações. Ademais, o uso dos escravos e dos animais é mais ou menos o mesmo e tiram-se deles os mesmos serviços para as necessidades da vida.²⁰³

O desenvolvimento da sociedade, contudo, altera tais balizas e, por conseguinte, as acepções do trabalho. Assim ocorreu com a passagem da antiguidade para a servidão da Alta Idade Média, quando a escravidão abandona sua “condição natural” para se adaptar às exigências do novo modelo econômico.

Continuaram a existir alguns escravos durante a época feudal, tendo, contudo, o seu número constantemente diminuído. Não se adaptavam bem ao tipo de economia senhorial, pois o feudo não era uma grande propriedade, mas um conglomerado de pequenos sítios sob arrendamento perpétuo. (...) Depois do ano 1000 a escravidão, como instituição, extinguiu-se praticamente na Europa Ocidental”.²⁰⁴

Abolir a instituição da escravatura não implicou, porém, alçar o trabalhador ao status de homem livre. As condições precárias de vida dos camponeses, em cotejamento com o senhorio, a impos-

203 ARISTÓTELES. Política. São Paulo, SP: Martin Claret, 2007. pág. 15.

204 BURNS, Edward Macnall; História da Civilização Ocidental, Porto Alegre/RS: Ed. Globo: 1978 – pág. 328

sibilidade de decidirem seu destino na sociedade estamental e a ausência de hombridade os qualificam em condições similares aos escravos:

Nem com a maior boa vontade poderia a sorte do camponês medieval ser considerada invejável. (...) Tantas eram as aflições de sua monótona existência, que se extinguia nele toda sensibilidade moral que porventura possuísse. (...) Tanto os acólitos dos nobres como os cidadinhos quase sempre se referiam a eles em termos desdenhosos e odiosos. Diziam que todos os camponeses eram velhacos, estúpidos, mesquinhos, vesgos e feios, que tinha ‘nascido do esterco de burro’ e ‘que o diabo não os queria no inferno porque cheiravam muito mal’.”²⁰⁵

Nesse contexto, deve-se reconhecer o avanço obtido pela revolução industrial, pois, ainda que lenta, possibilitou lançar as bases sobre o direito individual, sepultando a relação de serventia a qual se submetiam os trabalhadores aos senhores feudais.²⁰⁶

Ao capitalismo cabe o mérito de ter destruído as relações feudais de produção e de poder. Ele forçou a libertação dos servos e criou novas relações de trabalho, a partir da transformação do trabalho artesanal em industrial. Organizou o mercado e deu um novo sentido ao Estado de direito. A modernidade inicia-se com um complexo processo revolucionário econômico, político e jurídico. Neste contexto, insere-se a revolução industrial, que, antes de ser uma revolução tecnológica, foi uma revolução organizacional do trabalho – pois somente após o disciplinamento dos trabalhadores pelo capital industrial faz-se possível o emprego maciço das máquinas”.²⁰⁷

205 BURNS, Op. Cit. pág. 329/330

206 “Excetuando-se o nobre e sua família, o padre da paróquia e possivelmente alguns funcionários administrativos, toda a população do feudo era formada de pessoas de condição servil”; BURNS, Op. Cit. pág. 328.

207 RÜDIGER, Dorothee Susanne. *Teoria da flexibilização do direito do*

Os ideais libertários dos burgueses refletem diretamente nos caminhos dos trabalhadores, pois embora o norte da acumulação de capital oriente e justifique a exploração da mão-de-obra, pavimentaram a busca das condições justas e verdadeiras.

Já no nos primórdios do capitalismo, Adam Smith, cujas ideias ampararam o início do liberalismo, pugnava pela intervenção estatal, afirmando que o governo civil era instituído para a segurança da propriedade, incluindo, portanto, a força de trabalho, de forma que sua finalidade abrangia a proteção do pobre e dos despossuídos.²⁰⁸

A concessão de direitos aos trabalhadores nem sempre se concretizava apenas pela pressão dos proletariados ou pela harmonia com os ideais da modernidade. A disputa entre os proprietários de terra com os industriais, durante a primeira revolução industrial na Inglaterra, por exemplo, espelha o modo transversal pelo qual os direitos sociais eram obtidos:

Os industriais acrescentaram as leis naturais de Ricardo a suas armas contra a proteção. Queriam a abolição das Leis do Trigo e o comércio livre. O Parlamento era controlado pelos donos de terra, e por isso as leis de proteção ao trigo duraram muito, até 1846. Enquanto isso, alguns donos de terra, que não viam qualquer vantagem para o país em ter trigo barato, começaram a se preocupar com as condições de trabalho e os horários das fábricas. Humanitários, que gritavam pela correção dos males do industrialismo, viram-se ajudados pelos poderosos latifundiários, que desejavam vingar-se dos industriais pela sua hostilidade às Leis do Trigo”.²⁰⁹

trabalho: uma tentativa de contextualização histórica. São Paulo/SP. Prim@facie – ano 3, n 4. P. 29/57, jun2004 disponível em <http://www.cej.ufpb.br/primafacie/prima/artigos/n4/direitosdotrabaho.pdf>. Acesso em 20 de dezembro de 2017. - fls. 29

208 HUBERMAN, Leo. História da Riqueza do Homem. Rio de Janeiro: Editora LTC, 1986. 173

209 *Ibidem*, pág. 173.

O transcorrer das lutas operárias levou a questão social ao conflito político e à economia. Ao contrário dos primeiros anos do liberalismo, as demandas sociais, cada vez mais, se transformaram em questões inerentes às políticas dos Estados.

As contradições do capitalismo, todavia, não culminaram no desfalecimento previsto pelo marxismo clássico. O amálgama existente na sociedade industrial, preceituado pela Escola de Frankfurt,²¹⁰ permite ao sistema absorver as contradições inerentes ao sistema. Em uma sociedade unidimensional, as diferenças entre as condições de trabalho advêm de condição intrínseca ao capitalismo e que, com seu desenvolvimento, serão dirimidas e incorporadas.

Os roteiros na longa história composta pelos trabalhadores e industriais demonstram, assim, que as conquistas nem sempre foram resultados do humanismo que pavimentou o advento da sociedade moderna.

4. Caracterização jurídica

4.1. Normas internacionais

A proibição do trabalho escravo está presente na Declaração Universal dos Direitos Humanos proclamada pela Organização das Nações Unidas (ONU) em 1948. Em seu Artigo 4º dispõe que “ninguém será mantido em escravidão ou servidão; a escravidão e o tráfico de escravos serão proibidos em todas as suas formas”.

210 “A sociedade contemporânea parece capaz de conter a transformação social – transformação qualitativa que estabelecerá instituições essencialmente diferentes, uma nova direção dos processos produtivos, novas formas de existência humana. (...) Um interesse predominante na preservação e no melhoramento do status quo institucional une os antigos antagonistas nos setores mais avançados da sociedade contemporânea” MARCUSE, Herbert. *Ideologia da Sociedade Industrial*. Zahar Editores. 3ª edição – Rio de Janeiro/RJ – 1969 – pag. 16

A existência de norma internacional vetando a escravidão, porém, remonta à Sociedade das Nações, antecessora da ONU, quando, em 1926, aprovou a Convenção sobre a Escravatura.²¹¹

Em 1929, a Organização Internacional do Trabalho (OIT) aprovou a Convenção n. 29²¹² definindo, em seu Artigo 2,º o trabalho forçado ou obrigatório como “todo trabalho ou serviço exigido de uma pessoa sob a ameaça de sanção e para o qual não se tenha oferecido espontaneamente”.

Ambas as convenções possuem como objeto a proibição do trabalho escravo, mas espelharam a conturbada e bélica conjuntura da época, ao permitir a eliminação gradual da escravidão.²¹³

Somente com Convenção Complementar sobre a Abolição da Escravatura, do tráfico de Escravos e das Instituições e Práticas análogas à Escravatura,²¹⁴ de 1957, a OIT fixou o compromisso, sem tolerância, para a supressão imediata e completa da abolição do trabalho forçado e obrigatório (Artigo 2º).

Em 2014, a Organização Internacional do Trabalho atualizou o conceito e complementou as convenções 29 e 105 com a Recomendação sobre Trabalho Forçado (Medidas Complementares), estabelecendo medidas preventivas e ampliando os indicadores para uma fiscalização mais precisa. Entre eles estão: (I) confina-

211 Convenção sobre a Escravatura, 25 de setembro de 1926; entrada em vigor em 9 de março de 1927

212 Convenção sobre Trabalho Forçado ou Obrigatório (C029); 28 de junho de 1930; Convenção n. 029 da OIT; entrada em vigor no plano internacional em 01 de maio de 1932.

213 “Art. 1º C029 - Todos os Membros da Organização Internacional do Trabalho que ratificam a presente convenção se obrigam a suprimir o emprego do trabalho forçado ou obrigatório sob todas as suas formas no mais curto prazo possível”.

214 Convenção Complementar sobre a Abolição da Escravatura, do tráfico de Escravos e das Instituições e Práticas análogas à Escravatura (C105); 07 de setembro de 1956; Convenção . 105 da OIT; entrada em vigo em 30 de abril de 1957.

mento físico no local de trabalho – em prisão ou cárcere privada; (II) compulsão psicológica, ou seja, uma ordem de trabalhar reforçada por ameaça plausível de penalidade por descumprimento; (III) dívida induzida (por falsificação de contas, preços inflacionados, valor reduzido de bens ou serviços produzidos, cobrança de juros excessivos, etc.); (IV) enganar ou fazer falsas promessas acerca de tipos e termos de trabalho; retenção e não pagamento de salários e penalidades financeiras.

4.2. Normas nacionais

A primeira norma jurídica brasileira dispendo sobre a proibição da escravidão depois da Lei Áurea de 1888 foi o Código Penal de 1940. Em seu Artigo 149 disciplinava, de forma genérica, a proibição de “reduzir alguém a condição análoga à de escravo”.

Não obstante, até 1996 inexistiam políticas de ação contundentes para o combate à escravidão contemporânea.

Foram necessárias denúncias na Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) da Organização dos Estados Americanos (OEA), para o Governo instituir medidas efetivas de fiscalização e combate ao trabalho escravo.

O Artigo 149 do Código Penal teve sua redação alterada em 2003 para se adequar ao conceito de escravo contemporâneo, assim classificando aqueles expostos a condições análogas à escravidão. Dispôs sobre sua caracterização, sem restringi-la, com quatro elementos quais sejam: condições de trabalho degradantes, jornada exaustiva, trabalho forçado e servidão por dívida.²¹⁵

215 Art. 149. Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto: (...) § 1o Nas mesmas penas incorre quem: I – cerceia o uso de qualquer meio de transporte por parte do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho; II – mantém vigilância ostensiva no local de trabalho ou se apodera de documentos ou objetos pessoais do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho.

Em 2014, a Constituição Republicana teve seu Artigo 243 alterado pela Emenda n. 81, para permitir a desapropriação de terras utilizadas na exploração de trabalho escravo, tornando mais incisivas as penalidades aplicadas a quem cometesse o crime.

5. Combate ao trabalho escravo no Brasil

5.1. Plano de erradicação

O Brasil, apesar de ratificar as convenções 29 e 105 da OIT sobre trabalho escravo, não havia ações efetivas de combate à prática.

A situação se modificou quando a Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (OEA) recebeu, em 1994, denúncias sobre a prática de trabalho forçado, quando dois trabalhadores rurais fugiram por estarem em condições de escravidão. Na tentativa de fuga, um trabalhador foi morto e o outro perdeu um olho e a mão direita.

Após as investigações, a Comissão concluiu pela responsabilidade do Estado brasileiro pelas violações apontadas à Convenção Americana e à Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Com o término das investigações, o Brasil se tornou, em 1995, um dos primeiros países a admitir internacionalmente a existência da escravidão contemporânea. Reconhecendo que os órgãos governamentais foram incapazes de prevenir, assim como de punir os envolvidos, o Brasil firmou Acordo de Solução Amistosa com a OEA, se comprometendo a implantar medidas a prevenir novas ocorrências.

Além das modificações legislativas no Código Penal (Artigo 149) e na Constituição Federal (Artigo 243), advindas posteriormente, foram elaborados planos de erradicação com atuação conjunta dos órgãos de fiscalização e do Ministério Público do Trabalho.

Desde o recrudescimento da fiscalização, foram contabilizados de 43.696 mil resgates entre 2003 e 2017 (média de 2.903,07 por ano) em território brasileiro.²¹⁶

5.2. Tentativas de revisão do conceito de trabalho escravo

No mesmo ano em que o Artigo 149 do Código Penal foi modificado, em 2003, foi apresentado no Senado Federal o Projeto de Lei n. 208 para alterar o conceito do Artigo, vinculando o trabalho escravo à “fraude, violência ou grave ameaça”.

Outras propostas similares foram trazidas ao Poder Legislativo, como o Projeto de Lei 3.842/2012, cuja justificativa de ausência de critérios claros para a caracterização do trabalho escravo, insere elementos “ameaça, coação, violência e restrição de liberdade” para configurar o crime.²¹⁷

Em 2017, porém, o Poder Executivo se adiantou ao Legislativo e efetuou a modificação por meio da Portaria 1.129/17, orientando os auditores-fiscais a autuarem as empresas, nos casos de condição análoga à escravidão, apenas quando houver (I) submissão a trabalho exigido sob ameaça de punição; (II) restrição de transporte para reter trabalhador no local de trabalho em razão de dívida; (III) uso de segurança armada para reter trabalhador em razão de dívida; (IV) retenção da documentação pessoal do trabalhador.²¹⁸

216 “Observatório Digital do Trabalho Escravo no Brasil – Smartlab de Trabalho Decente MPT - OIT. 2017. Dados acessados em 05 de fevereiro de 2017 Disponível online no seguinte endereço <http://observatorioescravo.mpt.mp.br>”

217 Projeto de Lei L 3.842/12 - Art. 1º Para fins desta Lei, a expressão “condição análoga à de escravo, trabalho forçado ou obrigatório” compreenderá todo trabalho ou serviço exigido de uma pessoa sob ameaça, coação ou violência, restringindo sua locomoção e para o qual não se tenha oferecido espontaneamente.

218 Art. 1º (...) I - trabalho forçado: aquele exercido sem o consentimento por parte do trabalhador e que lhe retire a possibilidade de expressar sua vontade; II - jornada exaustiva: a submissão do trabalhador, contra a sua vontade e com

Se os termos da Portaria 1.293/17 estivessem em vigor nos anos de 2016 e 2017, a média anual de autuações realizadas pelos auditores-fiscais sofreria severa redução (de 2.903,07 por ano para 22 casos em 2016/2017).²¹⁹

6. Trabalho forçado: antítese do trabalho decente

A definição de trabalho decente como antítese do trabalho escravo consta do Relatório Global do Seguimento da Declaração da OIT,²²⁰ elaborado na Conferência Internacional do Trabalho de 2001, em Genebra.

Segundo José Claudio Monteiro de Brito Filho, o trabalho decente é um conjunto mínimo de direitos que garantam a livre escolha de uma ocupação em condições de justa remuneração, garantia de segurança e ergonomia, liberdade de associação e outras que preservem a conjuntura salutar no trabalho.

privação do direito de ir e vir, a trabalho fora dos ditames legais aplicáveis a sua categoria; III - condição degradante: caracterizada por atos comissivos de violação dos direitos fundamentais da pessoa do trabalhador, consubstanciados no cerceamento da liberdade de ir e vir, seja por meios morais ou físicos, e que impliquem na privação da sua dignidade; IV - condição análoga à de escravo: a) a submissão do trabalhador a trabalho exigido sob ameaça de punição, com uso de coação, realizado de maneira involuntária; b) o cerceamento do uso de qualquer meio de transporte por parte do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto, caracterizando isolamento geográfico; c) a manutenção de segurança armada com o fim de reter o trabalhador no local de trabalho em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto; d) a retenção de documentação pessoal do trabalhador, com o fim de reter o trabalhador no local de trabalho;

219 VELASCO, Clara; CAESAR, Gabriela; REIS, Thiago. “Escravos sem correntes: 14% dos trabalhadores resgatados no país são encontrados com restrição de liberdade”. *Portal G1*. Disponível em: < <https://g1.globo.com/economia/noticia/escravos-sem-correntes-14-dos-trabalhadores-resgatados-no-pais-sao-encontrados-com-restricao-de-liberdade.ghtml> - Acesso em: 9 de janeiro de 2018.

220 Não ao trabalho forçado. Genebra Suíça: Oficina Internacional do Trabalho, 2001. P.1

Não há trabalho decente sem condições adequadas à preservação da vida e da saúde do trabalhador. Não há trabalho decente sem justas condições para o trabalho, principalmente no que toca às horas de trabalho e aos períodos de repouso. Não há trabalho decente sem justa remuneração pelo esforço despendido. Não há trabalho decente se o Estado não toma todas as medidas necessárias para a criação e para a manutenção dos postos de trabalho. Não há, por fim, trabalho decente se o trabalhador não está protegido dos riscos sociais, parte deles originada do próprio trabalho humano”.²²¹

Maurício Godinho Delgado enumera as garantias mínimas para se inserir o trabalho digno em sociedade:

Embora a relação de emprego não impeça as empresas e os empreendedores de se valer do imprescindível trabalho dos seres humanos em suas iniciativas organizacionais e em seus empreendimentos, ela, regida que é pelo Direito do Trabalho, assegura um patamar civilizatório mínimo para a utilização do trabalho da pessoa humana. Nessa medida, garante a efetivação de princípios civilizatórios fundamentais, como da valorização do trabalho e do emprego, da dignidade da pessoa humana, da segurança e do bem-estar sociais, da justiça social e da subordinação da propriedade à sua função socioambiental, entre outros princípios”.²²²

A definição do trabalho decente não implica inferir na obrigatoriedade de garantir as condições de trabalho ideais a todos, mas de proporcionar um patamar mínimo que possibilite a preservação de sua dignidade em respeito aos direitos humanos.

221 BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de; Trabalho Decente - Análise Jurídica da Exploração do Trabalho - Trabalho Escravo e Outras Formas de Trabalho Indigno; Editora LTr, 2016, São Paulo. Pag. 56.

222 DELGADO, Mauricio Godinho; Princípios Constitucionais do Trabalho e Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho – Editora Ltr; São Paulo, pag. 50.

7. Falácia do nirvana e o trabalho ruim

Na construção de um argumento dedutivo, composto por premissas, inferência, e conclusão, é necessário evitar as armadilhas das falácias, isto é, argumentos falsos que possuem aparência válida e podem levar a uma aceitação errônea.

Falácia é um argumento em linguagem natural que parece psicologicamente persuasivo, mas logicamente não é correto. Na falácia a conclusão é aceita não pelo apoio dado a ela pelas premissas (interferência), mas devido à intervenção de fatores extralógicos que nos pressionam para que aceitemos tal conclusão”.²²³

No mesmo diapasão Alicia E. Gianella, ao dispor sobre conhecimento científico e natural, afirma que o entendimento comum pode gerar expectativas e estereótipos dificultando o real alcance do conhecimento científico.

Se trata de un campo muy rico de la experiencia humana que se adquiere informalmente y está moldeada por nuestras disposiciones biológicas y por el orden social y cultural. Permiten una enorme economía de pensamiento y esfuerzo, pero son también sustento de prejuicios e ideologías. Muchas veces estos conocimientos espontáneos obstaculizan el conocimiento científico debido a que generan estereotipos y expectativas que es difícil abandonar cuando la realidad demanda una revisión crítica de nuestras creencias y la búsqueda de conocimientos mejor fundados. Hay una serie de distorsiones sistemáticas en nuestras creencias ordinarias tales como relacionar causalmente dos fenómenos por el mero hecho de que se suceden en el tiempo, confundir el lenguaje con la realidad, y cometer la falacia naturalista que no discrimina lo que es de lo que debe ser”.²²⁴

223 CAPPI, Antônio e CAPPI, Carlo Crispim Baiocchi - “Lógica jurídica: a construção do discurso jurídico” Editora UCG; Goiânia, 2004, pag. 126.

224 GIANELLA, “Alicia Emilia, Introducción a la Epistemología y Metodología de la Ciencia” La Plata, Editora REUN, 1995; pag. 40.

Em 1969, o economista Harold Demsetz, da Universidade de Chicago, cunhou o termo Falácia do Nirvana ao questionar a necessidade da participação de entidades sem fins lucrativos para que sejam investidos recursos necessários à pesquisa e à invenção. Ao afirmar a possibilidade de controle da “mercado-ria informação” (como os direitos às patentes), sustenta que as dificuldades em seu gerenciamento não justificam assumir a informação (conhecimento tecnológico) como um bem público.

The view that now pervades much public policy economics implicitly presents the relevant choice as between an ideal norm and an existing “imperfect” institutional arrangement. This nirvana approach differs considerably from a comparative institution approach in which the relevant choice is between alternative real institutional arrangements. In practice, those who adopt the nirvana viewpoint seek to discover discrepancies between the ideal and the real and if discrepancies are found, they deduce that the real is inefficient”.²²⁵

Rodrigo Constantino, economista e presidente do Instituto Liberal no Brasil, ao defender a privatização das empresas, define a “falácia do nirvana” como a busca pela solução utópica inatingível.

Muitos dos que defendem a forte presença estatal cometem a “falácia do nirvana”, ou seja, comparam uma realidade imperfeita (falhas de mercado) com uma solução ideal e irrealista (intervenção de um estado benevolente e onisciente). Esse erro lógico talvez seja a principal razão pela qual tanta gente é levada a demandar sempre mais governo”.²²⁶

Em um mundo repleto de imperfeições e complexidades, a busca pela solução perfeita se torna uma falácia, a perseguição de

225 DEMSETZ, Harold op. cit. 6. P. 1.

226 CONSTANTINO, Rodrigo. - *Privatize Já*, Editora; Editora LeYa. 2012 São Paulo. Pag. 10.

um cenário utópico a impedir as reais ações possíveis, ainda que imperfeitas.

Com essa métrica, setores da economia protestam pela impossibilidade de classificar como análogo à escravidão condições de trabalho imperfeitas que deveriam ser qualificadas como “trabalho ruim”.

A Portaria nº 1.129 de outubro de 2017 foi publicada com a intenção de, segundo o Governo, aprimorar e dar segurança jurídica à atuação dos fiscais no combate ao trabalho escravo.

As modificações, porém, atingiram a própria definição de trabalho escravo, pois além de abarcar a existência de condições degradantes, jornada exaustiva, trabalho forçado e servidão, deveria, obrigatoriamente, contemplar a privação do direito de ir e vir, condição esta não prevista no Artigo 149 do Código Penal.

Se a configuração do trabalho escravo resta evidente com o aprisionamento do trabalhador, há divergência no que tange à caracterização de jornada exaustiva e de condições degradantes.

A tarefa de definir jornada exaustiva pode encontrar dificuldades na ausência de critérios claros. Embora os tribunais trabalhistas estejam saturados de ações com longas jornadas, com mais de 12 horas diárias, há quem defenda a vinculação do conceito de jornada exaustiva à excedente do máximo legal permitido em lei (10 horas).

como a jornada de trabalho máxima é de 8 horas diárias (art. 7, XII da Constituição Federal), acrescida de, no máximo, duas horas extraordinária (Artigo 59 da CLT), pode-se considerar exaustiva a jornada que ultrapasse 10 horas diárias.²²⁷

Nesta mesma trilha, as condições degradantes igualmente se vinculam à necessidade de maior acuidade para não reputar tra-

227 FUHRER Maximiliano Roberto Ernesto; FUHRER, Maximiliano Claudio Américo. Código penal Comentado. São Paulo. Malheiros, 2007, pag. 344.

balho escravo atividades momentaneamente em condições desfavoráveis.

7.1. O caso boliviano

Oriundos da Bolívia, país com agudas dificuldades sociais, têm alimentado nas últimas décadas a perspectiva de uma vida melhor migrando para o Brasil. Com aproximadamente dez milhões de habitantes, o índice de desemprego atinge 10% da população, sendo que 27% são apontados na linha da pobreza.²²⁸

A vinda para o Brasil, contudo, não espelha a esperança no embarque. Em 2013 o embaixador da Bolívia, Jerjes Justiniano, denunciou a existência entre 50 a 100 mil trabalhadores escravizados principalmente nas cidades do Rio de Janeiro e São Paulo.²²⁹

A história do boliviano Valter, contada no programa de televisão Domingo Espetacular da Rede Record,²³⁰ ilustra a resistência de parte da sociedade em classificar um trabalho ruim como trabalho escravo.

Vindo diretamente para trabalhar em uma oficina têxtil de São Paulo, chegou à cidade já com a dívida do transporte. Dormindo no local de trabalho, sua dívida era acrescida pela alimentação e moradia. Trabalhando por produção e recebendo pouco pela

228 GIRALDI, Renata. “Por medo da pobreza e do desemprego, bolivianos migram para o Brasil e outros países”. *Agência Brasil* 22 de janeiro de 2010. Disponível em: <http://memoria.ebc.com.br/agenciabrasil/noticia/2010-01-22/por-medo-da-pobreza-e-do-desemprego-bolivianos-migram-para-brasil-e-outros-paises> - acesso em 4 de janeiro de 2018

229 REVISTA EXAME. Brasil empregaria como escravos até 100 mil bolivianos. *Revista Exame*. 08/03/13. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/brasil/la-paz-brasil-empregaria-como-escravos-de-50-00-a-100-000-bolivianos/>. Acesso em: 4 de janeiro de 2018.

230 Trabalho escravo em confecções na Grande Reportagem. Anael de Souza. Fabiana Gennarini. São Paulo. Reportagem (27min.). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=JqxrhYQJUMg>. Acesso em: 4 de janeiro de 2018.

peça confeccionada, não conseguia juntar dinheiro suficiente para quitar as dívidas, motivo pelo qual um dia fugiu do proprietário da oficina têxtil.

Passados oito anos, tendo comprado uma máquina de overloque idêntica à que trabalhava, Valter não consegue clientes suficientes para se manter. No local onde reside, em uma favela de São Paulo, faltam água e comida. Embora trabalhe com a liberdade, suas condições estão mais degradantes do que as anteriores.

No artigo “o mito do trabalho escravo”, Leandro Narloch traz o depoimento de um líder da comunidade boliviana em São Paulo questionando a classificação conferida aos seus conterrâneos:

O boliviano Luis Vásquez, há doze anos no Brasil, é uma espécie de líder informal da comunidade boliviana em São Paulo. Ele organiza a feira de rua dos imigrantes na zona leste de São Paulo e representa a comunidade no Conselho Participativo Municipal. Vásquez conhece bem os equívocos provocados pelas operações contra oficinas de costura que contratam bolivianos. ‘Parem de dizer que somos escravos’, pede ele a todos os jornalistas que o entrevistam. ‘Ninguém por aqui acha que é escravo. Ninguém está sendo forçado a trabalhar’.”²³¹

7.2. *O caso chinês*

A discussão sobre as condições de trabalho, sob esse enfoque, remonta à realidade vivida pela China, que em anos (décadas) passados sempre foi alvo internacional de críticas quanto às condições de trabalho, baixos salários, insalubridade e jornadas extensas, dentre outras denúncias que implicavam classificar seus trabalhadores como escravos contemporâneos.

231 NARLOCH, Leandro. Guia politicamente incorreto da economia. 1. ed. São Paulo: Leya, 2011. Pag. 106-107

Não obstante a coerência das críticas, a China foi palco das consequências do processo capitalista. Em fevereiro de 2017 o *Jornal Financial Time* publicou notícia informando melhoria no padrão de vida e que a média salarial dos chineses é superior às dos trabalhadores Brasil, Argentina e México.

Average wages in China's manufacturing sector have soared above those in countries such as Brazil and Mexico and are fast catching up with Greece and Portugal after a decade of breakneck growth that has seen Chinese pay packets treble. (...) Average hourly wages in China's manufacturing sector trebled between 2005 and 2016 to \$3.60, according to Euromonitor, while during the same period manufacturing wages fell from \$2.90 an hour to \$2.70 in Brazil, from \$2.20 to \$2.10 in Mexico, and from \$4.30 to \$3.60 in South Africa.²³²

A melhoria das condições não se limitou ao salário médio. Além da principal contraprestação dos serviços prestados, o crescimento econômico chinês igualmente transmutou os empregos ruins, notoriamente chamados de escravos, em empregos melhores. Esta foi a conclusão baseada em pesquisa exploratória com jovens trabalhadoras em Pequim sobre suas condições de vida e trabalho.

Foram vários os aspectos que a pesquisa levantou que desafiam o senso comum. Os salários, tidos internacionalmente como muito baixos, mostraram-se bastante razoáveis para jovens trabalhadoras comerciárias com escolaridade de segundo grau, se levado em conta o seu poder de compra. As condições de trabalho igualam-se àquelas encontradas nos grandes centros comerciais de nossas grandes cidades. A jornada de trabalho, embora seja descumprida, indo além do limite legal, ao menos para este tipo de trabalho e do setor pesquisado na Chi-

232 JOHNSON, Steve. "Chinese wages now higher than in Brazil, Argentina and Mexico", *Financial Times* –26/02/17. Disponível em: <https://www.ft.com/content/f4a260e6-f75a-11e6-bd4e-68d53499ed71>. Acesso em: 4 de janeiro de 2018.

na, não é extenuante, nem absurda para os padrões do abuso praticado mesmo em países como o nosso Brasil, onde a jornada de 8 horas diárias é sobeja, amplamente descumprida pelas grandes empresas, não só pelas pequenas.²³³

Com esteio no liberalismo clássico, à sociedade caberia acolher empregos ruins em parcela dos trabalhadores, aguardando que o “laissez-faire” autorregule as relações de trabalho para que, junto com o aumento das riquezas do país, melhores condições sejam apresentadas.

8. Conclusão

A presença da escravidão não configurou, no decorrer da história, a prática condenável dos dias atuais. A submissão do escravo ao seu proprietário encontrava legitimidade no ordenamento legislativo, vigente nos regimes escravocratas.

No decorrer da história, as formas de escravidão se modificam, surgindo novas maneiras de exploração do homem, como no feudalismo e, posteriormente, no capitalismo.

Gilberto Freyre, em sua obra *Casa Grande & Senzala*, apontou o amparo aos escravizados no patriarcalismo e a substituição de sua subserviência ao novo modelo encontrado após a abolição:

De modo que da antiga ordem econômica persiste a parte pior do ponto de vista do bem-estar geral e das classes trabalhadores - desfeito em 88 o patriarcalismo que até então amparou os escravos, alimentou-os com certa largueza, socorreu-os na velhice e na doença, proporcionou-lhes aos filhos oportunidades de acesso social. O escravo foi substituído pelo pária de usina; a senzala

233 NETO, Antônio Carvalho, et al. *Relações de Trabalho na China: reflexões sobre um mundo que nos é ainda desconhecido* – disponível em http://www.anpad.org.br/admin/pdf/2012_GPR310%20TC.pdf acesso em 4 de janeiro de 2018.

pelo mucambo; o senhor de engenho pelo usineiro ou pelo capitalista ausente.²³⁴

Na sociedade contemporânea não há espaço para acolher entendimentos eugenistas a justificar a escravidão natural. Admitir a existência de trabalhos ruins e protestar pelo conformismo daqueles que os executam, com a promessa de recompensa futura, significa aceitar a existência de cenário essencialmente similar.

A Teoria da Justiça, desenvolvida pelo filósofo político norte-americano John Rawls, talvez constitua uma ferramenta eficaz para a resposta aos questionamentos levantados.

Rawls inicia sua teoria investigando o conceito de justiça. Afirmar ser a primeira virtude das instituições sociais, pois cada indivíduo possui uma inviolabilidade fundada na justiça que nem o bem estar de toda sociedade pode desconsiderar.

Numa sociedade justa, a liberdade da cidadania igual é considerada irrevogável, e os direitos garantidos pela justiça não estão sujeitos a negociação política, nem ao cálculo de interesses sociais. A injustiça só é tolerável quando necessária para evitar uma injustiça ainda maior.

O filósofo apresenta uma posição anti-utilitarista, ao mesmo tempo em que defende o igualitarismo. No intuito de desvelar o conceito de justiça, define sociedade como uma “associação de pessoas mais ou menos auto suficientes que, em suas relações mútuas, reconhece certas normas de conduta como obrigatórias e que, na maior parte do tempo, se comporta de acordo com elas”.²³⁵ Entende que a sociedade é um empreendimento cooperativo visando benefício mútuo, mas que também é marcada por conflitos, identidades e interesses. O

234 FREYRE, Gilberto. Casa-Grande & Senzala. Global Editora. São Paulo pag. 51/52

235 RAWLS, John. Uma Teoria da Justiça. Tradução: Álvaro de Vita. – 3ª Ed. – São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2008, p. 4

conflito ocorre porque ninguém é indiferente ao modo como são distribuídos os benefícios.

Existe a necessidade de um conjunto de princípios para escolher entre os diversos modos de organização social que definem essa divisão de vantagens para selar um acordo acerca das parcelas distributivas apropriadas. São estes os princípios da justiça social, isto é, um modo de atribuir direitos e deveres nas instituições básicas da sociedade e definir a distribuição apropriada dos benefícios e dos encargos na cooperação social.

Para investigar esses princípios, Rawls procura apresentar uma concepção de justiça que generalize e eleve a um nível mais alto de abstração a teoria do contrato social, como as encontradas em Hobbes, Rosseau e Locke.

O contrato original não tem a finalidade de inaugurar determinada sociedade ou estabelecer uma forma específica de governo. Seu objetivo é identificar os princípios de justiça norteadores, para a estrutura social constituir o objeto do contrato original.

Esses princípios são os que as pessoas livres e racionais aceitariam inicialmente, em uma situação de igualdade, como condição fundamental para uma associação.

Para tanto, Rawls propõe um acordo hipotético quando todos seriam inseridos em iguais condições na origem da sociedade. Sob um “véu da ignorância” cada indivíduo poderia optar em quais parâmetros os alicerces da sociedade seriam construídos. Acredita, desta forma, poder formar um acordo ou pacto justo.

A posição original é, pode-se dizer, o status quo apropriado e, assim, os consensos fundamentais alcançados nela são equitativos. Isso explica a adequação da expressão “justiça como equidade”: ela expressa a ideia de que os princípios da justiça são definidos por acordo em uma situação inicial que é equitativa.²³⁶

236 RAWLS, John. Uma Teoria da Justiça. Tradução: Álvaro de Vita. – 3ª

Carlos María Cárcova expõe os princípios da posição original e suas finalidades para se alcançar a justiça como equidade, ressaltando não apenas a equidade, mas também a repulsa à escravidão:

1) Toda persona tiene derecho a un régimen de libertades básicas iguales para todos; 2) Las desigualdades scio-económicas sólo pueden admitirse si están ligadas a funciones o empleos abiertos a todos en igualdad de oportunidades y se constituyen en beneficio de los miembros menos favorecidos de la sociedad. Tales premisas, reconstruidas a partir de la idea de tolerancia y del rechazo de la esclavitud, deben ser tenidas en cuenta por toda concepción de justicia razonable.²³⁷

Definidos os princípios nos quais a justiça seria aplicada a todos, os indivíduos seriam inseridos de forma aleatória na sociedade e estariam adstritos aos parâmetros escolhidos de forma racional.

Nesse cenário, o grande empresário agropecuarista introduzido na posição original hipotética como trabalhador rural, teria nas suas instalações do alojamento um espelho de suas ideias, quer seja de um abrigo temporário como passagem para a melhoria de sua condição de vida em décadas futuras, ou um local obedecendo ao patamar civilizatório mínimo.

Na mesma situação, os proprietários de grandes confecções de moda poderiam definir se os valores pagos aos trabalhadores pelas peças produzidas nas oficinas têxteis de São Paulo permaneceriam no patamar de US\$1,55 para ser revendido nas lojas com 13.960% (US\$216,77) de valorização.²³⁸

Ed. – São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2008, p. 15

237 CÁRCOVA, Carlos María. *Las Teorías Jurídicas Post Positivistas*. Editora Abeledo Perrot– Buenos Aires. 2012, pag. 243.

238 FOLHA DE SÃO PAULO. “Trabalho análogo à escravidão é flagrado em produção da grife Animale”. Folha de São Paulo. São Paulo, 19 de dezembro de 2017. Disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/>

Em perspectiva de justiça com equidade, qual conceito de trabalho análogo à escravidão você escolheria?

[mercado/2017/12/1944669-trabalho-analogo-ao-de-escravo-e-flagrado-em-producao-de-animale.shtml?loggedpaywall](https://www.mercado/2017/12/1944669-trabalho-analogo-ao-de-escravo-e-flagrado-em-producao-de-animale.shtml?loggedpaywall). Acesso em: 6 de janeiro de 2018.

Reseñas de libros y jurisprudencia

Constitucionalismo plurinacional desde los *sumak kawsay* y sus saberes: plurinacionalidad desde abajo y plurinacionalidad desde arriba

Dra. Lucy Pinto

Comentar el libro *Constitucionalismo plurinacional desde los sumak kawsay y sus saberes* del Dr. Raúl Llasag Fernández, ha constituido una tarea muy enriquecedora. La lectura desde las primeras páginas, presenta interesantes reflexiones sobre la importancia de la sabiduría andina, al mismo tiempo que propone la necesidad de deconstruir paradigmas y certidumbres aprendidos desde la visión occidental, que fueron incorporadas en el acervo cultural como verdades monolíticas y universales.

El libro escrito de manera interesante y coloquial, ubica al lector desde las primeras páginas, en la cosmovisión del mundo andino y mantiene como hilo conductor la importancia de la vida comunitaria, la vigencia de la equidad en la diversidad integrada por familias, comunidades, pueblos y nacionalidades.

El autor analiza diferentes épocas de la historia del Ecuador y describe escenarios en los cuales las condiciones sociales y políticas del Ecuador, determinaron la estructura de cambios constitucionales desde la óptica de los grupos poder, estableciendo asimetrías sociales, provocando la invisibilización de pueblos y culturas.

Al referirse a los primeros años de la República del Ecuador, hace referencia al despotismo heredado de la Corona española y al dominio de los grupos de poder terrateniente, quienes instauraron normas jurídicas de acuerdo a sus intereses en donde la discriminación y el racismo era evidentes. En este contexto surge la rebeldía de hombres y mujeres de nuestros pueblos. Da-

quilema, Manuela León, entre otros actores, son los protagonistas de las primeras acciones contestarias frente a la creación de una normativa oficial de carácter vertical en una sociedad plural.

Posteriormente ubica otro escenario importante, el período comprendido entre los años 1970-1990, en donde, describe un conjunto de representaciones que sirven de referencia para identificar las condiciones de esos años. La presencia de la iglesia de los pobres, el obispo rojo Monseñor Leonidas Proaño, junto a líderes como Tránsito Amaguaña y Dolores Cacuango, son importantes referentes para explicar el fortalecimiento de la organización indígena, en una estructura social y político en donde el socialismo se encontraba en ciernes.

Al examinar los últimos años, construye paulatinamente un doble espacio de reflexión, sobre la participación de los pueblos y nacionalidades en la cimentación del Estado plurinacional: la manipulación desplegada por los grupos de poder y la respuesta funcional del movimiento indígena a los intereses hegemónicos. Situación que ha generado debate sobre la participación de líderes y organizaciones en la construcción de una normativa desde la pluralidad de enfoques y desde la participación comunitaria.

Desde la perspectiva del autor es necesario abordar temas unificadores; señala la necesidad de volver la mirada a la construcción social-comunitaria de carácter horizontal, que viabilice una plurinacionalidad desde abajo, es decir, desde lo comunitario, familiar y plural. La unidad en la diversidad permitirá formar redes sociales, desde donde es posible “vivir viviendo” los *sumak kawsay* y los *buen vivir*, premisa fundamental asumida desde la mirada del otro, indígena, montubio, afro o mestizo. En consecuencia, el Estado debe ser estructurado desde la diversidad y para ello es importante el diálogo intercultural, como el eje vertebrador para alcanzar paz, justicia y equidad.

Con seguridad para quienes formamos parte de un proceso formativo tradicional el texto nos interpela y a la vez nos convoca a desaprender lo aprendiendo, a deconstruir paradigmas que en

Palabra

el transcurso del tiempo han sido estudiados como universales. Sugiere descolonizar las mentes y abrir a otras formas de conocimiento.

Desde la óptica investigativa, se presenta un proceso creativo de indagación. En la redacción argumental se reconocen voces y significados que describen el contexto situacional de la investigación. Se puede inferir vivencias y experiencias del trabajo realizado en las comunidades de Sarayaku y La Toglla. Los diálogos y conversaciones al interior de la vida cotidiana, recuperan la presencia de líderes y lideresas indígenas que se expresan desde sus particulares vivencias.

Para concluir, el libro de Raúl Llasag, *Constitucionalismo plurinacional desde los sumak kawsay y sus saberes*, es un documento importante que permitirá la gestación de nuevas investigaciones sobre el papel del Estado en una sociedad plural, al mismo tiempo quedan esbozados caminos novedosos de investigación para abordar procesos sociales y jurídicos.

Teoría del delito en el Ecuador

Dra. Brenda Guerrero Vela

La Universidad Central del Ecuador, la Facultad de Jurisprudencia, Carrera de Derecho realizó la presentación del libro titulado *Teoría del delito en el Ecuador* como un aporte científico en el campo del Derecho Penal ante el nuevo desafío de la transformación del marco constitucional del año 2008, en el que surge la implementación del Derecho Penal moderno en el Ecuador y a nivel de Latinoamérica. Se instaura la codificación de varios cuerpos normativos como una forma particular de vigencia en nuestro país y la aplicación del principio garantista de constitucionalización del Derecho Penal.

Investigación realizada por los compañeros doctores Álvaro Román Márquez, abogado litigante, exjuez y Mauricio Pacheco, exfiscal, docentes en Derecho Penal - Parte General y Derecho Procesal Penal, investigación pionera dentro de la ciencia penal en nuestro país, donde se han plasmado varias vertientes conceptuales y doctrinarias a fin de hacer posible la trasmisión del conocimiento, como una actividad constante en el ámbito académico a fin de que se pueda establecer en forma razonada la solución de los conflictos penales que se presentan en cada categoría, para quien ha cometido un delito motivado por la norma. Partir desde la aplicación de los principios penales facilita la comprensión, aplicación y utilidad de la teoría del delito analizado desde los hechos fácticos acción, omisión, antijuridicidad, causales de justificación, culpabilidad, punibilidad desglosando cada categoría dogmática, profundizando en su aplicación, para

el conocimiento y práctica del nuevo profesional del derecho, que responda a la necesidad social, entendido el derecho como un servicio social, más aún en la defensa penal, convirtiéndose en una fuente de consulta permanente para estudiantes y profesionales dentro de un sistema de justicia propio de estados democráticos.

El desarrollo de la investigación científica en materia penal servirá para generar debates, líneas argumentativas, pero su importancia radica en la solución razonada de los delitos, en la aplicación del derecho respetando los principios fundamentales, fortaleciendo el acervo profesional de nuestros estudiantes, ya que ser maestro requiere la difícil tarea de ser formador de seres humanos en esa área. Facilitar el aprendizaje de las categorías penales requiere enorme esfuerzo metodológico alineado a los ejes de la transformación de la educación, y en aras de que cada individuo alcance a través de la carrera su utilidad, valor y pertinencia en su formación profesional hacia niveles óptimos de participación democrática que le permita seguir cumpliendo con su perfil profesional.

Métodos activos de la enseñanza- aprendizaje del derecho

Un acercamiento a cómo debe enseñarse
el derecho en las aulas universitarias

Dr. Franklin Patricio Vásquez Chicaiza, Mgtr.

La educación superior está direccionada en las llamadas tendencias tecnológicas, un reto que tienen ahora los docentes del siglo XXI, la enseñanza y aprendizaje está siendo cada vez más actualizada por el apareamiento de nuevos paradigmas en la educación, en el libro *Métodos activos de la enseñanza-aprendizaje del derecho*, escrito por Patricio Salazar Oquendo, ex director de la Carrera de Derecho, Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Central del Ecuador, se expone sobre la fundamentación teórica-filosófica-científica, y hace un acercamiento de cómo entender el aprendizaje desde la fundamentación teórica “practicada en las aulas”, complementado además con las teorías de posición psicogénica de Piaget, así como la zona de desarrollo próximo de Vygotsky, teórica del procedimiento humano de Gagné, el aprendizaje por descubrimiento de Brunner, aprendizaje significativo de Ausubel, la teoría del aprendizaje social de Bandura y Kelly, quien se aproxima a la teoría de los constructos personales, teorías que han solventado la acumulación de conocimiento que han permitido que el ser humano sea partícipe de nuevos paradigmas en la enseñanza y aprendizaje dentro del aula, y que esta sea llevadera con los educandos. Con este antecedente teórico que anuncia Salazar en su obra enfoca que en la enseñanza del derecho, como tal, debe estar incluida la praxis, siendo esto la exigencia de la Reforma Universitaria, requiriéndose de un maestro idóneo para generar el aprendizaje; es decir, que el docente de derecho sea un conocedor de métodos activos de enseñanza y erudito en los contenidos de la asignatu-

ra, ya que es quien guía y perfila al profesional del derecho con honestidad y justicia.

El autor manifiesta que el docente debe ser jurista y sobre todo un jurista-pedagogo, actualizado en las didácticas de la enseñanza del derecho que le permitan desarrollar metodologías activas en el aula como: estudios de casos e interpretación jurisprudencial, vinculando la investigación jurista en los consultorios de extensión universitaria, e investigación en los centros públicos y privados.

Esta importante obra se enmarca en la utilización de los métodos de la enseñanza-aprendizaje en las ciencias sociales y del derecho ya que implica la interrogante *¿cómo se enseña y cómo se aprende?* El rol del docente es orientar al alumno ya que es la acción y el objetivo de estudio, de esta manera el autor propone realizar dentro del aula el método didáctico señalando que “los métodos de enseñanza deben definirse como los modos de organizar la actividad cognitiva de los estudiantes que aseguran el dominio de los conocimientos, métodos de conocimiento y actividad práctica, así como el proceso formativo general” (Salazar, 2018, pág. 32) y así producir características de acción, solidez de los conocimientos y proceso de asimilación, para identificar la ubicación de los métodos activos en la proyección didáctica de las asignaturas del derecho, que con la elaboración de tablas de contenidos precisa las relaciones existentes entre el sistema de conocimientos y el sistema de habilidades, esto enmarcado en la lógica de la profesión de la ciencia, de la disciplina y del proceso de enseñanza y aprendizaje.

La obra invita al docente jurídico a ser partícipe de métodos activos como la conferencia, seminarios, encuentro de conocimientos y métodos de enseñanza problémica.

Los estudios de casos permiten que el estudiante se acerque a la realidad ya que el alumno recorre por sí mismo el camino, y desarrolla las acciones para llegar a la solución. Así expresa el autor cuando expone sobre los métodos de simulación donde

aborda estudios de casos sobre temas de Derecho Civil y su procedimiento, ejemplificación de métodos de incidentes, métodos de trabajo independiente con el libro de texto o de enseñanzas por proposiciones que deben ser utilizadas para el aprendizaje ya que “el hombre al desarrollar su actividad física e intelectual transforma la naturaleza y se trasforma a sí mismo, el grado de desarrollo de la ciencia y de la técnica” (pág. 101) esto con la orientación del facilitador y del sistema de métodos y de enseñanza porque educa, posibilita, desarrolla y aproxima el aprendizaje a la investigación científica; esto se complementa al final, con la búsqueda del encuentro entre la teoría y la práctica, así como la esencia de la actividad docente para de esta forma llegar a la evaluación, misma que deberá ser integral y objetiva, entregando claras evidencias del trabajo realizado por el docente y el estudiante, tanto en el aula como fuera de ella.

Guía básica para el desarrollo de un proyecto de investigación

La investigación desde otra perspectiva

Diana Paola Vega Cocha

La *Guía básica para el desarrollo de proyecto de investigación*, escrita por la Soc. Enith Pinto y el Dr. Franklin Vásquez, catedráticos de la carrera de Derecho, facultad de Jurisprudencia de la Universidad Central del Ecuador, es un texto didáctico pensado para todos los estudiantes universitarios que se encuentran en pleno proceso de desarrollo del plan y/o proyecto de investigación. Ambos autores concuerdan y proponen la importancia de la investigación porque va dirigida a la solución de problemas que el ser humano encuentra en su camino: *científicos, filosóficos, jurídicos, médicos, económico, sociales, técnicos, etc.* El libro aborda la finalidad e interés de la investigación científica como parte del contacto permanente con la realidad demostrando que el investigador científico es quien desarrolla un especial interés por la acción continua de búsqueda de instrumentos y métodos que permiten observar la realidad, los autores parten desde la definición y los métodos utilizados con mayor frecuencia en la investigación, por lo tanto el “investigador es libre pensador y tiene diferentes maneras de interpretar la realidad” (2018, pág. 7) el lector puede hacer uso del texto como guía básica ya que se centra en reflexionar sobre algunos temas tales como: *¿Qué voy a investigar? ¿Cuál es su importancia y relevancia científica? ¿Qué nuevas preguntas surgen a raíz del problema?* Y otras interrogantes que el investigador pretende descubrir en su investigación.

Los autores sustentan, que en un proyecto de investigación es necesario observar la realidad esto significa precisar, puntualizar, analizar; es decir, acudir a la investigación exploratoria, la contextualización y compilación documental o revisión de lite-

ratura referente a la problemática en donde el estudiante puede guiarse para realizar la formulación del problema, y la delimitación del mismo. Con estos pasos sencillos, en la obra se puede identificar los objetivos *¿Para qué y qué se busca en la investigación propuesta?* La meta u objetivos en cualquier trabajo investigativo es lo que va a orientar el proceso, por lo que el lector se encontrará con una fórmula sencilla para construir el objetivo general y los específicos. Ponen énfasis en que redactar la justificación debe ser coherente, precisa y concisa, porque el investigador o equipo de investigadores deben hacer el ejercicio de contestar *¿cuál es la importancia que le damos a este tema?* Otro paso a seguir es la construcción del marco teórico ya que tiene como función principal *analizar*, por lo tanto, los autores indican que es necesario comparar y contrastar teorías pertinentes, a fin de alcanzar una explicación científica-epistemológica de la problemática que se pretende estudiar. Según Pinto E. & Vásquez F., en una breve explicación indican que el marco teórico es el andamiaje epistemológico que le permite al investigador predecir tentativamente la relación entre las variables y concuerdan que al redactar el marco teórico se utiliza los antecedentes coyunturales y compilación referencial ya que toda investigación debe tener aportes previos.

La hipótesis o idea a defender son posibles respuestas que el investigador realiza a su problema de investigación, tiene como función principal, probar o no, las relaciones esperadas entre dos variables, así expresan los autores cuando el estudio tiene dos variables (correlación) y cuando analiza una variable (univariar).

La obra ejemplifica cada uno de los pasos y entre ellos el método, la metodología, técnicas de recolección de información, y a su vez las variables mismas que se presentan desde los primeros momentos de la investigación en donde se aprecia los indicadores, la operación de las variables, procedimientos de resultados. Ya en su parte final, los autores realizan una síntesis del anteproyecto de investigación, explicando de manera breve sus pasos, complementándose con el desarrollo del informe final, documento en el cual se describe y

Palabra

explica el estudio realizado y donde se detalla el proceso desde el momento en que se concibió el problema. Esta importante obra es un texto didáctico y de fácil entendimiento que recomienda la utilización de normas APA para ponerlas en práctica en la construcción y elaboración de documentos académicos.

El caso Satya: un análisis integral

Juan Montaña Pinto²³⁹

Constitucionalista - Docente UCE

1. Introducción

En la tarde del pasado 29 de mayo de 2018 el Ecuador cambió y lo hizo para bien. En esa jornada luego de una ardua deliberación el pleno de la Corte Constitucional expidió la Sentencia N°. 184-18-SEP-CC, mediante la cual luego de casi 4 años de álgida discusión el máximo órgano de justicia constitucional resolvió el famoso caso de la niña Satya Bicknell Rothon.

Se trata de un caso aparentemente fácil en términos jurídicos en el que la Corte debía decidir sobre la vulneración o no de una de las manifestaciones más básicas del derecho a la identidad como es el de tener un nombre y una nacionalidad, por el hecho de haber nacido en el territorio ecuatoriano. Se discutía también el alcance del derecho que tenemos todos a tener una familia y disfrutar de su protección.

Pero en realidad, como vivimos en una época de sinrazones y paradojas, no era ni es un caso fácil puesto que los intereses y derechos debatidos ponían y ponen en entredicho los valores tradicionales de nuestra sociedad. Como es bien conocido los derechos en disputa eran los de una niña, hija de extranjeros que vivía y vive en una parroquia rural del país. Pero además se discutía en el caso la posibilidad de existir de una familia diversa

239 Constitucionalista y profesor universitario, ex asesor de la Corte Constitucional y Decano de la Escuela de Constitucionalismo y Derecho del Instituto de Altos Estudios Nacionales (IAEN).

formada por dos mujeres: la madre de la niña y su pareja por más de 10 años.

Era además un caso límite porque enfrentaba dos visiones de derecho: la formalista, apegada al texto de la norma, y la anti-formalista, que trascendiendo la literalidad de la ley busca, por encima de todo, la garantía efectiva de los derechos de las personas. Pero, además, el caso Satya es un caso trágico porque a su alrededor se evidenciaron claramente los límites de la independencia interna y externa de las funciones del Estado.

Con ese contexto, este escrito pretende realizar un análisis integral de la sentencia 184 – 18 – SEP – CC tanto desde el plano estrictamente jurídico constitucional, como político.

Para hacerlo, en un primer capítulo se hace un análisis y una valoración política del caso en el contexto de las luchas de la población Lgbti por alcanzar niveles de igualdad y de reconocimiento de sus derechos acordes con las disposiciones de la Constitución y el derecho internacional de los derechos humanos. Se trata de un examen de cuánto hemos avanzado en la eliminación de la brecha entre el país formal de la Constitución y el país real de los prejuicios y las prácticas institucionales. En ese contexto la valoración general de la sentencia es altamente positiva y su texto se convierte en un hito revolucionario y en una herramienta poderosa de transformación social en favor de los derechos de los más débiles.

En la segunda parte del documento, que constituye su núcleo central, se hace un análisis propiamente jurídico de la sentencia. Se explican, en primer lugar, los hechos del caso. Se analizan las argumentaciones de todos los involucrados en el proceso, desde la niña y sus madres, pasando por los funcionarios y los jueces de instancia y terminando en la jueza ponente y los demás integrantes de la Corte Constitucional; y se hace un estudio del método argumentativo utilizado por los jueces constitucionales y sus límites.

Se trata de un análisis jurisprudencial tradicional, pero con una variante: no utiliza las herramientas normativistas propias del análisis interno del derecho, que son tradicionales en este tipo de trabajos, sino que utilizamos las categorías propias del análisis externo o interdisciplinar de lo jurídico. Esto permite construir un discurso crítico que permite valorar no solo el resultado del trabajo jurídico de la Corte, sino examinar el proceso y sus circunstancias.

Finalmente, el documento incorpora una serie de conclusiones que permiten valorar la importancia general de la justicia constitucional en el marco de un Estado constitucional y el aporte jurídico de la Corte Constitucional ecuatoriana, la que luego de casi una década de tirar balones fuera de la cancha, en los últimos meses ha decidido transitar hacia lo que siempre debió ser: un tribunal de defensa de los derechos de las personas y no, tan solo, una instancia de defensa jurídica de los intereses del Estado.

2. Valoración política

Hace algunos días, el 29 de mayo pasado, la Corte Constitucional del Ecuador expidió la Sentencia 184-18-SEP-CC. Lo primero que hay que decir es que esta no es una más de los cientos de sentencias que expide esa Corte al año. Se trata, por el contrario, de una sentencia emblemática, ejemplar. En definitiva, estamos en presencia de lo que la doctrina constitucional contemporánea denomina “sentencia hito” puesto que es innegable que esta decisión de la Corte marca un antes y un después en la labor jurídica del más importante tribunal del Estado ecuatoriano.

Se trata ciertamente de una sentencia paradigmática por múltiples razones, la principal de las cuales porque por una vez la Corte Constitucional ha dado una respuesta política clara sobre un problema social emergente. Se trata de una sentencia política en el mejor sentido de la palabra, pues es la respuesta definitiva a una serie de demandas ciudadanas en relación con un conjunto de necesidades básicas de un grupo importante de la pobla-

ción, las personas Glbti, a disfrutar de los derechos familiares en igualdad de condiciones con el resto de la población.

Y digo que es una respuesta política clara porque la sentencia 184-18-SEP-CC es un ejercicio de denuncia de aquella práctica política que los ecuatorianos hemos importado del antiguo derecho castellano que se expresa en la frase “se obedece, pero no se cumple” que permite reconocer formalmente realidades y derechos el plano normativo para luego desconocerlos aludiendo a imposibilidades prácticas o inconveniencias políticas. La sentencia pone el dedo en la llaga sobre el incumplimiento del principio de igualdad material de las personas Glbti en relación con la protección de sus familias.

Pero además, se trata de un documento político muy importante desde el punto de vista institucional puesto que, desde la lógica del enfoque de interseccionalidad, formula los lineamientos básicos de una política pública integral de atención a las demandas de dos grupos de atención prioritaria: los niños y las niñas y las personas Lgbti.

En cuanto a las niñas, niños y adolescentes la sentencia es un sustancial primer paso para hacer efectivos los derechos especiales y específicos²⁴⁰ que la Constitución reconoce a los niños, a quienes, tradicionalmente, desde una visión paternalista y patriarcal les hemos impuesto un modelo único de familia y las condiciones para poder vivir su afectividad y sus derechos. La sentencia ratifica la condición de los niños como sujetos de derechos y les otorga nuevas herramientas de desarrollo al romper explícitamente con la visión tradicional de afectividad y familia que hemos construido en occidente en los últimos 2.000 años.

Respecto de las personas y a los colectivos Lgbti la sentencia es igualmente un aporte sustantivo. Reconoce y denuncia la naturalización legal de la discriminación estructural que viven las personas que han optado por tener y vivir una condición sexual diversa. Y lo hace a través de una crítica al formalismo jurídico y

240 Cfr. artículos 44 y 45 CRE.

ético de funcionarios y jueces que sabiendo de su actuación discriminatoria se refugian en supuestas “ausencias legales” para invisibilizar necesidades y derechos de ciertas personas que resultan “incómodas” al *status quo* social y jurídico del país. En este caso la sentencia asume la defensa política y jurídica de los derechos de unas mujeres Lgbti a vivir la maternidad y a tener una familia, en igualdad de condiciones con las familias heterosexuales. En definitiva, la sentencia es un paso gigante de nuestra jurisprudencia hacia la igualdad material de derechos entre las personas heterosexuales y las minorías sexuales del país.

Pero además, desde el plano teórico la decisión de la Corte en el caso Satya responde inequívocamente a un volver a los orígenes: se trata de un posicionamiento de la Corte en respaldo a la visión anti formalista del derecho que fue impulsada por la mayoría de los delegatarios a la Asamblea Constituyente de Montecristi, que toma como prioridad política del Estado y la Constitución la defensa de los derechos humanos de todas las personas, pero especialmente de aquellas marginadas y más vulnerables; postura que en los últimos años lamentablemente fue paulatinamente abandonada por los operadores políticos y jurídicos del país quienes a pesar del claro mandato constitucional se han enfocado en posturas positivistas y legalistas que van en contra del espíritu de Montecristi.

En definitiva, más allá de cualquier consideración jurídica o técnica, que haremos más adelante, desde el punto de vista político la sentencia del caso Satya representa uno de los ejemplos más claros del papel que debe cumplir una Corte Constitucional en un Estado constitucional de derecho, esto es, como guardián último de los derechos de todas las personas, pero especialmente de aquellos que se encuentran en una posición social, económica, cultural o política subordinada.

3. Examen jurídico

3.1 *Los hechos del caso*

En un día como hoy, el 8 de diciembre de 2011, nació en el Ecuador, en una parroquia rural del noroccidente de Pichincha, una niña llamada Satya Bicknell Rothon. Satya es la hija biológica de la señora Nicola Susan Rothon, y el resultado de una inseminación artificial realizada en Gran Bretaña 9 meses antes.

La madre de nuestra protagonista es pareja estable de la señora Helen Louis Bicknell desde 2010, y su unión ha sido reconocida tanto por la legislación del país de origen de las dos mujeres (Inglaterra) como por el derecho de su nuevo país Ecuador; en este último caso a través del reconocimiento realizado en el año 2011 por un notario de la ciudad de Quito conforme las disposiciones de la legislación ecuatoriana en materia de familia, niñez y adolescencia.

De los informes que se han podido recabar podemos afirmar que, como todos los padres y madres ecuatorianos, al día siguiente del nacimiento, una de sus felices madres, Hellen Bicknell, acudió hasta las oficinas del Registro Civil en Quito e intentó infructuosamente inscribir a la niña Satya como su hija. Los funcionarios encargados abrumados por la petición de la mujer consultaron reglamentos, códigos y leyes, ofrecieron alternativas y no encontraron solución aceptable. De acuerdo a sus conocimientos e indagaciones no era factible inscribir una niña con los nombres y apellidos de dos madres. Esa petición iba en contra de la naturaleza de las cosas.

Pero las madres, obviamente, no se resignaron. Conocían sus derechos y sabían lo que buscaban. En ese contexto elevaron su solicitud a las máximas autoridades del Registro Civil, y al final, un mes después, recibieron la respuesta del propio Director General del Registro Civil quien, amparado en un concepto de su director jurídico, el día 10 de enero de 2012, negó la solicitud de inscripción de la niña Satya Bicknell Rothon en los términos

solicitados por sus dos madres. El argumento encontrado por el alto funcionario era formal e inapelable: “*nuestra legislación secundaria no contempla la duplicidad materna*”.

A pesar de no tener un nombre legalmente reconocido por el Estado ecuatoriano, la niña Satya Bicknell Rotheron vive feliz con sus madres y un hermanito más pequeño en el seno de su familia, bajo los cuidados y responsabilidad de dos mujeres que al igual que la inmensa mayoría de todas las madres y padres del mundo se esfuerzan porque su hija crezca sana y protegida.

A pesar de lo indignante que les resulta que en pleno siglo XXI su hija Satya no cuente aún con la inscripción en el Registro Civil, no han perdido la esperanza. Confían en la novedosa Constitución y en la institucionalidad de su nuevo país. Por ello dejan su refugio campestre, y se dirigen al Ministerio de Justicia, pues en Inglaterra, de donde provienen, sería éste el organismo público competente para resolver el caso. Allí sufren una nueva decepción: los funcionarios del Ministerio no pueden ayudarlas, pero las remiten a la Defensoría del Pueblo, en donde encuentran ayuda.

Tres meses después del nacimiento de la niña, el 8 de marzo de 2012, la Defensoría del Pueblo a nombre de Satya y sus madres presenta *acción de protección* contra la resolución administrativa de la Dirección del Registro Civil; la cual luego del trámite correspondiente fue sorteada al juez cuarto de Garantías Penales de Pichincha, quien inmediatamente avocó conocimiento del caso. Transcurrido algún tiempo, el 21 de mayo de 2012 el juez cuarto de Garantías Penales de Pichincha decidió negar la acción, aduciendo la existencia de una vía ordinaria (contenciosa administrativa) idónea para impugnar la resolución del Registro Civil, negó la acción interpuesta.

Pocos días después, el día 24 de mayo de 2012, las demandantes a través de la Defensoría del Pueblo interpusieron recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia. La apelación fue sorteada el 12 de junio de 2012 y correspondió a la tercera

sala de Garantías Penales de la Corte Provincial de Pichincha, que avocó el conocimiento del caso y dictó sentencia de segunda y definitiva instancia el 9 de agosto de 2012. En esa sentencia, desconociendo todos los argumentos de las demandantes, los integrantes de la tercera sala de garantías penales negaron el recurso de apelación y confirmaron la sentencia inicial.

Frente a esta situación, el día 10 de septiembre de 2012, la Defensoría del Pueblo presentó demanda de acción extraordinaria de protección en contra de la sentencia dictada el 9 de agosto de 2012. Algún tiempo después, el 22 de diciembre de 2014, la Sala de Admisión de la Corte Constitucional avocó conocimiento de la causa.

Desde el día en que inició la sustanciación del proceso en la Corte Constitucional tanto la jueza ponente como los demás magistrados de la institución sufrieron permanente presión, tanto de parte de los grupos sociales que apoyaban la causa de Satya y sus madres como de aquellas organizaciones defensoras del *status quo* social, incluido el propio presidente de la República de entonces, quien en más de una ocasión manifestó su preocupación por el hecho de legalizar la adopción por parte de parejas homosexuales. Esa presión social y gubernamental fue tan fuerte que a pesar de existir un borrador de la sentencia desde comienzos del año 2016, el pleno de la Corte Constitucional, solo estudió el informe de la jueza sustanciadora y resolvió el caso dos años después, el 29 de mayo del 2018, una vez verificado el cambio de gobierno y cambiada la correlación de fuerzas al interior de la propia Corte.

3.2 Los argumentos de la demanda

En su demanda, las accionantes formulan 4 argumentos centrales que conviene revisar:

- a) Que la negativa de la inscripción de la niña en el Registro Civil constituye claramente un acto discriminatorio, que por consiguiente es un asunto constitucional que debería

haberse tratado a través de una vía constitucional, en este caso la acción de protección establecida en el artículo 88 de la Constitución y no como lo afirma el juez de primera instancia y ratifica el tribunal de apelación un asunto contencioso administrativo.

A juicio de las demandantes no se trata de un problema de nulidad de un acto administrativo de carácter particular que afecte solo a una persona determinada, sino que se trata de un asunto vinculado con la vigencia en el Ecuador del principio de igualdad y no discriminación y por lo tanto un asunto relacionado con la vigencia de los derechos humanos.

- b) Que tanto la sentencia de primera instancia como la sentencia que resolvió la apelación vulneran la garantía constitucional a la tutela judicial efectiva reconocida en el artículo 75 constitucional y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Según la demanda la decisión de la judicatura deja en la indefensión a la niña y le impide obtener una respuesta jurídica motivada, razonable, congruente y de calidad que se pronuncie sobre el fondo de la controversia constitucional y permita a la niña Satya Bicknell Ronthon el ejercicio pleno de sus derechos en igualdad de condiciones con el resto de los niños y niñas nacidos en Ecuador.

- c) Que los jueces constitucionales de instancia y particularmente el tribunal de apelación desconocieron el contenido mínimo del Estado Constitucional de Derechos y Justicia, particularmente en lo que tiene que ver con la garantía de los derechos a la dignidad e igualdad, al tiempo que vulneraron directamente los principios de aplicación de los derechos establecidos en el artículo 11 de la Constitución.
- d) Finalmente manifiestan que las argumentaciones en defensa de la limitación del derecho de inscripción en el Registro Civil a los padres/madres biológicos son discriminatorias y atentan contra el reconocimiento de la diversidad de

familias que contempla la Constitución y constituyen una falacia que encubre la naturalización de la discriminación por razones de sexo u opción sexual prohibidas por la Carta constitucional ecuatoriana.

3.3 Los derechos constitucionales en discusión y la pretensión concreta de la demanda

A partir de estos argumentos las demandantes, consideran que en el transcurso de la controversia se les han vulnerado en dos oportunidades sus derechos, una vez por parte de la autoridad administrativa y la segunda por parte de los jueces. En el caso de los funcionarios del Registro Civil estos han violentado los derechos de la niña a la igualdad y no discriminación regulado en los artículos 10.2 y 66.4 de la Constitución, así como el derecho a tener una identidad reconocida en el artículo 66.28 constitucional. También han entorpecido su derecho a tener una familia en igualdad de condiciones con el resto de los niños y niñas del Ecuador. Los jueces por su parte, a través de sus decisiones arbitrarias e inconstitucionales han violado directamente los derechos a la tutela judicial efectiva estipulada en el artículo 75 de la Constitución, y el derecho al debido proceso materializado en la garantía de debida motivación reconocida en el artículo 76, numeral 7, literal l), de la Constitución.

En ese marco, en atención a la naturaleza y al alcance de la acción extraordinaria de protección, los demandantes solicitaron a la Corte Constitucional declarar la procedencia inmediata de la acción extraordinaria de protección, así como declarar la vulneración directa de la tutela judicial efectiva y del debido proceso. Así mismo solicitan ordenar la reparación integral de los derechos que implica la revocación de la resolución del Director General del registro Civil y la consecuencial inscripción de la niña Satya Bicknell Rotheron como ecuatoriana.

3.4 *Los argumentos de los jueces de instancia*

3.4.1 *La primera instancia*

Si bien por razones procesales la demanda solo impugnó la sentencia emitida por el tribunal de apelación, en la medida en que la sentencia ratifica lo dispuesto por el juez de primera instancia, a efectos del análisis académico es necesario examinar los argumentos de la sentencia de primera instancia.

Al respecto hay que recordar que el artículo 40 de la Ley Orgánica de Garantías Constitucionales y Control Constitucional define los requisitos de procedibilidad generales de la acción de protección, que no son otra cosa que los parámetros de fondo que deben seguir los jueces para determinar de forma definitiva si existe o no una vulneración a un derecho constitucional que, en consecuencia, deba ser reparada por el juez. En primer lugar evidentemente tiene que existir un acto de autoridad o de un particular; en segundo lugar este acto debe vulnerar de forma clara el contenido esencial de un derecho protegido por la Constitución o los instrumentos internacionales de derechos humanos; y por último para que proceda la acción de protección es necesario que el derecho vulnerado no tenga un mecanismo de garantía jurisdiccional especial establecido en la Constitución o en los instrumentos internacionales de derechos humanos.

La primera cuestión que es importante tener en cuenta en este caso es que el juez constitucional de primera instancia no realizó un análisis de fondo de estas cuestiones puesto que, antes de hacerlo, desechó formalmente la demanda. Y lo hizo acogiendo a uno de los incisos del artículo 42 de la Ley Orgánica de Garantías Constitucionales y Control Constitucional que establece cuáles son las causales de improcedencia formal de la acción de protección. En este caso el juez eludió examinar el problema constitucional planteado afirmando que el acto administrativo que supuestamente vulneró los derechos de Satya Bicknell Rothon, podía ser impugnado por otra vía judicial distinta a la acción de protección; en este caso la vía judicial sugerida por el

juez era la acción de nulidad tramitada a través de la jurisdicción contencioso administrativa.

Con esta decisión el juez de primera instancia no solo vulnera los derechos constitucionales de la niña, sino que además atenta contra la filosofía garantista de la Constitución al transformar arbitrariamente la acción de protección en subsidiaria y residual, decisión que claramente va en contravía no solo de la Constitución y la ley sino también de la doctrina constitucional desarrollada por la propia Corte Constitucional en la Sentencia 102-13-SEP-CC que declaró constitucional el numeral 4 del artículo 42 sobre la base de declarar prohibida la interpretación literal del artículo y de prohibir la residualidad de la acción de protección.

Vulneración constitucional que ratifica el tribunal de segunda instancia cuando ratifican la validez de la sentencia de primera instancia, y tácitamente hacen suyos los argumentos de la sentencia original.

3.4.2 *La segunda instancia*

En lo que atañe a la sentencia de segunda instancia, que propiamente dicha es la providencia cuya constitucionalidad se cuestiona a través de la acción extraordinaria resuelta por la Corte Constitucional en la sentencia que estamos analizando, los miembros del tribunal de garantías penales contestaron lo siguiente:

Que la acción extraordinaria de protección presentada por la Defensoría del Pueblo no cumple con los requisitos establecidos en el artículo 61 de la Ley Orgánica de Garantías y en particular afirman que las demandantes no probaron haber agotado los recursos ordinarios y extraordinarios ni su ineficacia para resolver los problemas jurídicos planteados en la demanda.

Que los demandantes pretenden con esa demanda que la Corte Constitucional revea, debata y examine el fondo de las pretensiones que se debatieron en la primera y segunda instancia, esto

es sobre la inscripción de la niña Satya con los apellidos de sus dos madres, lo cual está expresamente prohibido por la Constitución y la ley, que establece claramente que la acción extraordinaria de protección no es una cuarta instancia. Argumentan además que con su decisión no se ha vulnerado derecho constitucional alguno ni existe una relación de causalidad entre su actuación y la supuesta vulneración de los derechos de la niña.

Finalmente consideran que la resolución judicial impugnada está suficientemente motivada no solo con argumentos constitucionales y legales sino con elementos sacados de la jurisprudencia interamericana y del sistema europeo de derechos humanos.

3.5 Las consideraciones de la Corte

Aunque formalmente la sentencia del caso Satya sea una, identificada con el número 184-18-SEP-CC; en realidad, como se demostrará a continuación estructuralmente dentro de ella en realidad se pueden identificar dos sentencias diferentes. La primera preparada por la jueza sustanciadora Tatiana Ordeñana y que a pesar de haber estado lista para ser discutida a finales de 2016, por razones políticas solo fue posible ponerla a consideración del pleno a comienzos del 2018. La segunda está contenida a partir de la página 50 de la sentencia desde el epígrafe denominado: Consideraciones adicionales de la Corte Constitucional, y fue incorporada en la sentencia definitiva a partir de los aportes de los miembros del pleno y particularmente bajo la inspiración del presidente de la Corte Constitucional.

Afirmo que son dos sentencias puesto que ni el estilo, ni los problemas jurídicos, ni la vía procesal ni los intervinientes son los mismos. En el caso de la “primera sentencia” se trata de una típica acción extraordinaria de protección donde se discute si la actuación de los jueces de instancia vulneraron formalmente o no algún elemento del debido proceso o la tutela judicial efectiva, mientras que la “segunda sentencia” es en realidad un verdadero trámite incidental dentro de la primera sentencia sustentado en la atribución constitucional de interpretación de la Constitución

establecida en el artículo 436, numeral 1, de la Constitución. Esta segunda sentencia, además, buscando una solución material a los problemas jurídicos de la niña **Satya Bicknell Rthon** y sus madres, asume una encomiable, aunque arriesgada, postura de activismo judicial en aras a precautelar la justicia material de la decisión.

3.5.1 “La primera sentencia”

3.5.1.1 Los problemas jurídicos

La posibilidad de controlar la constitucionalidad de las decisiones judiciales a través de la acción extraordinaria de protección es una de las atribuciones más importantes de la Corte Constitucional en el marco del sistema jurídico creado por la Constitución y por ello mismo ha tenido y tiene numerosos críticos. Ello ha llevado a la Corte a construir una doctrina jurisprudencial muy conservadora sobre el uso de esta acción y sus límites, acotando la utilización de esta garantía jurisdiccional a cuestiones altamente técnicas relacionadas con la inobservancia por parte de los jueces de las garantías al debido proceso.

En el caso de la niña Satya Bicknell Rthon esta limitación política y técnica de la acción extraordinaria de protección repercutió profundamente en la forma como la Defensoría del Pueblo y luego la propia Corte Constitucional construyeron y desarrollaron el caso. Para evitar caer en la tentación de transformar la acción en una cuarta instancia, la Defensoría y la Corte abandonaron deliberadamente la argumentación y el estudio de las violaciones sustantivas a los derechos de la niña y se centraron en demostrar la existencia de vulneraciones al debido proceso y a la tutela judicial efectiva en la sentencia de segunda instancia; cuestión accesoria y técnicamente muy compleja debido a que los jueces de la segunda instancia se habían “cuidado” de construir una sentencia formalmente bastante sólida, aunque materialmente absolutamente injusta.

Ese predicamento conceptual y técnico genera una enorme incomodidad en la Corte a la hora de resolver el caso, incomodidad que se manifiesta en toda la parte considerativa de la sentencia, pero especialmente cuando se quiere definir cuáles son los problemas jurídicos que va a resolver en el caso. A pesar de que tanto la Corte como la ciudadanía en general estaban conscientes de que el conflicto real que subyace en el caso tiene que ver con un problema de igualdad y no discriminación, la necesidad de afirmar su línea jurisprudencial tradicional sobre el carácter adjetivo y subsidiario de la acción extraordinaria de protección obliga a la Corte a renunciar inicialmente a resolver el núcleo del conflicto quedándose en aspectos puramente procesales. Esta decisión política de mantener el caso en los estrechos márgenes de las cuestiones procesales se refleja especialmente en el contenido y el alcance de los dos problemas jurídicos que inicialmente resuelve la Corte, a saber: si la sentencia impugnada vulneró o no la garantía de la tutela judicial efectiva; y si la sentencia de segunda instancia atropelló o no la garantía de la debida motivación establecida en el artículo 76 numeral 7, literal l), de la Constitución.

3.5.1.2 Las respuestas de la Corte

a) En relación con la supuesta vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva:

De acuerdo con la doctrina de la Corte, reiterada en esta sentencia, el principio de tutela judicial efectiva está reconocido, es un principio sustantivo y adjetivo ampliamente reconocido por el derecho positivo ecuatoriano que lo consagra tanto en el artículo 75 de la Constitución como en el 25 del Pacto de San José (bloque de constitucionalidad). De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional (Sentencia No. 050-15-SEP-CC) este derecho tiene 3 componentes o manifestaciones: el acceso a la justicia; el plazo razonable en el desarrollo del procedimiento, y la ejecución de la sentencia.

En lo que incumbe al acceso a la justicia la Corte Constitucional siguiendo su doctrina tradicional considera que en todo el transcurso del caso Satya, pero especialmente en el trámite de la segunda instancia se garantizó en todo momento el acceso a la justicia de la niña y sus madres; y por tanto desde este primer punto de vista la sentencia impugnada pasaba el test sobre tutela judicial efectiva. En relación con el cumplimiento del segundo componente de la tutela judicial efectiva, la Corte consideró que los integrantes de la tercera sala de Garantías Penales de la Corte Provincial de Pinchincha no cumplieron adecuadamente con su obligación constitucional en cuanto no realizaron un análisis profundo respecto a la existencia o no de vulneración de derechos constitucionales lo que generó que los derechos de las presuntas afectadas no tuvieran la protección constitucionalmente debida. Finalmente, en lo que respecta a la ejecución de la sentencia este parámetro no fue analizado por la Corte porque la sentencia impugnada nunca se ejecutó.

En definitiva, en relación con el primer problema jurídico la Corte concluyo que la sentencia de los jueces de segunda instancia en el caso Satya vulneraba el derecho a la tutela judicial efectiva.

b) Respecto de la vulneración del principio de motivación:

Sobre este particular la Corte siempre ha considerado que de todas las garantías al debido proceso una de las fundamentales es la obligación que tienen los jueces de motivar sus decisiones como herramienta para evitar la arbitrariedad. Esta garantía se encuentra consagrada en el artículo 76, numeral 7, literal 1) de la Constitución. La consecuencia lógica de la positivización de este principio en nuestro ordenamiento es que los jueces constitucionales “tienen la obligación de fundamentar adecuadamente sus decisiones a partir de las reglas y principios que rigen la argumentación jurídica.

Según la Corte, “la motivación implica la explicación ordenada de las razones que llevan a la autoridad judicial a emitir una decisión y para que una sentencia este motivada, debe ser **razona-**

ble, lógica y comprensible; y tiene que evidenciar una conexión entre los enunciados normativos y los deseos de solucionar los conflictos presentados. En ese sentido una sentencia es **razonable** si se apoya en principios constitucionales o del bloque de constitucionalidad. Una decisión sería **lógica**, si existe coherencia entre sus premisas normativas y fácticas y la conclusión, así como entre ésta y la decisión; y es **comprensible**, si su lenguaje es claro para la ciudadanía más allá de las partes en conflicto.

En el caso que nos ocupa a juicio de la Corte, la sentencia impugnada cumple con el parámetro de razonabilidad pues se sustenta tanto en normas constitucionales como en jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Considera que la sentencia impugnada NO CUMPLE el parámetro de la lógica pues no hay coherencia formal entre ambas premisas con la conclusión (decisión) y además desde el punto de vista argumentativo, adolece de ambigüedad e imprecisión, evidenciando, por tanto, un incumplimiento al criterio de comprensibilidad.

En ese sentido, la Corte Concluye que la sentencia impugnada vulneró el derecho al debido proceso en la garantía de la motivación, contenido en el artículo 76, numeral 7, literal 1) de la Constitución de la República.

3.5.2 “La segunda sentencia”

3.5.2.1 Las limitaciones de la “primera sentencia” y su solución

A pesar de que de acuerdo con las conclusiones de la “primera sentencia” la acción extraordinaria de protección procedía en el caso, es evidente que los efectos de esta declaratoria encasillada en aspectos adjetivos de carácter formal, no resolvieron el problema central planteado en el caso quedándose en las ramas (las cuestiones relacionadas con la verificación de las vulneraciones al debido proceso y a la tutela judicial efectiva), pero perdiendo de vista el bosque (la garantía de la eficacia de los derechos ni intereses de los involucrados, especialmente de la niña).

Conscientes de ello, y sabedores de las repercusiones éticas, políticas y sociales que tiene el no resolver el conflicto social inherente al caso, en la discusión del pleno respecto de la primera sentencia los jueces de la Corte Constitucional, a instancias de su presidente acuerdan sobre la urgencia de afrontar las cuestiones sociales planteadas y se ponen de acuerdo para redactar una segunda parte de la sentencia, que en realidad es una nueva sentencia para resolver este déficit argumentativo de la providencia inicialmente preparada por la jueza ponente.

Ahora bien, una decisión de esta naturaleza si bien es perfectamente aceptable desde la perspectiva externa del derecho porque permite abordar integralmente los problemas planteados en el caso, en el plano normativo interno genera enormes riesgos; el primero de ello que tiene que revisar la línea jurisprudencial sobre la naturaleza y los requisitos de la acción extraordinaria de protección.

En ese sentido la Corte hace uso de una herramienta extraordinaria el principio **iura novit curia**, que le permite ir más allá de lo pedido en la demanda y vincula esta atribución a un ejercicio original de la llamada **acción de interpretación**, lo cual a su vez le faculta a desarrollar dentro de una acción extraordinaria de protección *reglas jurisprudenciales obligatorias*.

Y justifica su decisión en el hecho notorio de que el juez de primera instancia, con su inacción produjo un daño inminente al derecho a la identidad de la niña además de otros derechos conexos, daños que no fueron examinados por la sentencia impugnada de segunda instancia, generándose una especie de “agujero negro” en la sentencia que tiene que ser resuelto por la Corte más allá de los problemas procesales ya discutidos en la primera parte de la sentencia.

Esto lleva a la Corte a tomar la llamativa decisión de formular nuevos problemas jurídicos para poder afrontar y pronunciarse sobre el núcleo central del problema social planteado en el caso, solo que con una particularidad: los nuevos problemas nos se

refieren a la actuación de los jueces, sino al proceder de la Dirección Nacional de Registro Civil, Identificación y Cedulación, lo cual es totalmente sorprendente desde el punto de vista jurídico porque la vía procesal en la que se está tramitando el caso es una acción extraordinaria de protección, que solo procede frente a vulneraciones de derechos humanos realizados a través de providencias judiciales y no como en este caso a través de una resolución administrativa.

3.5.2.2 Los nuevos problemas jurídicos y las respuestas de la Corte

En ese contexto problemático, la Corte escoge un nuevo objeto de indagación constitucional y se pregunta si la decisión de la Dirección General del Registro Civil vulneró o no el derecho a la identidad de la niña Satya Bicknell Rother. Igualmente se pregunta si la resolución administrativa de la Dirección de Registro Civil vulneró o no el derecho de la niña a tener una familia; y si la decisión era o no discriminatoria.

En relación con el primero, la Corte comienza su argumentación situando el alcance constitucional de la decisión del Registro Civil. Lo primero que hace es determinar que el derecho a la identidad tiene cobijo tanto en la Constitución como en el bloque de constitucionalidad; aludiendo a que *“el reconocimiento de la identidad de las personas es uno de los medios [que] facilita el ejercicio de los derechos a la personalidad jurídica, al nombre, a la nacionalidad, a la inscripción en el registro civil, a las relaciones familiares, entre otros derechos reconocidos en instrumentos internacionales como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana”*.²⁴¹ Pero también recuerda que tiene desarrollo en la propia doctrina constitucional. Al respecto recuerda que en uno de sus precedentes obligatorios la Corte ya determinó que *“El derecho*

241 Para hacerlo la Corte hace suya la doctrina establecida en la Opinión Consultiva 24 de 2017.

*a la identidad es inherente a la personalidad de cada individuo y esencia misma de la dignidad humana.*²⁴²

Por ello, a pesar de que este tema no fue planteado en la demanda ni resuelto en la sentencia impugnada, es esencial para la restitución integral de los derechos de la niña, la Corte considera que es necesario tomar una determinación sobre el particular.

Para la Corte, el derecho a la identidad personal tal cual se encuentra garantizado en la Constitución²⁴³ abarca una serie de aspectos entre los que se incluye el derecho a tener nombre y apellido, debidamente registrados y libremente escogidos y el derecho a tener una nacionalidad pero también abarca tanto la tutela del estatus jurídico de la persona y sus derechos, como la imposibilidad de ser privado en forma arbitraria de la misma. De ahí la íntima vinculación existente entre el derecho a la identidad y la obligación del Estado de garantizar a todos los niños nacidos en Ecuador el acceso público y gratuito al registro. La Corte insiste en la relación que existe entre la identidad y el derecho a tener una nacionalidad, ya que en virtud del principio liberal de pertenencia es la nacionalidad la que permita a las personas, especialmente niños y niñas la protección jurídica de sus derechos.

Pero, además, de acuerdo con la sentencia que estamos analizando, el derecho a poseer una nacionalidad es fundamental en la protección del interés superior del niño, en cuanto la nacionalidad es el fundamento de la personalidad jurídica, y de la capacidad política y civil de los niños.

En el caso concreto, de acuerdo con la sentencia las decisiones administrativas del registro civil *“impiden a una niña, nacida en Ecuador, la protección jurídica que como nacional le asiste, dando como consecuencia la total desprotección de su persona-*

242 Corte Constitucional del Ecuador, sentencia N°. 133-17-SEP-CC, caso N.º 288-12-EP.

243 Cfr. artículo 66, numeral 28 de la Constitución.

lidad y derechos”.²⁴⁴ Y el no reconocimiento de Satya Bicknell Rothon como ecuatoriana colocó en opinión de la Corte a **una nacional** en situación de desprotección; específicamente a una niña que debió recurrir a la protección jurídica de otro Estado asumiendo el estatus de extranjera en su país de origen.

Para el pleno de la Corte Constitucional, no es admisible en un Estado democrático como el ecuatoriano impedir a una niña nacida en Ecuador el derecho de gozar de su nacionalidad, por una mera dificultad administrativa.

Finalmente, la corte concluye que “las condiciones propias de los familiares no pueden bajo ninguna circunstancia invocarse como criterio que justifique la imposibilidad del registro de nacimiento y, consecuentemente, el no reconocimiento de la nacionalidad. Y la falta de protección jurídica de la personalidad de niños y niñas basados en decisiones de sus familiares no constituye una argumentación constitucionalmente legítima, debido a que los efectos que producen dichas consideraciones, a más de contravenir los preceptos constitucionales generan un grave sufrimiento a niños y niñas, afectando su interés superior y desarrollo presente y futuro.

Respecto de la eventual violación del *principio de igualdad*. La Corte considera en primer lugar que el principio de igualdad y no discriminación es la columna vertebral del concepto de dignidad humana defendido por la Constitución puesto que además de un derecho autónomo es un eje transversal que orienta la garantía de los demás derechos constitucionales.

En relación con el caso concreto, la Corte afirma que este principio es fundamental en el contexto de la garantía de la pluralidad de familias y particularmente en el caso de la niña Satya Bicknell Rothon el ejercicio de su derecho a tener una familia está estrechamente vinculada según la Corte al reconocimiento de derechos de la unión de hecho de sus madres. En ese sentido, argumentan los jueces, si la constitución otorga a la unión de

244 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia 184-18-SEP-CC, pp. 64.

hecho los mismos derechos y obligaciones que la unión matrimonial; por ende, se debe armonizar la normativa infraconstitucional con este precepto constitucional a fin que todas las parejas de hecho gocen en condiciones de igualdad y no discriminación de la tutela que el constituyente otorgó a su núcleo familiar.

Por esa razón a juicio de la Corte las disposiciones legales tanto del Código Civil como de la Ley de Registro Civil que fundamentan su normativa en el principio de verdad biológica para determinar tanto la filiación, que sirven de sustento a la decisión de la Dirección de Registro civil deben modificarse para tomar en cuenta otras realidades familiares como las de las madres de la niña Satya.

Adicionalmente y mientras ello ocurre, la aplicación obligatoria del principio de igualdad implica reconocer que la unión de hecho de las señoras Nicola y Helen Bicknell, tiene las mismas consecuencias jurídicas de las familias heterosexuales establecidas mediante matrimonio incluyendo el derecho a registrar la filiación respecto a la doble maternidad de su núcleo hacia su hija y por lo tanto reconoce que la actuación de la administración en este caso violó el derecho a la igualdad y no discriminación de la niña y sus madres.

Por tal razón la Corte determina que: las condiciones propias de los familiares no pueden bajo ninguna circunstancia invocarse como criterio que justifique la imposibilidad del registro de nacimiento y, consecuentemente, el no reconocimiento de la nacionalidad.

Adicionalmente afirma que la falta de protección jurídica de la personalidad de niños y niñas basados en decisiones de sus familiares **no constituye una argumentación constitucionalmente legítima**, debido a que los efectos que genera.

Y dispone que la familia conformada por las señoras Nicola Rotton, Helen Bicknell y la niña Satya Amani goza de protección constitucional, por lo que su vínculo filial debe ser garantizado

en forma igualitaria a la protección que se otorga a las familias constituidas por un vínculo matrimonial.

Finalmente establece que los derechos discutidos en este caso, se constituyen en derechos y principios constitucionales que no pueden ser limitados en su esencia, restringidos o soslayados, ni formal ni materialmente, por normativa infraconstitucional alguna.

3.6 La decisión final

En lo que toca a la parte resolutive de la sentencia, la Corte establece la procedencia de la acción extraordinaria de protección y ordena como medidas de reparación integral dejar sin efecto las sentencias de primera y segunda instancia; promover medidas de investigación y sanción a los responsables de las sentencias como medida de restitución y por tanto inscribir a la niña Satya Amani como ciudadana ecuatoriana y como hija legítima de Nicola Susan Rothon y Helen Louise Bicknell. También ordena a la administración ofrecer disculpas públicas a la víctima y su familia.

4. Conclusiones

Por todo lo anteriormente argumentado se puede concluir que:

- a) La sentencia del caso Satya es un hito importante desde el punto de vista político.
- b) Además de resolver con justicia un caso concreto transformando positivamente la vida de la niña Satya Bicknell Rothon, sus dos madres y su hermanito; desde el punto de vista estructural la sentencia del caso Satya sirve como herramienta de defensa y movilización social en favor de futuras demandas en pro de la igualdad de los derechos de los niños y de las personas discriminadas por su diversa condición sexo genérica.

- c) Sin embargo, en el plano estrictamente jurídico la sentencia adolece de importantes debilidades argumentativas. La principal de las cuales es la falta de homogeneidad y uniformidad de sus argumentos, excesivamente apegados a fórmulas y estructuras lógicas que no permiten analizar los problemas jurídicos planteados en su real dimensión y con toda la profundidad requerida.
- d) En el texto de la sentencia es notorio que fue redactada por personas distintas, en tiempos diferentes y con criterios jurídicos disimiles, que lamentablemente no fueron debidamente armonizados en la versión final.
- e) Pero, de lejos, la mayor debilidad de la sentencia analizada es que intenta responder a complejos problemas políticos y jurídicos planteados en el caso con herramientas exclusivamente jurídicas, vinculados a los problemas técnicos de la acción procesal invocada por los demandantes (la acción extraordinaria de protección), olvidando en ocasiones el objetivo final de la justicia constitucional que es la garantía efectiva de los derechos de los intervinientes en el proceso.
- f) En la medida que los jueces se encasillan en exceso en los problemas planteados por la demanda, enfocan todo su arsenal argumentativo en las ramas (las cuestiones relacionadas con la verificación de las vulneraciones al debido proceso y a la tutela judicial efectiva), pero pierden de vista el bosque (la garantía de la eficacia de los derechos e intereses de los involucrados, especialmente de la niña).
- g) Y en algún momento, por razones que no se hacen explícitas en la sentencia, los mismos jueces se dan cuenta que la solución de un caso como el planteado, con las repercusiones éticas, políticas y sociales que tiene no pueden quedarse en vacías soluciones procesales, sino que deben afrontar con entereza y generosidad las cuestiones sociales planteadas. Es allí cuando, para resolver este déficit

argumentativo, la sentencia, en su segunda parte, tiene que hacer calambures jurídicos a efectos de resolver integral y adecuadamente los derechos vulnerados.

- h) La solución encontrada no es ortodoxa ni ejemplar desde el punto de vista jurídico, pero en todo caso es efectiva: los jueces en un momento dado deciden utilizar la acción de interpretación, como una suerte de incidente dentro de la acción extraordinaria de protección, para a través de esta vía examinar los problemas sociales y jurídicos de fondo del caso, que lamentablemente se habían ido quedando aparcados y sin una solución clara.
- i) El resultado es la que hemos denominado provocadoramente “segunda sentencia” en la que la Corte olvidándose de los rigores procesales y atendiendo más bien al fin de la justicia constitucional logra resolver con solvencia los problemas jurídicos centrales del caso relacionados con el alcance del derecho a la identidad y su correlato con el reconocimiento de la nacionalidad de origen de la niña, unido con su derecho a tener y gozar de su familia en igualdad de condiciones con el resto de las niñas y niños ecuatorianos. Y ese es el gran aporte de la sentencia.
- j) Todavía quedará para mejor ocasión alcanzar la perfección lógica y argumentativa que el derecho constitucional ecuatoriano y latinoamericano se merecen. Mientras ello sucede solo nos queda celebrar este primer y gran paso en defensa de la igualdad de derechos de las minorías sexuales en nuestro país.
- k) Felicitaciones a la Corte Constitucional y al país.

